

Luca Penasa

Gli accordi sulla giurisdizione
tra parti e terzi

II

Profili soggettivi

(edizione provvisoria)

cleup



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario (DiPIC), fondi di ricerca *ex* 60% del Professor Claudio Consolo.

Prima edizione: ottobre 2013

ISBN 978 88 6787 132 2

“Coop. Libreria Editrice Università di Padova”
via G. Belzoni 118/3 – Padova (t. +39 049 8753496)
www.cleup.it
www.facebook.com/cleup

© 2013 Luca Penasa

Tutti i diritti di traduzione, riproduzione e adattamento, totale o parziale, con qualsiasi mezzo (comprese le copie fotostatiche e i microfilm) sono riservati.

Impaginazione di Cristina Marcato.

Indice

Introduzione al secondo volume	13
Capitolo Terzo	
Le parti degli accordi sulla giurisdizione e la loro capacità	33
1. <i>Le parti degli accordi sulla giurisdizione. La necessità di far riferimento alla nozione di parte del negozio giuridico. La classica dicotomia tra parte in senso sostanziale e parte in senso formale e il suo (tentativo di) superamento nella dottrina civilistica più recente: in particolare, la parte come autore in senso giuridico del negozio</i>	33
2. <i>Il rappresentato, in quanto autore in senso giuridico della dichiarazione negoziale, è parte dell'accordo. La disciplina della rappresentanza volontaria</i>	38
3. <i>L'accordo sulla giurisdizione concluso dal falsus procurator: la sua inefficacia e i modi per farla valere. L'eccezione della rappresentanza apparente</i>	47
4. <i>L'interposizione fittizia di persona negli accordi sulla giurisdizione</i>	56
5. <i>La capacità di esser parte degli accordi sulla giurisdizione</i>	66
6. <i>La capacità di stipulare gli accordi sulla giurisdizione</i>	76
7. <i>I giudizi sulla validità ed efficacia degli accordi sulla giurisdizione: loro ammissibilità, questioni di giurisdizione, coordinamento con i giudizi relativi alle controversie oggetto degli accordi</i>	97

Capitolo Quarto

L'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti delle parti e dei terzi	113
1. <i>Gli accordi ex art. 4 l. n. 218/1995. L'efficacia di un accordo sulla giurisdizione rispetto alle parti è subordinata al fatto che queste si affermino titolari dei rapporti che costituiscono oggetto dell'accordo</i>	113
2. <i>L'inefficacia dell'accordo sulla giurisdizione concluso dal solo sostituto processuale e l'efficacia dell'accordo pattuito dal legittimato ordinario nei confronti di quello straordinario</i>	117
3. <i>Gli accordi sulla giurisdizione relativi ad azioni su rapporti giuridici plurisoggettivi. I casi di litisconsorzio necessario propter opportunitatem</i>	123
4. <i>L'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti dei terzi si esplica, in base al principio di relatività dei negozi, in casi tipici, legislativamente previsti. L'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. conduce ad affermare che la clausola sulla giurisdizione relativa a un contratto con effetti nei confronti del terzo esplica pure essa efficacia rispetto al terzo</i>	130
5. <i>Gli accordi sulla giurisdizione a favore del terzo</i>	142
6. <i>Le clausole sulla giurisdizione ex art. 4 l. n. 218/1995 contenute negli statuti societari: ammissibilità e modalità di introduzione</i>	147
7. <i>Segue: l'efficacia della clausola statutaria nei confronti dei nuovi soci</i>	158
8. <i>Al di fuori dei casi di efficacia ultra partes degli accordi sulla giurisdizione, l'approvazione del terzo relativa a un accordo inter alios o, nel caso di azioni su rapporti plurisoggettivi, inter pauciores, è sufficiente a renderlo efficace nei confronti del terzo stesso</i>	165
9. <i>Gli accordi ex art. 23/25 Reg. Quanto all'efficacia dell'accordo rispetto alle parti si confermano i risultati raggiunti in ordine ai patti ex art. 4 l. n. 218/1995</i>	171
10. <i>Gli accordi sulla giurisdizione ex art. 23/25 Reg. relativi ad azioni aventi ad oggetto rapporti giuridici plurisoggettivi. I casi di litisconsorzio necessario propter opportunitatem</i>	174

11. <i>Gli accordi sulla giurisdizione ex art. 23/25 Reg. nei confronti dei terzi. Il principio di relatività e le sue eccezioni previste nel diritto europeo: gli accordi a favore del terzo. L'art. 13, c. 1, n. 2 Reg., che riconosce l'ammissibilità di un accordo sulla giurisdizione tra assicuratore e contraente dell'assicurazione a favore del terzo beneficiario è espressione di una più generale (implicita) norma europea che sancisce la efficacia di un accordo sulla giurisdizione a favore del terzo, stipulato con riguardo ad azioni relative a posizioni giuridiche di questo, connesse con quelle di cui sono (asseritamente) titolari le parti dell'accordo</i>	177
12. <i>Segue: la electio fori "contenuta" nell'atto costitutivo di un trust e la sua efficacia ultra partes nei confronti del trustee e del beneficiario del trust, espressamente prevista dall'art. 23/25, c. 4, Reg.</i>	181
13. <i>Segue: le clausole sulla giurisdizione ex art. 23/25 Reg. 44/2001 contenute negli statuti societari: la sentenza Powell Duffryn</i>	184
14. <i>In assenza di autonome norme europee che sanciscono l'efficacia ultra partes di un accordo sulla giurisdizione, potrà operare la lex fori prorogati, purchè ciò non conduca a un esito contrario all'esigenza di prevedibilità del foro per il terzo. Applicazione dei risultati raggiunti alla questione dell'efficacia nei confronti del terzo della clausola ex art. 23/25 Reg. relativa al contratto stipulato a suo favore. Le sentenze Gerling e Peloux in ordine all'assicurazione a favore del terzo. Si esclude l'esistenza di una generale autonoma norma europea relativa al contratto a favore del terzo. La questione deve essere risolta in base alla lex fori prorogati</i>	193
15. <i>L'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione rispetto alle controversie del terzo escluse dall'ambito soggettivo di applicazione della norma che riconosce l'accordo stesso</i>	200
16. <i>L'approvazione del terzo in ordine a un accordo sulla giurisdizione ex art. 23/25 Reg. concluso inter alios. Essa deve ritenersi ammissibile alla luce delle sentenze Coreck e Refcomp e perciò sufficiente a determinare l'efficacia dell'accordo rispetto al terzo</i>	203
17. <i>Sintesi</i>	206
Capitolo Quinto	
<i>Gli accordi sulla giurisdizione nei confronti del successore nel rapporto controverso</i>	211

1. *Posizione del problema. La questione dell'efficacia di un accordo sulla giurisdizione ex art. 4 l. n. 218/1995 nei confronti del successore. La tesi dell'efficacia basata sull'accessorietà degli accordi sulla giurisdizione e, dunque, sulla loro autonomia soltanto "relativa". Critica* 211
2. *La tesi dell'efficacia degli accordi nei confronti del successore, basata sul trasferimento del potere d'azione unitamente al diritto che esso è volto a tutelare. Critica* 218
3. *Critica della regola di efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore proposta dalle due tesi esaminate* 221
4. *La tesi dell'efficacia basata sulla successione nella lite. Critica* 227
5. *Si esclude la possibilità che l'efficacia automatica degli accordi sulla giurisdizione possa affermarsi in particolari ipotesi di successione. La successione mortis causa a titolo universale e la cessione d'azienda* 229
6. *Transizione. Individuazione della regola più congrua in virtù della quale affermare l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore. Il principio di relatività degli accordi sulla giurisdizione richiede che di una simile regola si reperisca un adeguato fondamento normativo* 232
7. *Tentativo di individuare un siffatto fondamento normativo: esame della dottrina tedesca che afferma l'efficacia dei Prozessverträge nei confronti del successore sulla base di norme processuali analoghe agli artt. 2909 c.c., 111, 475, c. 2, e 477 c.p.c. Critica. Indagine sull'art. 816-quinquies, c. 3, c.p.c. Da questa disposizione si ricava l'efficacia del patto compromissorio nei confronti del successore arbitrato pendente. Inapplicabilità analogica della norma in ipotesi di successione avvenuta prima della proposizione della domanda di arbitrato. Conclusioni "provvisorie" in ordine agli accordi sulla giurisdizione: soltanto gli accordi di proroga esplicano efficacia nei confronti del terzo successore lite pendente* 235
8. *La questione dell'efficacia di un accordo ex art. 23/25 Reg. nei confronti del successore. La sentenza Tilly Russ. Alla regola stabilita nella sentenza si possono muovere le stesse critiche rivolte alla tesi che fonda l'efficacia dell'accordo nei confronti del successore sull'accessorietà dell'accordo stesso* 251
9. *In ambito europeo la regola circa l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore deve essere ricavata dal principio che emerge dalla sentenza Dansommer. Interpretazione "adeguatrice" della sentenza*

<i>Tilly Russ, quale decisione che stabilisce come deve determinarsi l'oggetto del giudizio, al limitato fine della soluzione della quaestio iurisdictionis, in un caso – quello della domanda fondata su una polizza di carico – che si presta a facili abusi della regola dell'efficacia dell'accordo nei confronti del successore</i>	262
10. <i>La posizione del prenditore della polizza di carico che non succede nella situazione giuridica del vettore. La sentenza Coreck ritiene sufficiente l'approvazione del prenditore della clausola sulla giurisdizione, affinché questa espliciti efficacia nei suoi confronti</i>	271
11. <i>Conclusioni sull'efficacia nei confronti del successore degli accordi sulla giurisdizione italiana ex art. 4 l. n. 218/1995 alla luce dei risultati acquisiti in ordine ai patti riconosciuti dall'art. 23/25 Reg.: anche in ambito interno deve sempre ammettersi l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione rispetto al successore. Ammissibilità di una “diselectio” fori che escluda l'efficacia dell'accordo nei confronti del terzo successore</i>	273
12. <i>Individuazione dei rimedi contro i possibili abusi della regola che sancisce l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore nel rapporto controverso in ambito sia interno, che comunitario</i>	276
13. <i>I giudizi instaurati da o contro il successore soggetti agli effetti ultra partes degli accordi sulla giurisdizione</i>	280
14. <i>Sintesi</i>	292
Capitolo Sesto	
Applicazione dei risultati raggiunti a casi particolari	297
1. <i>Introduzione al capitolo</i>	297
2. <i>Gli accordi sulla giurisdizione nel fallimento: il potere del curatore fallimentare di concludere un accordo sulla giurisdizione e l'efficacia di un patto sulla competenza giurisdizionale nei confronti del curatore</i>	298
3. <i>Gli accordi sulla giurisdizione e le azioni dirette: la «azione diretta» come autonomo diritto creato dalla legge e, in particolare, la «action directe» riconosciuta dagli ordinamenti francofoni nelle catene di contratti</i>	316
4. <i>Segue: con la sentenza Refcomp la Corte di giustizia ha escluso che la clausola sulla giurisdizione pattuita tra due anelli “a monte” della catena di</i>	

- vendita di un bene, in ordine al contratto che lega costoro, sia opponibile “a valle” al subacquirente dello stesso bene che eserciti la «action directe»* 324
5. *Segue: altre ipotesi di «azione diretta» che non consistono in un autonomo diritto creato dalla legge: le loro possibili configurazioni giuridiche e le relative ricadute in ordine agli accordi sulla giurisdizione* 330
6. *Gli accordi sulla giurisdizione e i contratti collegati tra parti parzialmente diverse: in particolare il leasing* 333
7. *Gli accordi sulla giurisdizione nel caso di fideiussione: la electio fori relativa alle azioni sulla obbligazione garantita, pattuita tra creditore e debitore principale, non esplica effetti nei confronti del fideiussore, se non quando questi agisce nei confronti del debitore principale facendo valere la surrogazione nel diritto del creditore* 338

A nonno Bepi

Introduzione al secondo volume

Nel tempo intercorso tra la pubblicazione del primo e del secondo volume di quest'opera ha avuto luogo un evento che avrà una grande rilevanza sul regime degli accordi sulla giurisdizione riconosciuti dal diritto europeo: il 12 dicembre del 2012 è stato infatti emanato il Regolamento n. 1215/12 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale¹, ponendo così fine al lungo processo di revisione del Regolamento n. 44/2001. I patti di *electio fori* sono regolati agli artt. 25 e 31, cc. 2-4, Reg., che troveranno applicazione alle azioni proposte a partire dal 10 gennaio 2015².

Nel primo volume si è dato conto del procedimento di revisione del Regolamento Bruxelles I, cercando di fornire una prima interpretazione delle norme sugli accordi sulla giurisdizione di cui i vari "protagonisti" del procedimento proponevano l'introduzione³. Ora che il nuovo Regolamento è stato emanato, è necessario considerare la disciplina così introdotta, per verificare se le conclusioni *olim* attinte in ordine agli accordi *ex art. 23* Reg. n. 44/2001 possano valere anche rispetto a quelli contemplati dall'art. 25 Reg. n. 1215/2012.

La nuova disciplina dei patti di scelta del foro innova il precedente regime in ordine a tre punti: amplia l'ambito di applicazione *ratione personarum* della norma europea; introduce una specifica previsione relativa alla legge regolatrice; riconosce infine, in determinate circostanze, la priorità (o

¹ In G.U.U.E. 20 dicembre 2012 L 351

² Per le questioni attinenti alla applicazione *ratione temporis* delle varie innovazioni introdotte in ordine al regime degli accordi sulla giurisdizione sia permesso rinviare al mio *La nuova disciplina degli accordi sulla giurisdizione alla luce del Reg. n. 1215/2012 (Bruxelles I-bis)*, di prossima pubblicazione in *Int'l lis*, 2013.

³ V. primo volume, cap. I, § 2, *sub a*, pp. 11 ss.; § 3, *sub f*, pp. 28 ss.; cap. II, § 6, pp. 162 ss.

Kompetenz-Kompetenz) al giudice, individuato dalle parti in un *exclusive jurisdiction agreement*, a conoscere della validità ed efficacia dell'accordo⁴.

Quanto al primo punto, l'art. 25 Reg. si applicherà a tutti i patti – rientranti nella materia civile e commerciale, come definita dall'art. 1 Reg. – a favore dei giudici di uno Stato dell'Unione Europea, a prescindere dalla circostanza che le parti siano domiciliate in uno Stato membro. Quindi, da un lato, il domicilio infraeuropeo di una delle parti non sarà più una condizione necessaria per l'applicazione dell'art. 25 Reg.; dall'altro lato, non vi sarà più una disciplina quale quella dell'art. 23, c. 4, Reg. n. 44/2001, che regolava il *modus procedendi* dei giudici “derogati” nel caso di *electio* di un foro europeo, pattuita da soggetti entrambi privi di domicilio nell'Unione⁵.

L'art. 25, c. 1, Reg. contiene poi un espresso richiamo alla legge dello Stato membro di cui le parti hanno convenuto la competenza, che dovrà disciplinare la «validità sostanziale» dell'accordo. In tal modo, il novellato Regolamento ha inteso rigettare la soluzione maggiormente invalsa – nella vigenza della Convenzione di Bruxelles e del Regolamento n. 44/2001 – ossia che spettasse alla legge del giudice concretamente adito colmare le lacune di disciplina degli accordi sulla giurisdizione lasciate dalle norme convenzionali o regolamentari⁶. Si è del pari esclusa la posizione recentemente emersa nella dottrina e nella giurisprudenza inglesi per cui tali lacune dovevano esser sanate mediante autonome regole europee, da ricavarsi sulla base del principio di buona fede⁷. Si è invece preferita una “terza via” rispetto alla secca alternativa tra l'operare del diritto europeo e l'applicazione della legge del giudice concretamente adito, ossia il richiamo da parte della stessa norma europea alla *legge di uno Stato determinato*, segnatamente, a quella dello Stato del giudice prescelto. Si tratta di una soluzione chiaramente ispirata a quella accolta dalla Convenzione dell'Aja del 2005 sugli accordi di scelta del foro, i cui artt. 5, c. 1 e 6, lett. a, stabiliscono che la validità di un accordo

⁴ La previsione dell'art. 25, c. 4, Reg. - secondo cui «[U]na clausola attributiva di competenza che fa parte di un contratto si considera indipendente dalle altre clausole contrattuali. La validità della clausola attributiva di competenza non può essere contestata per il solo motivo che il contratto è invalido» - è solo apparentemente innovativa, atteso che l'autonomia della clausola sulla giurisdizione dal contratto cui si riferisce (nel senso che i vizi di validità ed efficacia del contratto non si riverberano sulla clausola) è già stata affermata dalla Corte di giustizia nel caso *Benincasa* (Corte di giustizia, 3 luglio 1997, C-269/95, *Benincasa* cit.: su cui v. primo volume, cap. I, § 8, in fine).

⁵ Su tale disciplina v. primo volume, cap. I, § 2, *sub d*, pp. 20 ss.

⁶ Su questa posizione si rinvia al primo volume, cap. II, § 5, p. 152, testo e nota 73.

⁷ V. primo volume, cap. II, § 5, pp. 155 ss., testo e nota 79.

deve valutarsi – da parte sia del giudice prescelto sia dei giudici derogati – in base alla legge dello Stato del giudice eletto⁸.

Il richiamo, nonostante la lettera della norma, non può ritenersi limitato alla «validità sostanziale» del patto, ma a tutte quelle questioni che non trovano direttamente disciplina nel diritto europeo⁹ (in virtù vuoi di espresse, o almeno inequivoche, norme regolamentari, vuoi di autonome regole europee pretoriamente stabilite dalla Corte di giustizia). Altrimenti saremmo in presenza di lacune nel regime degli accordi sulla giurisdizione difficili da colmare e si mancherebbe così l'obiettivo di creare certezza giuridica, specificatamente perseguito con questa innovazione.

La soluzione accolta dal Regolamento n. 1215/2012 non appare del tutto coincidente con quella avanzata, già *de iure condito*, nel primo volume. Lì si era concluso che l'integrazione della scarna disciplina dettata dall'art. 23 Reg., in mancanza di precise indicazioni ricavabili dalla lettera o dallo spirito del Regolamento, nonché di pronunce della Corte di giustizia che stabilissero regole materiali uniformi, spettasse alla sola legge processuale dello Stato la cui giurisdizione era stata prescelta dalle parti, ossia alla *lex fori prorogati*. Si escludeva pertanto un rinvio alla legge di un altro Stato, disposto dalle norme di diritto internazionale privato del foro prescelto¹⁰. Il legislatore europeo sembra aver invece compiuto una scelta diversa: nel considerando n. 20 si legge infatti che «[Q]uando emerge una questione circa la validità di un accordo relativo alla scelta del foro a favore dell'autorità giurisdizionale o delle autorità giurisdizionali di uno Stato membro, essa dovrebbe essere decisa secondo la legge dello Stato membro del foro o dei fori prescelti nell'accordo, comprese le norme di tale Stato membro sul conflitto di leggi». Si deduce quindi che il richiamo alla legge del foro prescelto, compiuto dall'art. 25, c. 1, Reg., è rivolto alle norme di conflitto di tale foro,

⁸ Sul punto cfr. primo volume, cap. I, § 3, *sub i*, pp. 37 s.; nonché cap. II, § 5, pp. 160 s., nota 86.

⁹ In tal senso, con riguardo alla norma proposta dalla Commissione Europea, v. HEINZE, *Choice of Court* cit., p. 585.

¹⁰ Si ammetteva una unica eccezione nel caso in cui la *lex fori prorogati* riconosca la validità di una *electio iuris* con riguardo agli accordi sulla giurisdizione (cfr. primo volume, cap. II, § 5, p. 161, nota 88), come la legge italiana che riconosce la possibilità per le parti di un accordo sulla giurisdizione di pattuire una *electio iuris* con riguardo alla (sola) validità del patto (v. primo volume, cap. II, § 4).

cui spetterà stabilire quale sia la legge che dovrà essere applicata alla *electio* di un giudice europeo¹¹.

Questa conclusione non sembra coerente con la priorità – riconosciuta dall'art. 31, cc. 2 ss., Reg. al giudice “prorogato” in via esclusiva – a pronunciarsi sulla validità ed efficacia dell'accordo. Ciò sarebbe maggiormente giustificato ove l'accordo fosse disciplinato dalla *lex fori prorogati* e non dalla legge (eventualmente diversa) individuata alla stregua della norme di conflitto del foro prorogato: avrebbe infatti poco senso attribuire al giudice “eletto” la cognizione in ordine alla validità ed efficacia dell'accordo, sol perché si debbono applicare le norme di diritto internazionale privato dello Stato cui appartiene; ben più fondata sarebbe una simile attribuzione se, nella verifica circa la validità ed efficacia dell'*electio fori*, rilevassero – oltre alle regole europee – le sole norme direttamente dettate dalla legge del giudice prescelto¹².

Tale soluzione è inoltre opposta a quella accolta nei Regolamenti sulla legge applicabile, operanti nella materia civile e commerciale, che espressamente escludono il rinvio¹³.

È tuttavia dubbio che tali rilievi siano sufficienti ad escludere la soluzione favorevole al rinvio espressa – invero con tutta la desiderabile chiarezza – dal considerando n. 20 del nuovo Regolamento. Si è quindi costretti ad affermare che l'art. 25, c. 1, Reg. richiama la legge individuata dalle norme di conflitto del foro prescelto.

Questa innovazione non avrà peraltro rilievo con riguardo agli accordi ex art. 25 Reg. a favore del giudice italiano, che debbono ritenersi pur sempre retti dalla legge italiana. Nel nostro ordinamento vige infatti il principio – desumibile dall'art. 12 l. n. 218/1995 – per cui la *lex fori* opera rispetto a tutte le questioni processuali, salvo eccezioni, esplicite, qualora la legge processuale espressamente richiami una legge straniera, o implicite, ove vengano in

¹¹ Così anche NUYTS, *La refonte du règlement Bruxelles I*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2013, p. 55.

¹² A giustificazione della priorità riconosciuta al giudice “prorogato” si potrebbe comunque pragmaticamente notare che molto spesso le norme di conflitto condurranno all'applicazione della *lex fori prorogati*, vuoi in virtù del *lex fori-Prinzip* (come in Italia: v. appena *infra*), vuoi perché questa in vari casi sarà la legge del collegamento più stretto.

¹³ Cfr. l'art. 20 Reg. Roma I, che riproduce l'art. 15 Conv. Roma; nonché l'art. 24 Reg. Roma II, n. 864/2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali. Medesima soluzione è accolta anche dall'art. 11 Reg. n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale; diversa è invece quella prevista dall'art. 34 Reg. n. 650/2012 in materia successoria.

rilievo istituti processuali caratterizzati da forti nessi col diritto sostanziale¹⁴. Non potendosi invocare alcuna di queste eccezioni per gli accordi sulla giurisdizione riconosciuti dal Regolamento, questi debbono ritenersi retti dalla *lex fori* e, più in particolare, dalla *lex fori prorogati*, sia perché è l'effetto prorogatorio quello che viene in rilievo innanzi al giudice italiano, sia per la priorità attribuita dal diritto europeo a questo effetto rispetto a quello derogatorio¹⁵. Sarà dunque la legge italiana a disciplinare i patti sulla competenza giurisdizionale *ex art. 25 Reg.* a favore dei nostri giudici, senza possibilità di un rinvio a una legge differente. L'unica eccezione si darà ove le parti – in modo espresso o almeno inequivoco – abbiano stabilito che il loro accordo sia retto da una legge diversa da quella italiana, poiché in tal caso il nostro ordinamento conferisce rilievo a una simile scelta, sia pur limitatamente alla validità dell'accordo¹⁶: perciò tutte le questioni rientranti in quest'ambito saranno allora rette dalla legge straniera eletta dalle parti.

Una volta giunti a queste conclusioni in ordine alla legge regolatrice, si rende necessaria una avvertenza. Nel prosieguo del lavoro si rinverrà di frequente la sintetica affermazione per cui gli accordi di scelta del foro riconosciuti dal sistema di Bruxelles sono retti dalla *lex fori prorogati*, in mancanza di autonome norme europee. Ciò avrà tuttavia un differente significato a seconda che vengano in rilievo i patti *ex art. 23 Reg. n. 44/2001* o *ex art. 25 Reg. n. 1215/2012*. Nel primo caso, si intenderà la legge processuale del foro prescelto, nel secondo, invece, la legge individuata alla stregua delle norme di conflitto di tale foro (in ipotesi di accordo a favore dei nostri giudici, si tratterà di regola della legge italiana).

Passiamo ora a considerare la più significativa delle innovazioni in ordine al regime dei patti di scelta del foro: quella prevista dall'art. 31, cc. 2-4, del novellato Regolamento Bruxelles I, che conferisce – in determinate circo-

¹⁴ Cfr. primo volume, cap. II, § 1, pp. 124 s.

¹⁵ A tal riguardo si permetta una precisazione. Nel primo volume, cap. II, § 5, p. 159 rilevavo che la priorità dell'effetto prorogatorio dell'accordo rispetto a quello derogatorio si desu-
meva *inter alia* dalla circostanza che, nel sistema di Bruxelles, il primo effetto è condizione
necessaria del secondo, poiché sono ammessi patti di proroga privi di effetti derogatori (che
dunque prevedono fori meramente facoltativi) ed esclusi invece gli accordi di "mera deroga".
Tuttavia nella nota 15 del primo capitolo affermavo l'ammissibilità di quest'ultimi accordi,
qualora residuasse la competenza giurisdizionale dei giudici di uno o più Stati membri. Que-
sti due asserti sono solo apparentemente contraddittori, poiché gli accordi di "mera deroga"
ammessi sono quelli implicitamente prorogatori, il che viene a confermare – anche rispetto a
questa peculiare ipotesi – che la proroga è condizione necessaria della deroga.

¹⁶ Per la validità di una *electio iuris* in ordine a un accordo sulla giurisdizione e sui limiti di
operatività della legge prescelta si rinvia al primo volume, cap. II, § 4, pp. 147 ss.

stanze – al giudice individuato in un accordo di proroga esclusiva la priorità a conoscere della validità ed efficacia dell'accordo stesso.

Esaminiamo quindi gli esatti termini di una tale priorità, iniziando l'indagine dal secondo comma dell'art. 31. La disposizione prevede che «[F]atto salvo quanto previsto dall'articolo 26, qualora sia adita l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro al quale un accordo di cui all'articolo 25 conferisce competenza esclusiva, qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro sospende il procedimento fino a quando l'autorità giurisdizionale adita sulla base dell'accordo dichiara di non essere competente ai sensi dell'accordo».

Primo presupposto per l'applicazione della norma è dunque che penda un processo davanti a un giudice europeo, cui un accordo sulla giurisdizione riconosciuto dall'art. 25 «conferisce competenza esclusiva». In presenza di una situazione siffatta, l'art. 31, c. 2, prevede che «qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro» debba sospendere il procedimento innanzi a sé instaurato, finché il giudice “prorogato” non dichiara di essere competente in base all'accordo. Chiaramente la norma intende imporre un dovere di sospensione ad ogni giudice europeo, diverso da quello prescelto, presso cui penda un processo in cui rilevano gli effetti dell'accordo sulla giurisdizione. Ciò si darà se il convenuto abbia qui tempestivamente eccepito il difetto di competenza giurisdizionale sulla base dell'accordo¹⁷ (o, evenienza invero assai più rara, il giudice rilevi *ex officio* la sussistenza di un tale accordo, in caso di contumacia del convenuto¹⁸). In mancanza di eccezione – o di eccezione tempestiva da parte del convenuto – il giudice non potrà in alcun modo conoscere del patto di scelta del foro, che non avrà perciò alcun rilievo innanzi a lui, con conseguente inoperatività della sospensione *ex art. 31, c. 2, Reg.*: è questo il significato della salvezza dell'art. 26 Reg. (sulla proroga tacita della giurisdizione) che compare nell'*incipit* della norma.

Vi è da chiedersi se il dovere di sospensione sussista solo in presenza di un giudizio identico *ex art. 29 Reg.* a quello instaurato innanzi al giudice

¹⁷ Per una ulteriore e assai peculiare ipotesi in cui la norma può trovare applicazione, ossia qualora innanzi a un giudice “derogato” sia instaurata una azione sulla validità ed efficacia dell'accordo *v. infra*, cap. III, § 7.

¹⁸ Evenienza assai rara, perché è difficile pensare che chi agisce innanzi a un giudice “derogato” riversi in atti il documento da cui risulta la proroga a favore del giudice di un diverso Stato europeo. Ancor più raro è poi che in casi simili, al giudice possa constare la pendenza del processo innanzi al giudice eletto, sì da imporgli il dovere di sospensione *ex art. 31, c. 2, Reg.*

prescelto o se, all'uopo, sia sufficiente anche solo una connessione *ex art. 30 Reg.*¹⁹.

La questione appare invero di scarso rilievo pratico. Un tale problema non si porrà nel caso di accordi sulla giurisdizione ad oggetto determinato i cui effetti rileveranno in giudizi (per solito a parti tra loro invertite) su una stessa situazione giuridica soggettiva e perciò sicuramente identici *ex art. 29 Reg.* In presenza poi di clausole sulla giurisdizione relative a un contratto, è vero che esse estendono i loro effetti a una pluralità di azioni su situazioni giuridiche tra loro differenti. Tuttavia si dovrà affermare pur sempre l'identità tra i giudizi in cui rilevano tali clausole in virtù della nozione ampia di litispendenza accolta dalla Corte di giustizia nei casi *Tatry* e, soprattutto, *Gubisch*, tale da abbracciare tutte le liti che trovano fonte nello stesso contratto. Il problema si potrà verosimilmente porre nel solo caso in cui, accanto a un'azione con fondamento contrattuale, se ne proponga un'altra priva di un tale fondamento, ma collegata con la vicenda contrattuale. Ove si escluda che qui operi la litispendenza²⁰ e si alleggi la clausola di *electio fori* in entrambi i processi (in uno per affermare la giurisdizione del giudice adito, nell'altro per negarla) si pone la questione se debba riconoscersi la priorità del giudice "eletto" o debba invece applicarsi l'art. 30 sulla connessione europea.

A mio avviso è preferibile la seconda alternativa²¹.

Anzitutto, questa sembra inequivocabilmente accolta dal considerando n. 22, alla stregua del quale la sospensione dovrebbe operare nel caso in cui «un'autorità giurisdizionale non designata in un accordo di scelta esclusiva del foro è stata adita e l'autorità giurisdizionale prescelta è investita successivamente di una controversia tra le medesime parti avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo».

¹⁹ Si dovrebbe invece escludere la possibilità che tra i due giudizi – quello instaurato nel foro "prorogato" e nel foro "derogato" – in cui parimenti rilevano gli effetti di uno stesso accordo sulla giurisdizione non possa sussistere neppure un rapporto di connessione.

²⁰ Nel senso che invece operi la disciplina della litispendenza nel caso di due giudizi instaurati in differenti Stati membri in cui si chiede il risarcimento del danno rispetto ai medesimi fatti, facendo valere nell'uno la responsabilità contrattuale e nell'altro la responsabilità extracontrattuale del convenuto v. SIMONS, CARPANETO, in SIMONS, HAUSMANN (a cura di), *Regolamento «Bruxelles I», Commento al Regolamento (CE) 44/2001 e alla Convenzione di Lugano*, Monaco di Baviera, 2012, *sub art. 27*, p. 625.

²¹ Nel medesimo senso v. F.C. VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Padova, 2012, pp. 150 s.; più perplessa a riguardo appare invece l'Autrice alle pp. 167 ss.

Militano nello stesso senso altresì considerazioni attinenti alla genesi della previsione normativa. La *occasio legis* è rappresentata dalla sentenza *Gasser*, ove la Corte di giustizia ha affermato l'applicabilità della norma europea sulla litispendenza, quand'anche il secondo giudice fondasse la sua giurisdizione su un accordo di proroga (esclusiva). Tale decisione ha ricevuto critiche perché non garantiva adeguatamente l'effettività degli accordi sulla giurisdizione. Proprio in ragione di ciò il legislatore europeo ha dettato una nuova disciplina, con cui ha voluto escludere il perdurante operare della litispendenza in fattispecie come quella della sentenza *Gasser*²². Si dovrebbe perciò limitare l'applicazione dell'art. 31, c. 2, Reg. ai casi in cui altrimenti troverebbe applicazione la litispendenza e non anche la connessione europea.

In tal senso depone anche un argomento letterale: l'art. 29 Reg. sulla litispendenza prevede una clausola di salvezza che permette l'operatività dell'art. 31, c. 2, Reg.; altrettanto invece non stabilisce la norma sulla connessione, sì da far concludere che quest'ultima trovi applicazione pur quando uno dei giudici fondi la sua competenza su di un *exclusive jurisdiction agreement*.

Si deve infine notare che, solo nel caso di litispendenza, la sospensione è doverosa e dunque vi è la necessità di una norma che venga a escludere una simile stasi del processo; in ipotesi di connessione, il provvedimento è invece discrezionale e perciò il giudice cui spetta la decisione di sospendere potrebbe ben negare la sospensione, ritenendosi munito di giurisdizione in forza di un accordo di proroga esclusiva.

Si può quindi affermare che il giudice innanzi a cui sia stato eccepito il difetto di giurisdizione sulla base di un accordo di scelta del foro, dovrà sospendere il processo ove penda innanzi al giudice "prorogato" un giudizio identico, anche solo *europaeo iure*. Più in particolare si applicherà solo se il giudice "derogato" sia stato adito per primo; nell'ipotesi contraria troverà invece pur sempre applicazione la norma sulla litispendenza europea²³, come risulta chiaramente dal considerando n. 22²⁴. Lo scopo dell'innovazione che

²² Sul punto si rinvia al primo volume, cap. II, § 6, pp. 166 s., testo e nota 99.

²³ In tal senso cfr. F.C. VILLATA, *L'attuazione degli accordi cit.*, p. 156; NUYTS, *La refonte cit.*, p. 50; POHL, *Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle*, in *IPRax*, 2013, p. 112.

²⁴ Ove si stabilisce che l'art. 31, c. 2, Reg. «non dovrebbe applicarsi ai casi [...]in cui l'autorità giurisdizionale prescelta nell'accordo di scelta esclusiva del foro sia stata adita per prima. In tali casi dovrebbe applicarsi la regola generale in materia di litispendenza di cui al presente regolamento». Nello stesso considerando si aggiunge che l'art. 31, c. 2, Reg. non opera nep-

si sta esaminando è infatti quello di garantire una maggiore effettività agli accordi sulla giurisdizione nello spazio giudiziario europeo, ove tale scopo possa esser perseguito grazie alle norme già esistenti – come quella sulla litispendenza – non c'è ragione di “scomodare” l'art. 31, c. 2, Reg.

La norma sulla priorità del giudice prorogato è dunque mutata nel corso del processo di revisione: la Commissione aveva proposto una norma attributiva di una “secca” *Kompetenz-Kompetenz* a favore del giudice “eletto”, tale da operare quand'anche questo non fosse ancora stato adito; l'art. 31, c. 2, Reg. prevede invece un mero “rovesciamento” della regola sulla litispendenza, allorché il secondo giudice fondi la sua competenza su un accordo di proroga esclusiva.

Vi è ora da chiedersi se, anche rispetto alla norma introdotta nel Regolamento n. 1215/2012, si possa continuare ad accogliere quanto rilevato nel primo volume in ordine alle condizioni della sospensione prevista dall'art. 32, c. 2 della proposta della Commissione²⁵. In quella sede ho sostenuto che il provvedimento sospensivo presupponeva una previa verifica circa la validità ed efficacia *europaeo iure* dell'accordo. Più in particolare, si doveva stabilire se questo attenesse a controversie determinate, rispettasse i requisiti formali posti dalla norma regolamentare²⁶ e non fosse infine contrario alle competenze giurisdizionali esclusive e imperative, poste a presidio delle parti deboli di alcuni rapporti contrattuali. Nel caso di esito positivo dell'indagine, il giudice “derogato” avrebbe dovuto disporre la stasi del processo a favore del giudice “prorogato”, cui spettava l'esame della validità ed efficacia dell'accordo sotto ogni altro aspetto, esame da condursi alla stregua della *lex fori prorogati*. Tale soluzione si fondava sul fatto che la priorità riconosciuta al giudice “eletto” si giustifica in ragione della sua maggior qualificazione a conoscere della validità ed efficacia dell'accordo. Maggior qualificazione

pure nei «casi in cui le parti hanno stipulato accordi configgenti di scelta esclusiva del foro», in cui troverà invece applicazione l'art. 29 Reg. sulla litispendenza (sul punto v. NUYTS, *La refonte cit.*, p. 53 s.).

²⁵ Sulla norma proposta dalla Commissione v. primo volume, cap. II, § 6, pp. 167 ss.

²⁶ CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1295 s. – con riguardo all'art. 32, c. 2, proposto dalla Commissione – afferma che il giudice derogato dovrà declinare la giurisdizione a favore di quello prorogato solo dopo aver verificato che l'accordo rispetti i requisiti formali sanciti dall'art. 23 Reg. n. 44/2001, «lasciando che a pronunciarsi sulla validità ed efficacia dell'accordo di proroga secondo le previsioni della *lex fori* sia invece il Giudice prescelto dalle parti, che la proposta della Commissione assume così implicitamente esser quello più qualificato a tale riguardo».

che deve però affermarsi solo rispetto all'applicazione delle norme della *lex fori prorogati*, non anche di quelle europee che, essendo "comuni" a tutti gli ordinamenti degli Stati membri, possono essere interpretate e applicate con pari autorità da parte di qualsiasi giudice a questi appartenente.

Bisogna chiedersi se questa soluzione debba accogliersi anche con riguardo all'art. 31, c. 2, Reg.

Si potrebbe infatti sostenere che la sospensione del processo sia condizionata soltanto all'eccezione di difetto di giurisdizione innanzi al giudice "derogato" (o, caso assai più raro, il rilievo *ex officio* dell'accordo da parte di questo giudice) e alla pendenza di un processo identico *ex art. 29 Reg.* davanti al giudice "prescelto". Quest'ultimo presupposto scongiurerebbe il rischio di comportamenti abusivi da parte del convenuto, cui non basta (più) eccepire il difetto di giurisdizione sulla base dell'accordo, ma deve altresì instaurare il processo innanzi al giudice (che ritiene) prorogato, "scommettendo" così sulla sussistenza della giurisdizione di questi e accettando le conseguenze negative – in particolare in ordine alle spese di lite – che avrebbero luogo ove questa venisse esclusa²⁷.

Seppur quest'ultima soluzione non si può più rigettare in ragione degli abusi cui potrebbe dar luogo, resta il fatto che l'unica giustificazione per la priorità conferita al giudice "prorogato" è da ravvisarsi nella maggior qualificazione a conoscere della validità ed efficacia dell'accordo, in ordine agli aspetti retti dalla *lex fori prorogati* o, almeno, dalla legge individuata alla stregua della norme di conflitto del foro prorogato²⁸. Ritengo pertanto che la

²⁷ Devono invece essere scartate le altre opzioni interpretative già rigettate, nel primo volume, in sede di esame della proposta della Commissione. Anzitutto vi è da escludere che il giudice derogato debba procedere a una verifica piena in ordine alla validità ed efficacia dell'accordo sulla giurisdizione come la – invero non perspicua – lettera della norma sembrerebbe suggerire: in tal modo non si riconoscerebbe alcuna priorità al giudice eletto perché la cognizione sull'accordo spetterebbe in primo luogo al giudice "derogato" (v. primo volume, cap. II, § 6, p. 168). Del pari si deve negare che il giudice innanzi a cui è stata sollevata l'*exceptio iurisdictionis* possa disporre la sospensione, salvo che l'accordo non sia manifestamente invalido, inefficace o inoperante (sembrano pronunciarsi in tal senso NUYTS, *La refonte* cit., p. 52; C.F. VILLATA, *L'attuazione degli accordi* cit., pp. 171 ss., anche sulla base di proposte avanzate nel procedimento di revisione del Regolamento Bruxelles I), sulle orme di quanto dispone l'attuale art. 1448, alinea 1, *code de procedure civil* francese: una simile soluzione attribuisce al giudice che deve applicare l'art. 31, c. 2 Reg. una eccessiva discrezionalità, che la Corte di giustizia difficilmente può limitare, in forza di pronunce che definiscano con più precisione la nozione di manifesta invalidità, inefficacia o inoperatività, attesa l'indagine necessariamente casistica che questa presuppone (v. secondo volume, cap. II, § 6, pp. 169 s.).

²⁸ Come già sottolineato *supra*, si ravvisa una certa incoerenza tra il conferimento della priorità al giudice "prorogato", che necessariamente presuppone una sua maggior qualificazione a

priorità debba esser riconosciuta al giudice “prorogato” nella stessa misura in cui se ne possa affermare la maggior qualificazione a conoscer dell’accordo. La sospensione prevista dall’art. 31, c. 2, Reg. deve quindi esser disposto dal giudice “derogato”, dopo aver verificato non solo che un processo identico *europaeo iure* sia stato instaurato innanzi al giudice “prorogato”, ma altresì che il patto sulla competenza giurisdizionale riguardi controversie relative a un rapporto giuridico determinato, rispetti i requisiti formali stabiliti dall’art. 25, c. 1, Reg., non violi le competenze giurisdizionali esclusive contemplate dall’art. 24 Reg., e rientri nei limiti stabiliti dagli artt. 15, 19 e 23 Reg., relativi agli accordi in ordine ai contratti, rispettivamente, di assicurazione, coi consumatori e di lavoro subordinato.

La necessità di quest’ultima verifica risulta peraltro *expressis verbis* dal quarto comma dell’art. 31 Reg., che esclude l’operare dei precedenti due commi nelle «materie di cui alle sezioni 3, 4 o 5, nei casi in cui l’azione è proposta dal contraente dell’assicurazione, dall’assicurato, da un beneficiario del contratto di assicurazione, dalla parte lesa, dal consumatore o dal lavoratore e l’accordo è invalido ai sensi delle disposizioni contenute nelle suddette sezioni». La norma contempla la sola ipotesi dell’azione della parte debole del rapporto contrattuale e non anche quella opposta, probabilmente perché si è ritenuto improbabile che il soggetto debole venga sostanzialmente a rinunciare al foro del proprio domicilio (l’unico ove può essere ammissibilmente convenuto alla stregua degli artt. 14, c. 1, 18, c. 2, 22, c. 1, Reg.), sollevando una eccezione di difetto di giurisdizione fondata su un invalido *exclusive jurisdiction agreement* a favore dei giudici di un altro Stato europeo. Anche in questa – più rara – ipotesi dovrà pur sempre verificarsi se l’accordo rispetta i limiti stabiliti dagli artt. 15, 19 e 23 Reg.²⁹.

Una volta che tutte queste indagini sulla validità ed efficacia *europaeo iure* dell’accordo si siano concluse positivamente, il giudice “derogato” dovrà sospendere il processo a favore del collega “prorogato”, che dovrà allora

conoscere dell’*electio fori*, e la previsione di una legge regolatrice che non sempre corrisponde a quella propria di tale giudice, ossia alla *lex fori prorogati* (salvo quanto pragmaticamente osservato alla nota 12).

²⁹ Tali limiti si possono ritenere rispettati ove si ravvisi, nella eccezione di difetto di giurisdizione, la manifestazione di volontà della parte debole di adesione allo (o meglio di “convalida” dello) accordo (che necessita tuttavia della forma scritta e quindi della sottoscrizione della parte dell’atto di costituzione, salvo il caso in cui la procura alle liti non conferisca al difensore il potere rappresentativo a tal riguardo) e si ritenga che ciò sia sufficiente a sanare l’originaria invalidità del patto, integrando l’ipotesi di accordo «posteriore al sorgere della controversia», ammesso dagli artt. 15, n. 1, 19, n. 1, 23, n.1, Reg.

pronunciarsi su tutti gli altri aspetti dell'accordo, non solo quelli retti dalla legge individuata alla stregua delle norme di conflitto del foro, ma altresì quelli disciplinati da autonome regole europee non previste espressamente dal Regolamento n. 1215/2012 e dettate dalla giurisprudenza pretoria della Corte di giustizia³⁰.

Si può quindi concludere questo lungo esame dell'art. 31, c. 2, Reg. affermando che la norma si applica qualora siano pendenti due processi identici ai sensi dell'art. 29 Reg. dinanzi a giudici di Stati membri differenti, di cui il secondo instaurato innanzi al giudice individuato in un accordo di proroga. In tal caso, il primo giudice dovrà sospendere il processo, se qui sia stato eccepito il difetto di giurisdizione sulla base dell'accordo (o, ipotesi assai più rara, il giudice abbia rilevato officiosamente la sussistenza dell'*electio fori*) e se tale patto sia relativo a controversie su rapporti determinati e rispetti l'art. 25, cc. 1 e 4, Reg. Spetterà invece al giudice "prescelto", secondo adito, stabilire se l'accordo sia valido ed efficace sotto tutti gli altri aspetti non considerati dal primo giudice.

Nel caso invece in cui il primo giudice ritenga che l'accordo non rispetti le norme europee espressamente stabilite dall'art. 23 Reg., il processo potrà proseguire innanzi a lui verso il fisiologico esito meritale, sempre che sussista un valido titolo di giurisdizione (e tutte le altre condizioni di decidibilità della causa nel merito). Il giudice secondo adito, pur "prorogato", dovrà allora fare applicazione della norma europea sulla litispendenza: essa non opererà solo allorché si applica l'art. 31, c. 2; ove questo risulti inapplicabile, riprenderà invece ad essere operante. Più in particolare, si applicherà rispettivamente il terzo o il primo comma dell'art. 29, a seconda che il giudice (oramai solo apparentemente) derogato si sia pronunciato anche sulla sussistenza di un titolo di giurisdizione a suo favore o soltanto sulla invalidità o inefficacia dell'accordo. In entrambe le ipotesi, il dovere di applicare la norma sulla litispendenza scatterà solo una volta che sia divenuto "stabile" il provvedimento del primo giudice che ha negato l'operatività dell'art. 31, c. 2, Reg. (eventualmente dichiarando altresì la sussistenza della propria giurisdizione).

Una volta esaminato il *modus procedendi* del primo giudice "derogato", passiamo ad esaminare quello del secondo. Questi, in virtù della clausola

³⁰ Sul punto v. *amplius*, primo volume, cap. II, § 6, pp. 172 ss. Spetterà al giudice prorogato stabilire altresì se l'accordo preveda un foro esclusivo o meramente facoltativo: ciò impone infatti la risoluzione di una *quaestio voluntatis* alla stregua delle regole di ermeneutica negoziale della legge regolatrice dell'*electio fori*.

di salvezza (dell'operatività dell'art. 31, c. 2, Reg.) contenuta nell'*incipit* dell'art. 29 Reg., non dovrà applicare la norma sulla litispendenza europea, ma potrà procedere con la trattazione e la decisione sulla domanda o sulle domande innanzi a lui proposte. Ciò potrà accadere – come precisa il considerando n. 22 – anche «a prescindere dal fatto che l'autorità giurisdizionale non prescelta abbia già deciso di sospendere il procedimento».

Il secondo giudice dovrà anzitutto verificare la sussistenza della propria competenza giurisdizionale³¹. Se vi siano ulteriori titoli astrattamente invocabili, oltre all'accordo di proroga, dovrà in primo luogo vagliare la validità ed efficacia dell'*electio fori*, al fine di garantire la funzionalità del meccanismo stabilito dall'art. 31, cc. 2 e 3, Reg.; solo una volta scartata questa ipotesi potrebbe dichiarare la propria competenza giurisdizionale sulla base di altre e differenti ragioni³².

Vi è da chiedersi se, nel caso il cui il primo giudice abbia già sospeso il processo *ex art.* 31, c. 2, Reg., il secondo possa riesaminare le questioni attinenti la validità ed efficacia dell'accordo già positivamente risolte nel provvedimento sospensivo e così, ad esempio, se possa dichiarare il difetto della propria giurisdizione perché l'accordo non rispetta i requisiti formali stabiliti dall'art. 23, c. 1, lett. a-c, Reg. A mio avviso ciò si dovrebbe escludere e ritenere quindi che il giudice prorogato sia vincolato alla decisione circa la validità ed efficacia *europaeo iure* dell'*electio fori* effettuata dal primo giudice, allo stesso modo in cui è vincolato *ex art.* 29, c. 3, Reg. dalla pronuncia di segno contrario, con cui il primo giudice nega la validità dell'accordo e afferma la sussistenza della propria giurisdizione.

Sempre nel caso in cui sia già stato pronunciato nel primo processo il provvedimento sospensivo, dinanzi al secondo giudice potranno essere proposte

³¹ Ciò presuppone ovviamente che il convenuto costituito abbia sollevato l'*exceptio iurisdictionis* (o sia rimasto contumace, con conseguente dovere del giudice di verificare *ex officio* la sussistenza della propria competenza giurisdizionale *ex art.* 28, c. 1, Reg.), il che di regola avverrà, dato che la contemporanea pendenza di più procedimenti *de eadem re* in differenti Stati membri presuppone una *jurisdiction battle* tra le parti e dunque un atteggiamento di queste tutt'altro che "remissivo". Nelle rare ipotesi in cui però il convenuto non eccepisca il difetto di giurisdizione si pone il problema di come garantire il funzionamento del meccanismo predisposto dall'art. 31, cc. 2 s., Reg., che presuppone una pronuncia del secondo giudice sull'accordo di scelta del foro. Nei Paesi come l'Italia che reputano ammissibile una domanda di accertamento della validità, efficacia ed ampiezza di un accordo sulla giurisdizione (v. *infra*, cap. III, § 7) si può pensare alla proposizione – nel secondo processo – di una siffatta domanda, previa eventuale istanza di remissione in termini *ex art.* 153, c. 2, c.p.c.

³² F.C. VILLATA, *L'attuazione degli accordi cit.*, p. 174, esclude invece che il secondo giudice possa spingersi a verificare l'esistenza di eventuali altri titoli di giurisdizione a suo favore.

(per solito dal convenuto) le domande originariamente promosse innanzi al giudice “derogato”, purché siano rispettati i relativi termini di preclusione, o siano soddisfatti i requisiti di una remissione in termini eventualmente prevista dalla legge processuale del giudice “prorogato”. Anche qualora tali domande non siano proposte, sussiste comunque l’interesse – almeno della parte che ha sollevato l’*exceptio iurisdictionis* innanzi al primo giudice – a che il secondo si pronunci sul se l’ambito oggettivo dell’accordo ricomprenda pure le azioni esercitate davanti al giudice “derogato”: solo in tal modo la decisione conclusiva del processo potrà vincolare pienamente quest’ultimo, determinando così la chiusura in rito del giudizio *ex art. 31, c. 3, Reg.*³³. Ove il secondo processo si svolga in Italia e, dunque si abbia a che fare con un accordo a favore del giudice italiano, un simile interesse può essere soddisfatto per mezzo di una domanda di accertamento della validità, efficacia e ampiezza dell’accordo sulla giurisdizione³⁴. Domanda che potrà proporsi anche se siano già intervenute delle decadenze, chiedendo una remissione in termini *ex art. 153, c. 2, c.p.c.*, che a mio avviso dovrebbe essere concessa, poiché l’esigenza di proporre una tal domanda sorge solo dopo che il primo giudice abbia disposto la sospensione prevista dall’art. 31, c. 2, Reg. Negli Stati dell’Unione in cui si esclude l’ammissibilità di tale domande si dovrà comunque ritenere che le parti possano chiedere al giudice di pronunciarsi sul se l’azione esercitata innanzi all’autorità prima adita rientri nell’ambito oggettivo di efficacia dell’accordo, pur se ciò non rilevi ai fini della soluzione della *quaestio iurisdictionis* che si pone nel secondo processo.

La sospensione del primo processo si prolungherà finché il secondo giudice non abbia dichiarato «di non essere competente ai sensi dell’accordo»: potrebbe trattarsi di una pronuncia declinatoria di giurisdizione, oppure di una decisione con cui il giudice afferma la propria competenza giurisdizionale, ma non sulla base dell’accordo, ritenuto per qualche ragione, invalido, inefficace o inoperante. A queste ipotesi si dovrebbe aggiungere quella – pur non contemplata dalla lettera della norma – della declaratoria di giurisdizione sulla base dell’accordo, ritenuto però istitutivo di un foro meramente facoltativo e non esclusivo. Nella prima ipotesi si avrà una chiusura in rito del processo preveniente e il primo potrà allora riprendere il suo corso; nelle

³³ In mancanza di una pronuncia del giudice prescelto in ordine all’ambito oggettivo dell’accordo sulla giurisdizione, il giudice derogato sarà vincolato a ritenere il patto valido ed efficace, ma dovrà invece valutare autonomamente se questo operi rispetto alla domanda innanzi a sé proposta.

³⁴ Domanda che, nel nostro ordinamento, deve ritenersi ammissibile, come si tenterà di dimostrare *infra* nel cap. III, § 7.

altre due ipotesi, il giudice, all'atto di affermare la propria giurisdizione, dovrebbe altresì sospendere il giudizio in applicazione dell'art. 29, c. 1, Reg. Il primo processo potrà allora proseguire e sfociare, ove ne sussistano tutti i presupposti, in una decisione di merito. In questo caso infatti non vi è più alcun valido ed efficace *exclusive jurisdiction agreement* e dovrà dunque operare il normale regime previsto per la litispendenza europea.

Si deve precisare che la decisione idonea a porre fine alla sospensione del primo processo deve essere "stabile" e quindi non più impugnabile con gli ordinari mezzi³⁵, altrimenti si potrebbero verificare dei conflitti positivi di giurisdizione tra giudici di differenti Stati membri.

Nel caso invece in cui il secondo giudice – con decisione parimenti "stabile" – abbia affermato la sua competenza esclusiva sulla base dell'accordo, troverà applicazione il terzo comma dell'art. 31 Reg., ove si prevede che qualsiasi altro giudice europeo – ovviamente innanzi al quale rilevi l'efficacia derogatoria dell'accordo – dovrà declinare la giurisdizione. Si stabilisce così che la decisione del giudice prorogato sulla validità ed efficacia di un *exclusive jurisdiction agreement* abbia efficacia vincolante nei confronti di tutti i giudici europei. Si tratta di uno di quei casi in cui il Regolamento conferisce efficacia "panprocessuale europea" a una decisione di rito, segnatamente sulla competenza giurisdizionale³⁶. In presenza di una tale pronuncia, il pro-

³⁵ Si deve quindi accogliere la medesima soluzione abbracciata unanimemente in dottrina con riguardo all'art. 27, c. 2, Reg. n. 44/2001 (v. GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches cit., sub Art. 27 EuGVVO*, p. 541; G. WAGNER, in STEIN, JONAS, *Kommentar cit.*, Band 10, Tübingen, 2011, *sub Art. 27 EuGVVO*, p. 504; LEIBLE, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches cit., sub Art. 27 Brüssel I-VO*, p. 664; SCHLOSSER, *EU-Zivilprozessrecht, cit., sub Art. 27 EuGVVO*, p. 146; MARENGO, *La litispendenza cit.*, p. 88, in ordine all'identico art. 21, c. 2, Conv. Bruxelles).

³⁶ Fenomeno da distinguere rispetto a quello del riconoscimento (v. CARRATTA, *La sentenza civile cit.*, in AA.VV., *Il diritto processuale civile cit.*, II, pp. 819 s., nonché in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1165), poiché la decisione vincolerà sempre gli altri giudici europei per il solo fatto di esser stata pronunciata, senza possibilità di escludere un simile vincolo per la sussistenza di un motivo ostativo del riconoscimento. Dunque, con riguardo alle decisioni del giudice prorogato in ordine a un accordo *ex art. 25 Reg.*, non opererà più la soluzione recentemente avanzata dalla Corte di giustizia nel caso *Gothaer* (Corte di giustizia, 15 novembre 2012, C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG c. Samskip GmbH*, in *Foro it.*, 2013, IV, c. 42, con nota di D'ALESSANDRO, *Pronunce declinatorie di giurisdizione: la Corte di giustizia impone limiti di efficacia europee*), ove si è stabilito che una decisione con cui si declini la competenza giurisdizionale, sulla base di un accordo di deroga della giurisdizione, è riconoscibile in base al Regolamento n. 44/2001, vincolando gli altri giudici europei a ritenere operante la *electio fori*, a prescindere dall'autorità di cosa giudicata conferita alla decisione dalla legge processuale dello Stato membro d'origine o dello Stato membro richiesto (il caso atteneva ad una pronuncia belga che aveva declinato la competenza giurisdizionale, previo rilievo della

cesso italiano sospeso *ex art. 31, c. 2 Reg.* potrà essere riassunto, evidentemente da parte del convenuto³⁷ e il giudice – vincolato all'accertamento circa la validità e efficacia ed operatività *in casu*³⁸ dell'accordo – non potrà che dichiarare il difetto di giurisdizione. La decisione sull'accordo proveniente dal giudice prorogato produrrà i propri effetti vincolanti anche in un processo innanzi al giudice derogato in cui non fosse stata previamente disposta la – pur doverosa – sospensione del processo³⁹, e pure in un processo instaurato dopo la pronuncia di questa decisione^{40 41}. In tutte queste ipotesi l'effetto derogatorio della giurisdizione deve essere ricollegato non tanto al solo accordo, quanto alla decisione dei giudici dello Stato in esso indicato, che abbiano riconosciuto la propria competenza esclusiva sulla base dell'accordo medesimo.

Prima di concludere questa introduzione, è necessario chiedersi quali conseguenze avranno le modifiche del Regolamento n. 1215/2012 sull'ambito di applicazione dell'art. 4 l. n. 218/1995.

Il primo comma dell'art. 4 vedrà notevolmente ristretto il suo ambito di applicazione, poiché gli accordi di proroga a favore del giudice italiano, conclusi tra soggetti non domiciliati in alcun Stato membro, non saranno più regolati da questa norma, ma dall'art. 25 Reg. La norma municipale po-

sussistenza di una *electio fori* a favore del giudice di uno Stato terzo, ma contraente la Convenzione di Lugano, ossia l'Islanda).

³⁷ Il convenuto avrà infatti interesse a che il giudice pronunci una sentenza di *absolutio ab instantia*, dato che questa conterrà, di regola, la condanna dell'attore (soccombente in rito) alla rifusione delle spese processuali.

³⁸ Si presuppone che il giudice prorogato, su istanza di parte, si sia pronunciato anche su questo punto. In mancanza, l'altro giudice europeo, pur vincolato all'accertamento della validità ed efficacia dell'*electio fori*, potrà negare che l'azione innanzi a sé promossa rientri nell'ambito oggettivo dell'accordo.

³⁹ Così F.C. VILLATA, *L'attuazione degli accordi cit.*, p. 174.

⁴⁰ In tal caso è poco probabile che il giudice eletto si sia pronunciato anche sul fatto che l'azione (solo successivamente) esercitata dinanzi a un diverso giudice europeo rientri nell'oggetto del patto sulla competenza giurisdizionale. Quest'ultimo sarà dunque vincolato soltanto all'accertamento relativo alla validità ed efficacia dell'accordo.

⁴¹ Credo che il terzo comma dell'art. 31 Reg. abbia un ambito applicativo più ampio rispetto al secondo: quest'ultimo opera nei soli casi che altrimenti sarebbero regolati dalla norma sulla litispendenza europea; quello, invece, in ogni processo pendente (o reso successivamente pendente) in altri Stati dell'Unione in cui rileva l'esistenza dell'accordo sulla giurisdizione oggetto della pronuncia del giudice "prorogato". Pertanto troverà applicazione altresì in un giudizio anche solo connesso *ex art. 30 Reg.* a quello in cui è stata emanata la decisione sulla *electio fori*. Quest'ultima esplicherà anche qui la peculiare efficacia riconosciuta dall'art. 31, c. 3, Reg., salvo, ovviamente, quanto osservato nella precedente nota.

trà allora operare solo con riguardo a proroghe della giurisdizione italiana riguardanti liti esulanti dal campo applicativo del Regolamento Bruxelles, nonché degli altri Regolamenti europei che disciplinano (anche) la competenza giurisdizionale⁴².

Quanto agli accordi di deroga alla giurisdizione italiana a favore di Stati terzi *ex art. 4, c. 2, l. n. 218/1995*, si è osservato nel primo volume che la loro ammissibilità non poteva dirsi certa già nel vigore del Regolamento n. 44/2001, nel caso di deroga di una competenza giurisdizionale fondata direttamente sul Regolamento. Una risposta positiva in tal senso era fornita dalla teoria degli effetti riflessi, nella sua forma temperata, secondo la quale gli Stati membri sarebbero stati liberi di dettare apposite norme tali da rendere possibile la declinatoria di una giurisdizione (o la sospensione del suo concreto esercizio) attribuita direttamente dalle norme europee, in presenza di situazioni cui si riconosceva analogo rilievo nel sistema di Bruxelles. La validità di una simile teoria risultava, tuttavia, per lo meno dubbia, in ragione delle pronunce della Corte di giustizia nel caso *Owusu* e nel parere n. 1/03⁴³.

Il novellato Regolamento Bruxelles I non ha certo migliorato la situazione. Qui è presente una espressa disciplina della litispendenza e della connessione in Stati terzi (v. artt. 33 s. Reg.), mentre si serba il più rigoroso silenzio in ordine alle altre fattispecie contemplate in norme negative di giurisdizione proprie del sistema di Bruxelles: segnatamente gli accordi sulla giurisdizione e le circostanze che fondano una giurisdizione esclusiva *ex art. 24 Reg.* Ove queste fattispecie si verificano con riguardo a Stati terzi è dubbio quale sia il *modus procedendi* di un giudice europeo che fondi la propria giurisdizione sul Regolamento n. 1215/2012. Si potrebbe ritenere che un tal giudice non possa che esercitare questa competenza giurisdizionale, salvo esista una norma regolamentare che ciò escluda, permettendogli di declinare la giurisdizione o sospenderne l'esercizio. Una simile norma si ravvisa in ordine alla litispendenza e alla connessione in Stati terzi non, invece, nel caso di accordi sulla giurisdizione a favore di Paesi al di fuori dell'Unione. Di conseguenza il giudice europeo dovrebbe ritenere irrilevante la *electio fori* a favore di uno Stato terzo. Si tratta – come ognuno può comprendere – di una soluzione

⁴² E dunque del Regolamento n. 2201/2003, in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (che esclude la derogabilità pattizia della competenza giurisdizionale), del Regolamento n. 4/2009, in materia di obbligazioni alimentari (che disciplina l'*electio fori* all'art. 4) e del Regolamento n. 650/2012, in materia di successioni (il cui art. 5 regola gli accordi sulla giurisdizione).

⁴³ Sul punto v. primo volume, cap. I, § 3, *sub f*, nota 50.

del tutto inaccettabile, perché contraria all'autonomia delle parti – ampiamente riconosciuta dal diritto europeo – nella determinazione del giudice giurisdizionalmente competente e negatrice del preminente ruolo degli accordi sulla giurisdizione nel contenzioso transnazionale, quali strumenti per garantire alle parti al massimo grado la prevedibilità del foro munito di giurisdizione. Si rende allora necessario un intervento risolutore della Corte di giustizia che – auspicabilmente – dia rilievo alle deroghe di competenze giurisdizionali direttamente conferite dal Regolamento n. 1215/2012 a favore di Stati terzi. Ciò sarà possibile seguendo due differenti vie: stabilendo che tali accordi sono retti dal diritto europeo e, in tal caso, si dovrà affermare l'applicazione analogica degli artt. 33 ss. Reg., che qui opereranno con gli adeguamenti del caso stabiliti dai giudici del Lussemburgo; o ammettendo l'operatività delle norme municipali dei singoli Stati membri, come l'italiano art. 4, c. 2, l. n. 218/1995.

L'introduzione della disciplina della litispendenza e connessione con Stati terzi ha almeno creato una certezza in ordine agli accordi di deroga a favore di giudici extraeuropei: essi sono sicuramente regolati dalle norme nazionali dei singoli Stati membri quando la competenza giurisdizionale derogata è attribuita non già dal diritto europeo, ma dalle norme municipali. Gli artt. 33 s. Reg. si applicano infatti solo ove il giudice europeo sia munito di giurisdizione in base agli artt. 4, 7, 8 o 9, Reg. In tal modo, il legislatore europeo ha mostrato che è necessaria una norma regolamentare per dare rilievo alla litispendenza in Stati terzi solo qualora i giudici dell'Unione fondino la loro competenza direttamente sul Regolamento⁴⁴. Nel caso contrario e, perciò, se il convenuto sia domiciliato al di fuori dell'Unione, non servirà una norma europea e le leggi processuali dei singoli Stati membri potranno qui operare non solo per determinare – in virtù dell'art. 6 Reg. – quando sussista la giurisdizione dei propri giudici, ma anche quando le parti possono validamente derogarla, pattuendo una *electio* a favore di Stati terzi⁴⁵. Ciò significa che

⁴⁴ Si può osservare che gli artt. 33 ss. non contemplano tutte le ipotesi in cui un giudice europeo può risultare competente direttamente in base al Regolamento, più in particolare non prevedono l'ipotesi delle competenze esclusive e di quelle imperative a tutela della parte debole di determinati rapporti contrattuali. Evidentemente il legislatore europeo ha ritenuto tali competenze di importanza tale da escludere la possibilità che esse non siano in concreto esercitate in ragione della pendenza della medesima lite o di una connessa davanti ai giudici di Paesi terzi.

⁴⁵ Il legislatore europeo ha insomma escluso che l'art. 6 Reg. determini una "europeizzazione" dei criteri nazionali di giurisdizione, come aveva invece sostenuto la Corte di giustizia nel parere 1/03 con riguardo all'analogo art. 4 Reg. n. 44/2001.

un accordo di deroga della giurisdizione italiana fondata su norme interne, a favore dei giudici di un Paese extraeuropeo non trova alcun impedimento nel diritto della UE e sarà disciplinato dall'art. 4, c. 2, l. n. 218/1995.

La perdurante sicura rilevanza dell'art. 4 l. n. 218/1995 (sia pure entro più ristretti ambiti) anche nel vigore del novellato Regolamento Bruxelles I, nonché la sua più ampia applicazione con riguardo ai processi instaurati prima dell'entrata in vigore di questo strumento normativo, rendono necessario proseguire quest'indagine – relativa agli accordi sulla giurisdizione riconosciuti nell'ordinamento italiano – avendo riguardo, non solo alla disciplina europea, ma anche a quella dettata dall'art. 4 l. n. 218/1995.

Capitolo Terzo

Le parti degli accordi sulla giurisdizione e la loro capacità

1. Le parti degli accordi sulla giurisdizione. La necessità di far riferimento alla nozione di parte del negozio giuridico. La classica dicotomia tra parte in senso sostanziale e parte in senso formale e il suo (tentativo di) superamento nella dottrina civilistica più recente: in particolare, la parte come autore in senso giuridico del negozio

Il presente capitolo è volto, anzitutto, a individuare i soggetti che debbono ritenersi parti di un accordo sulla giurisdizione, per poi procedere a considerare i requisiti che queste devono possedere per concludere dei validi patti.

Come si è veduto, gli accordi sulla giurisdizione sono dei negozi processuali, per cui la definizione di «parte dell'accordo» si risolve nel più generale problema della determinazione della «parte del negozio»^{1 2}.

Parte è anzitutto il soggetto che concretamente pone in essere l'atto negoziale, il quale, di regola, sarà anche colui nella cui sfera si producono gli

¹ Sul problema della definizione della parte negoziale v., in generale, G.B. FERRI, voce «*Parte del negozio giuridico*», in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, pp. 902 ss.; DAMIANI, voce «*Parte del negozio giuridico*», in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, pp. 3 ss.

² Sembra inutile chiedersi, con riguardo agli accordi sulla giurisdizione *ex art. 23/25 Reg.*, se la determinazione delle parti debba essere effettuata in base alla stessa norma europea o alla stregua della legge nazionale (indugia in una simile indagine, invece, JUNGERMANN, *Die Drittwirkung* cit., pp. 8 ss., la quale conclude nel senso che l'individuazione delle parti sia questione da risolvere alla stregua del diritto comunitario: v. pp. 20 s.): invero né l'art. 23/25 Reg. né i diritti nazionali (o almeno la legge italiana) contengono una definizione di parte dell'accordo, perciò risulterebbe comunque necessario far riferimento all'elaborazione dogmatica relativa alla nozione di parte del negozio. A riprova di ciò, basti osservare che JUNGERMANN, *Die Drittwirkung* cit., pp. 21 ss., per giungere a definire le parti dell'accordo come coloro tra cui «*eine kongruente Willenseinigung im Hinblick auf den Gerichtsstand zustande gekommen ist*» non si fonda in alcun modo né sulla lettera, né sullo spirito della norma europea.

effetti che dal negozio discendono. Questa coincidenza tuttavia non sempre si dà, esistendo delle ipotesi in cui gli effetti investono una persona diversa rispetto all'autore materiale del negozio. Ci si riferisce ai casi di rappresentanza, nonché a quelli in cui un soggetto è investito da uno o più effetti determinati, che trovano fonte in un atto concluso *inter alios*: si pensi al tipico caso del beneficiario di un contratto stipulato da altri in suo favore. Ed è proprio nel reperire un adeguato fondamento alla distinzione – di intuitiva evidenza – tra la posizione del rappresentato e quella del terzo, nei cui confronti si esplicano uno o più effetti negoziali, che è chiamata a misurarsi ogni teoria della parte del negozio.

All'uopo, si è ritenuto necessario “sdoppiare” la nozione di parte, rilevando che tale non è soltanto il soggetto che pone in essere la dichiarazione negoziale, ossia la parte in senso formale, ma anche colui nella cui sfera giuridica si producono gli effetti di tale dichiarazione, ossia la parte in senso sostanziale. Questa nozione “bicipite”, dettata dall'esigenza – almeno implicita – di riportare il rappresentato nell'alveo delle parti, escludendone la terzietà rispetto alla vicenda negoziale, ha avuto ampio e generalizzato consenso nella dottrina italiana³, ed è stata poi declinata dai singoli Autori in differenti varianti terminologiche, ad es., come distinzione tra parte della fattispecie e parte degli effetti prodotti da questa⁴, o tra parte dell'atto e parte del rapporto⁵.

In tal maniera, sembrerebbe raggiunta una netta distinzione tra la posizione del rappresentante, che è parte in senso sostanziale, essendo investito dalla generalità degli effetti del negozio, e quella del soggetto nella cui sfera si producono soltanto uno o più effetti negoziali determinati, che resta invece mero terzo. Nonostante le apparenze, tuttavia, non si può certo dire che si siano fatti reali passi avanti nel reperimento di un'adeguata *ratio distinguendi* tra le due “figure”. Infatti, al di là delle differenti qualifiche, la distinzione tra rappresentante e terzo riposa, in ultima analisi, sul fatto che il primo è soggetto a *tutti gli effetti* discendenti dal negozio concluso in suo nome dal

³ Cfr. MESSINEO, voce «Contratto nei rapporti col terzo», in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, pp. 196, 208; ID., *Il contratto in genere*, I, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, Milano, 1968, p. 227; ID., *Il contratto in genere*, II, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, Milano, 1972, p. 115, testo e nota 4; CARRESI, *Il contratto*, cit., I, p. 133; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in CICU, MESSINEO, MENGONI (già diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, continuato da SCHLESINGER, III, t. I, 2^a ed., Milano, 2002, p. 339; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 53 s.

⁴ V. BETTI, *Teoria generale del negozio* cit., pp. 362 ss.

⁵ Così BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 54.

rappresentante, mentre il secondo è investito da *uno o più effetti negoziali determinati*. Il criterio discretivo si mostra dunque del tutto inadeguato perché fondato sul dato meramente estrinseco del *quantum* di effetti negoziali che si producono nella sfera dei due soggetti^{6 7}.

Vien però fatto di chiedersi se il problema debba risolversi, non tanto per mezzo di un'acconcia ricostruzione della nozione di parte, quanto piuttosto attraverso una congrua configurazione della rappresentanza, atteso che la sua tradizionale concezione fondata sulla dissociazione tra la fattispecie negoziale, da imputarsi al rappresentante, e i relativi effetti, di cui è invece investito il rappresentato, non consente di conferire all'istituto una reale autonomia da altre figure di efficacia del negozio nei confronti del terzo⁸. E

⁶ Cfr., in tal senso, DELLE MONACHE, *La «contemplatio domini», Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001, pp. 121 ss.

⁷ Si deve rilevare che, in dottrina, sono stati compiuti anche altri tentativi per fondare la distinzione tra rappresentato e terzo: ad es., G.B. FERRI, voce «*Parte* cit.», pp. 910 s., ritiene che il criterio discretivo sia quello della tipologia di effetti che possono investire il rappresentato e il terzo. Mentre nella sfera del primo si possono produrre tutti gli effetti che un negozio ha nei confronti degli autori materiali del medesimo, per il “mero” terzo il negozio potrebbe esser fonte – secondo l'Autore – solo di diritti potestativi. Una simile ricostruzione però contrasta già col tenore letterale dell'art. 1411, c. 2, c. c., ove si specifica che il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della conclusione del contratto, senza che quindi sia necessaria una sua ulteriore manifestazioni di volontà perché tale diritto abbia ingresso nella sua sfera giuridica.

⁸ Anche in ambito processuale si è sentita l'esigenza di distinguere tra la rappresentanza e l'attiguo fenomeno della sostituzione processuale, ambedue ipotesi in cui l'attività dell'agire in giudizio è posta in essere - dal punto di vista fattuale - da un soggetto che non si afferma titolare della situazione sostanziale dedotta nel processo. La distinzione è operata da taluno elaborando una nozione di parte che escluda dal suo ambito il rappresentante, ma non invece il sostituto (CHIOVENDA, *Principii* cit., pp. 579, 597; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., pp. 214 s., il quale definisce la parte come «colui che domanda in proprio nome (o nel cui nome è domandata) una attuazione di legge, e colui di fronte al quale essa è domandata»; GARBAGNATI, *La sostituzione* cit., pp. 174, 184 ss., 253, 257 ss., che reputa parte colui che «propone nel proprio interesse una domanda giudiziale e chi è chiamato nel proprio interesse a contraddirvi od è comunque chiamato ad agire processualmente nel proprio interesse» e inoltre colui «nel cui nome ed interesse un subietto agisce, ed è chiamato ad agire o a contraddire processualmente»; ATTARDI, *Diritto* cit., p. 322 s.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, *Profili generali*, Torino, 2012, p. 199, il quale rileva che, nel caso di azione proposta dal *falsus procurator*, il rigetto in rito sarà fondato sulla mancanza del potere rappresentativo in capo all'asserito rappresentante processuale, e non già sul difetto di legittimazione di tale soggetto, poiché parte è pur sempre il (falsamente) rappresentato ed è rispetto a quest'ultimo che si deve verificare la sussistenza della legittimazione ad agire). Altri invece riconoscono la qualifica di parte anche al rappresentante, ma nel limitato senso di parte che sta in giudizio con l'attività (MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*,

proprio questa è, infatti, la strada seguita dalla più recente dottrina civilistica, che ha cercato di elaborare delle concezioni della rappresentanza bensì diverse da quella classica – che fa proprio l'insegnamento della *Repräsentationstheorie*⁹ – ma che siano comunque capaci di spiegare l'efficacia diretta dell'agire rappresentativo nei confronti del *dominus*.

Torino, 1959, in part. pp. 133 s.; ID., *Delle parti*, cit., sub art. 75, p. 885) o di parte in senso formale, ossia di colui che compie gli atti del processo (LUISO, *Diritto processuale civile*, 6^a ed., I, *Principi generali*, Milano 2011, pp. 208 s., 217) o ancora di parte come soggetto degli atti processuali (PROTO PISANI, voce «*Parte nel processo, a) Diritto processuale civile*», in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 921). In tal modo si può pur sempre distinguere il rappresentato dal sostituto, che è invece – a seconda della terminologia preferita – parte che sta in giudizio col nome (MANDRIOLI, *La rappresentanza* cit., pp. 133 s.; ID., *Delle parti*, cit., sub art. 75, p. 885), parte in senso processuale (LUISO, *Diritto processuale civile*, 6^a ed., I, cit., pp. 208, 217) o soggetto degli effetti del processo (PROTO PISANI, voce «*Parte* cit., p. 921).

La distinzione tra le due figure, si fa però assai più sfumata, allorché le si riguardi non dinamicamente, ossia in relazione al processo pendente, ma staticamente, con riguardo alle posizioni giuridiche processuali di cui sono titolari il rappresentante e il sostituto. GARBAGNATI, *La sostituzione* cit., pp. 174, 184 ss. infatti ritiene che il rappresentante, così come il sostituto, allorché propone la domanda eserciti un proprio potere d'azione attinente ad una situazione sostanziale altrui. In quest'ottica, la sostituzione e la rappresentanza processuali non sarebbero altro che differenti *species* dell'unico *genus* legittimazione straordinaria ad agire, che si distinguono tra loro perché la prima sarebbe conferita a tutela di un interesse del sostituto e la seconda a tutela dell'interesse del rappresentato (questa posizione può essere accostata a quella sostenuta nel campo del diritto sostanziale da SACCO, GRAZIADEI, voce «*Sostituzione e rappresentanza*», in *Dig. disc. priv.*, sez. *civ.*, XVIII, Torino, 1988, pp. 625 s., i quali riconducono sia la rappresentanza che la sostituzione “in senso tecnico” nell'ambito della sostituzione in senso lato, poiché in entrambe le ipotesi l'agire di un soggetto produce effetti nella sfera giuridica altrui). MANDRIOLI, *La rappresentanza* cit., p. 99; ID., *Delle parti*, cit., sub art. 75, p. 891 ha invece sostenuto che il rappresentante, nel proporre la domanda, esercita non il proprio potere d'azione, ma quello di cui è titolare il rappresentato. A me sembra tuttavia che, qualora si continui a concepire la rappresentanza come un fenomeno giuridico in cui si ha una dissociazione tra il soggetto dell'atto e il soggetto degli effetti dell'atto, non si possa che accogliere la posizione di Edoardo Garbagnati. Solo qualora, anche in campo processuale, si inizi a intendere la rappresentanza come strumento per l'imputazione giuridica di una fattispecie a un soggetto diverso dal suo autore in senso psicologico-materiale, si potrà ravvisare nella proposizione della domanda compiuta, da un punto di vista fattuale, dal rappresentante, l'esercizio di un potere d'azione proprio del *dominus* e anzi un atto di esercizio di tale potere giuridicamente imputabile a quest'ultimo. A quel punto non sarà più di alcuna utilità una nozione tripartita di parte, ma sarà sufficiente distinguere tra parte processuale (di cui si potrà pacificamente accogliere la nozione chiovendiana) e parte in senso sostanziale.

⁹ Si tratta di una concezione dogmatica sviluppatasi in Germania nel corso del XIX secolo e poi recepita dalla dottrina italiana a partire dalla fine del medesimo secolo. Essa, pur nella varietà delle sue espressioni, configurava la rappresentanza come un fenomeno in cui si assisteva a una dissociazione tra il soggetto che poneva in essere la fattispecie negoziale, il rappresentante, e la persona nella cui sfera giuridica tale fattispecie produceva i propri effetti,

In tal senso, nel quadro di una analisi del negozio fondata sulla distinzione tra fattispecie, nel senso di procedimento formativo dell'atto-negozio, regolamento d'interessi, ed efficacia del negozio, si è rilevato che la rappresentanza dovrebbe essere concepita come una dissociazione tra la parte della fattispecie, ossia il rappresentante, e la parte del regolamento d'interessi, ossia il rappresentato¹⁰.

Più di recente è stata proposta un'interessante ricostruzione della rappresentanza, come fenomeno volto a imputare al rappresentato una fattispecie negoziale, posta in essere, da un punto di vista psicologico-materiale, dal rappresentante¹¹. In forza di una simile imputazione, il *dominus* deve considerarsi autore in senso giuridico della dichiarazione negoziale che *solo in senso meramente fattuale* può dirsi proveniente dal rappresentante. In quest'ottica, se vi è nella rappresentanza una dissociazione, questa la si deve ravvisare tra l'autore in senso psicologico-materiale del negozio, che è il rappresentante, e l'autore in senso giuridico che invece è il rappresentato¹². Tale dissociazione, però, a differenza di quella che caratterizzava la *Repräsentationstheorie*, non si esplica su due piani entrambi dotati di giuridica rilevanza, ma su due piani, l'uno meramente fattuale e l'altro giuridico¹³. Secondo quest'orientamento, dunque, l'efficacia diretta nei confronti del rappresentato della dichiarazione negoziale posta in essere dal rappresentante, si spiega perché il primo è autore giuridico di questa, senza alcuna necessità di far riferimento al fenomeno eccezionale della efficacia del negozio nei confronti del terzo.

ossia il rappresentato. Per un panorama di sintesi sulla *Repräsentationstheorie* v., in Italia, DELLE MONACHE, *La «contemplatio cit.*, pp. 103 ss. e, meno recentemente, BONELLI, *Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore*, Milano, 1968, pp. 1 ss. note 2 ss.; MALAGNA, *Sulla natura giuridica della rappresentanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1936, pp. 259 ss.

¹⁰ V. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1992, pp. 44 ss.

¹¹ Cfr. DELLE MONACHE, *La «contemplatio cit.*, pp. 165 ss.

¹² Sulla distinzione tra imputazione giuridica e imputazione psicologico-materiale di un atto v. DELLE MONACHE, *La «contemplatio cit.*, pp. 223 ss., sulla scia di FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, pp. 163 ss.

¹³ Anche se poi il diritto positivo attribuisce, a determinati fini, rilievo giuridico al fatto che l'autore psicologico-materiale della dichiarazione sia il rappresentante. Ci si riferisce all'art. 1390 c.c., ove si prevede che il contratto è annullabile nel caso di vizio della volontà del rappresentante, purché il vizio non riguardi elementi predeterminati dal rappresentato (su tale norma e sulla sua conciliabilità con la teoria che si va esponendo v. DELLE MONACHE, *La «contemplatio cit.*, pp. 187 ss.); e all'art. 1391 c.c., in cui si dispone che, ove sia rilevante un determinato stato soggettivo, si ha riguardo alla persona del rappresentante, sempre che non si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato.

Una simile concezione della rappresentanza consente di attingere una totale autonomia di tale istituto rispetto a quello dell'efficacia del contratto rispetto al terzo. Il rappresentato è infatti autore in senso giuridico della dichiarazione negoziale, per cui chiara e netta è la distinzione con i terzi nei cui confronti si esplicano uno o più effetti negoziali determinati.

Alla luce di questa ricostruzione, si può giungere a una meno frastagliata e frammentaria nozione di parte del negozio, che segnatamente sarà il soggetto autore in senso giuridico della dichiarazione negoziale¹⁴. Nella normalità dei casi, esso coinciderà con l'autore in senso psicologico-materiale della dichiarazione, ma tale coincidenza non vi sarà ove operi il fenomeno della rappresentanza, che consiste, appunto in uno strumento di imputazione giuridica di una dichiarazione negoziale a un soggetto diverso rispetto all'autore in senso psicologico-materiale.

Applicando agli accordi sulla giurisdizione questi più recenti svolgimenti della dottrina civilistica, si può affermare che parti dell'accordo sono gli autori in senso giuridico delle dichiarazioni negoziali di cui esso si compone. A loro volta, gli autori in senso giuridico potranno essere i soggetti da cui materialmente provengono tali dichiarazioni, o coloro ai quali vengono giuridicamente imputate, in virtù dello strumento della rappresentanza, delle dichiarazioni negoziali provenienti, da un punto di vista fattuale, da altri¹⁵.

2. Il rappresentato, in quanto autore in senso giuridico della dichiarazione negoziale, è parte dell'accordo. La disciplina della rappresentanza volontaria

Si è visto che la rappresentanza deve essere concepita come strumento per imputare una dichiarazione negoziale a un soggetto diverso rispetto a chi ne è l'autore in senso psicologico-materiale. Per cui, nel caso di un accordo sulla giurisdizione stipulato dal rappresentante in nome e per conto del rappresentato la qualifica di parte dell'accordo dovrà attribuirsi a quest'ultimo, che è l'autore in senso giuridico della dichiarazione negoziale. A questo punto, bisogna determinare le condizioni necessarie per affermare che un soggetto agisca quale rappresentante di un altro. Qui ci si occuperà soltanto della rappresentanza volontaria, mentre la rappresentanza legale degli incapaci verrà trattata nel paragrafo sesto di questo capitolo dedicato alla capa-

¹⁴ In tal senso cfr. DELLE MONACHE, *La «contemplatio cit.*, pp. 169 s.

¹⁵ Sostanzialmente nel medesimo senso – seppur utilizzando una differente terminologia – in ordine agli accordi compromissori, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione cit.*, pp. 157, 160 ss.

cià di concludere gli accordi sulla giurisdizione (e perciò anche ai “rimedi” predisposti dall’ordinamento in caso di incapacità). La c.d. rappresentanza organica degli enti collettivi, la cui stessa inclusione nella categoria dogmatica della rappresentanza è peraltro assai dubbia¹⁶, sarà invece considerata nel quinto paragrafo, concernente la capacità di esser parte di un accordo sulla giurisdizione (e così pure il modo mediante il quale un ente collettivo può concretamente manifestare la propria volontà e divenire parte dell’accordo).

Quanto si dirà a riguardo della rappresentanza volontaria, vale sia per i patti di cui all’art. 4 l. n. 218/1995, sia per gli accordi di proroga della giurisdizione italiana ex art. 23/25 Reg., ai quali, come si è dimostrato, è applicabile la legge italiana quale *lex fori prorogati*. La norma regolamentare, infatti, si limita a prevedere che tali accordi siano conclusi dalle «parti», senza precisare se, e a quali condizioni, sia possibile avvalersi dello strumento della rappresentanza volontaria^{17 18}. Non potendo ricavare nulla a riguardo

¹⁶ Sulla questione v. *infra* § 5, nota 94.

¹⁷ Nel medesimo senso v. CARBONE, *Lo spazio cit.*, p. 163; MANKOWSKI, in RAUSCHER, *Europäisches cit.*, sub Art 23 Brüssel I-VO, p. 574; KROPHOLLER, *Internationale Zuständigkeit*, cit., p. 509; ID., VON HEIN, *Europäisches cit.*, sub Art. 23 EuGVO, pp. 422 s.; MAGNUS, in ID., MANKOWSKI, *Brussels cit.*, Art 23, pp. 475 s.; G. WAGNER, in STEIN, JONAS, *Kommentar cit.*, sub Art. 23 EuGVVO, p. 405; GOTTWALD, in RAUSCHER, WAX, WENZEL (hrsg.von), *Münchener Kommentar zur ZPO*, cit., sub Art. 23 EuGVO, p. 1434; HAUSMANN, *Gerichtsstandsvereinbarungen*, cit., p. 1967; KRÖLL, *Gerichtsstandsvereinbarungen cit.*, p. 147; KUBIS, *Gerichtspflicht durch Schweigen? – Prorogation, Erfüllungsortvereinbarung und internationale Handelsbräuche*, in IPRax, 1999, p. 12; KARRÉ-ABERMANN, *Wirksamkeitsvoraussetzungen von Gerichtsstandsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften*, in ZEuP, 1994, pp. 147 s. In giurisprudenza cfr. HG Zürich, 1 dicembre 1994, in *Rev. suisse droit int. eur.*, 1996, p. 99, con riguardo a un accordo ex art. 17 Conv. Lugano; LG Essen, 12 dicembre 1990, in *RIW*, 1992, 227, in *obiter*. La dottrina e la giurisprudenza citate ritengono però che la lacuna sia da colmare mediante l’applicazione della legge individuata alla stregua delle norme di conflitto del foro e non invece per mezzo della *lex fori prorogati* richiamata (implicitamente) dalla stessa norma convenzionale o comunitaria. Nel senso – qui preferito – del rilievo della *lex fori prorogati* v. invece C. KOHLER, *Internationale cit.*, p. 268.

JUNGERMANN, *Die Drittwirkung* cit. sostiene che, in linea di principio, la formazione di un accordo sulla giurisdizione nel caso di rappresentanza debba essere disciplinata autonomamente dal diritto comunitario, che dovrebbe stabilire se parte dell’accordo sia chi di fatto lo pone in essere o il *dominus*. Ciò sarebbe da determinare in base all’interpretazione del comportamento delle parti, che seguirebbe autonomi principi comunitari. I singoli diritti nazionali dovrebbero invece essere applicati solo per riempire le lacune della disciplina comunitaria, ad es. con riguardo al regime della procura. Una simile posizione non appare persuasiva. Anzitutto si deve rilevare che la norma europea non offre alcun criterio e neppure alcun “principio” per l’interpretazione della volontà delle parti, che deve perciò essere condotta sulla

dal Reg., né potendo giungere all'assurda conclusione che tale silenzio abbia il significato di escludere l'operatività del fenomeno rappresentativo rispetto agli accordi sulla giurisdizione riconosciuti nel sistema di Bruxelles, si deve ritenere che questo rinvii alla *lex fori prorogati* per la concreta regolamentazione della rappresentanza^{19 20 21}.

base del diritto nazionale applicabile (ossia, a mio avviso, della *lex fori prorogati*). Inoltre, e più radicalmente, vi è da osservare che la determinazione di chi sia parte dell'accordo non può essere compiuta in base alla volontà delle parti: tale volontà potrà rilevare per stabilire se una parte abbia agito in nome e per conto altrui e dunque abbia effettuato una *contemplatio domini*; ma sarà poi la norma giuridica a stabilire chi in tal caso – il rappresentato o il rappresentante – debba ritenersi parte dell'accordo. Questo compito però spetta alla norma della *lex fori prorogati* che disciplina la rappresentanza e così pure i suoi effetti. La norma comunitaria si limita dunque a recepire la soluzione accolta dalla legge del foro prescelto. Si deve allora negare che il Regolamento disciplini - anche soltanto in linea di principio e così solo per determinati aspetti - la questione della rappresentanza a concludere un accordo *ex art. 23/25 Reg.*: esso si limita a un mero richiamo alla *lex fori prorogati*.

¹⁸ Nel senso invece che debba applicarsi il diritto comunitario, almeno per stabilire l'invalidità o inefficacia di un accordo sulla giurisdizione «signed by an agent [*n.d.a.: of a company*] whose authority to do so was denied» v. High Court, Queen's Bench Division, 30 aprile 2008, *Deutsche Bank* cit. (la decisione è stata poi riformata dalla Court of Appeal, 13 ottobre 2008, *Deutsche Bank* cit., la quale – sulla scorta del principio di *severability* della clausola sulla giurisdizione dal contratto – ha negato l'ammissibilità dell'*attack* alla *jurisdiction clause* avanzato dal convenuto: per una critica della decisione e della troppo ampia regola di *separability* che vi sta alla base v. primo volume, cap. I, § 8, nota 213, in fine). Anche se si abbracciasse questa opinione rimarrebbe da stabilire se l'*agent* abbia o meno l'*authority* per concludere un accordo sulla giurisdizione e, a tal riguardo, il diritto comunitario non potrebbe essere di alcun aiuto.

¹⁹ Nel caso, invece, di accordo di deroga alla giurisdizione a favore di arbitrato estero, più difficoltoso risulta determinare la legge in base alla quale stabilire la sussistenza dei poteri rappresentativi in capo a colui che conclude l'accordo in nome e per conto altrui. In tal caso, infatti, non si verte *stricto sensu*, né in tema di capacità delle parti, né in tema di validità della convenzione arbitrale. La prima questione da porsi è pertanto se la disciplina dettata (almeno implicitamente) dalla Convenzione di New York sia esaustiva e così idonea a determinare la legge applicabile ad ogni questione giuridica che pongano i patti compromissori per arbitrato estero. Se al quesito si dà risposta negativa (cfr. in tal senso VAN DEN BERG, *The New York* cit., p. 226; POUURET, BESSON, *Droit comparé* cit., p. 249; ID., *Comparative Law* cit., p. 236), si dovrebbe concludere nel senso dell'applicabilità della legge che disciplina in generale gli accordi sulla giurisdizione e, dunque, della *lex fori* (ritengono invece che debba operare la legge applicabile alla rappresentanza, alla stregua delle norme di conflitto del foro, VAN DEN BERG, *The New York* cit., p. 226; POUURET, BESSON, *Droit comparé* cit., p. 249; ID., *Comparative Law* cit., p. 236; SCHLOSSER, *Das Recht* cit., pp. 254 s.; ID., in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., *sub* Anhang § 1061, Art. II UNÜ, p. 639; SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 469; NACIMIENTO, in KRONKE, NACIMIENTO, OTTO, PORT (ed. by), *Recognition and enforcement of foreign arbitral award, A global commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 219; MOURRE, *Arbitrato internazionale, La convenzione arbitrale*, in

BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, pp. 598 s.; PATOCCHI, PISCIONIERI DI MEGLIO, *Arbitrato internazionale, La deroga convenzionale della giurisdizione in favore dell'arbitrato*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve cit.*, p. 642). In questo caso, la disciplina della rappresentanza a concludere tali convenzioni non differirebbe da quella relativa agli altri accordi sulla giurisdizione. Più congruo sembra però ritenere che la Convenzione di New York abbia posto delle norme di conflitto uniformi, atte a individuare la legge applicabile ad ogni aspetto delle convenzioni a favore di arbitrato estero, evitando, per quanto possibile, che i giudici dei vari Stati contraenti giungano a differenti valutazioni circa (alcuni aspetti della) loro validità ed efficacia. A questo punto si tratta di capire se la rappresentanza debba annoverarsi tra le questioni relative alla capacità delle parti, o piuttosto alla validità degli accordi. A mio avviso è preferibile ritenere che la capacità delle parti debba intendersi in senso lato e così ricomprendere tutti gli aspetti soggettivi dei patti a favore di arbitrato estero (in quest'ordine di idee, Cass., 23 aprile 1997, n. 10229, in *Riv. arb.*, 1998, p. 41 con nota adesiva di PIETRANGELI e in *Foro it.*, 1999, I, c. 292, con nota di BERLINGUER, ha affermato che la questione circa la sussistenza del potere di un organo di una società a stipulare un compromesso a favore di arbitrato estero, in nome e per conto della società medesima, deve ritenersi attinente alla capacità delle parti; della medesima opinione della S.C. si mostrano BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero, Il sistema cit.*, p. 192; ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale, Il rispetto della volontà delle parti*, Padova, 2008, pp. 146 ss.) incluse le questioni attinenti la rappresentanza volontaria. Pertanto si dovrà procedere a un "adeguamento" della norma della Conv. New York, che richiama la legge applicabile alle parti: qui non ha infatti senso che operi una simile legge, ma piuttosto quella applicabile a chi ha speso l'altrui nome, che sarà la legge a questi applicabile nella sua qualità di rappresentante e perciò la legge chiamata a disciplinare la rappresentanza volontaria alla stregua delle norme di conflitto del foro (in Italia questa dovrà essere determinata in base all'art. 60 l. n. 218/1995). Alla luce di ciò si deve escludere che la rappresentanza rientri invece nell'ambito della validità degli accordi arbitrali sia pur latamente intesa (in questo senso v. invece F. AULETTA, *L'efficacia in Italia dei lodi stranieri*, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, 3^a ed., Torino, 2005, pp. 567 s.; in giurisprudenza App. Catanzaro, 13 gennaio 1997, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, 800) e le sia perciò applicabile la legge scelta dalle parti o, in mancanza, quella dello Stato ove il lodo verrà pronunciato.

²⁰ Non avrà rilievo a tali fini il fatto che le parti abbiano scelto una legge regolatrice del loro accordo diversa da quella italiana. Simile scelta attiene alle sole questioni relative alla validità dell'accordo, tra le quali non dovrebbe rientrare quella della rappresentanza volontaria (v. nota precedente).

²¹ È appena il caso di sottolineare che, nel caso di rappresentanza, l'applicazione dell'art. 23/25 Reg. o 4 l. n. 218/1995 dipenderà dal domicilio del rappresentato e non del rappresentante, sia perché questi – ove si accolga la posizione dottrinale esposta *supra*, § 1 – non può ritenersi in alcun modo autore in senso giuridico dell'accordo, sia perché comunque ciò che rileva per determinare il rispettivo ambito di operatività di tali norme è chi sia parte delle controversie oggetto dell'accordo e non chi abbia eventualmente concluso il patto in nome di tali parti: nel medesimo senso v. JUNGERMANN, *Die Drittwirkung cit.*, pp. 216 s. Altrettanto si dovrà dire per quanto riguarda i limiti di ammissibilità degli accordi sulla giurisdizione previsti dal Regolamento con riguardo ai contratti con i consumatori, ai contratti di assicurazione e di lavoro subordinato: perché essi operino si dovrà tenere in considerazione la persona del rappresentato e non quella del rappresentante: così JUNGERMANN, *Die Drittwirkung cit.*, p. 217.

La disciplina della rappresentanza volontaria si ricaverà, anzitutto, dall'applicazione analogica degli artt. 1387 ss. c.c.

In primo luogo, dovrà esser conferito al rappresentante il potere rappresentativo e ciò sarà fatto dal *dominus* con la procura²².

²² Ciò ove si aderisca al tradizionale indirizzo dottrinale secondo cui il potere rappresentativo può essere attribuito solo per mezzo della procura (così, tra gli altri, BETTI, *Teoria generale del negozio cit.*, pp. 368 ss.; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 690; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1966, pp. 281 s.; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., pp. 234, 236; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3^a ed., in GROSSO, SANTORO-PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1972, pp. 68 s.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3^a ed., in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, sub art. 1393, pp. 372 s.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 83, 86 s.). Si può però ritenere che fonte della rappresentanza sia, oltre alla procura, anche il contratto (cfr. NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977, pp. 51 ss., 64 ss.; ID., voce «Rappresentanza, c) diritto privato», in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1997, pp. 476 s.; TRABUCCHI, *La rappresentanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, pp. 584 s.; SACCO, DE NOVA, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, II, 3^a ed., Torino, 2002, pp. 463 s.; (SACCO), DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, pp. 181 s.; si consideri poi la posizione di PUGLIATTI, *Programma introduttivo di un corso sulla rappresentanza in diritto privato*, in ID., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, pp. 527 ss., che più radicalmente esclude la procura quale fonte del contratto, rilevando che la c.d. procura isolata configura in realtà una proposta di mandato). In tal caso, si pone il problema se la concreta idoneità del contratto a costituire in capo al *procurator* il potere rappresentativo sia disciplinata dalla legge applicabile alla rappresentanza (*in casu* la *lex fori*, venendo in rilievo il potere di concludere *nomine alieno* degli accordi sulla giurisdizione) o dalla *lex contractus*. STARACE, *La rappresentanza nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962, pp. 20 ss., prima della riforma del diritto internazionale privato, si era pronunciato nel senso che la legge applicabile alla rappresentanza volontaria – che secondo l'A. doveva individuarsi nella *lex substantiae* dell'atto posto in essere dal rappresentante – avrebbe dovuto operare quand'anche il potere rappresentativo avesse rinvenuto il suo fondamento in un contratto, qualora il sorgere di tale potere fosse stato espressamente voluto dalle parti, o anche qualora esso avesse costituito un effetto stabilito dalla legge, purché modificabile o “estinguibile” dalle parti stesse. La dottrina internazionalprivatistica successiva alla riforma sembra invece aver trascurato la questione, partendo anzi dall'implicita premessa che la rappresentanza possa essere attribuita solo mediante la procura, atto unilaterale da distinguersi sempre dall'eventuale, sottostante, rapporto di gestione tra rappresentato e rappresentante (v. PETTINATO, in *Commentario cit.*, in *Le nuove leg. civ. comm.*, 1996, sub art. 60, p. 1428, il quale rileva che l'art. 60 l. n. 218/1995 attiene ai rapporti esterni tra rappresentante terzo e non ai rapporti interni tra rappresentato e rappresentante; TROMBETTA-PANIGADI, in *Commentario cit.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, sub art. 60, p. 1203; EAD., *Rappresentanza volontaria e diritto internazionale privato*, Padova, 2003, pp. 173 s.). A questo punto tre sono le alternative possibili: o si ritiene, sulla scia di Starace, che la legge applicabile alla rappresentanza volontaria (ossia quella individuata dall'art. 60 l. n. 218/1995 o la *lex fori*, nel caso degli accordi sulla giurisdizione ex art. 4 l. n. 218/1995) disciplini anche il potere rappresentativo che abbia fondamento contrattuale e si ammette così un'ipotesi di *dépeçage*, dato che il sorgere di un determinato effetto contrattuale sarebbe retto da una legge diversa rispetto a quella in

Nel caso si tratti di procura speciale, essa dovrà contenere l'espresso conferimento al rappresentante del potere di concludere uno o più determinati accordi sulla giurisdizione. Qualora venga invece in rilievo una procura generale, ossia relativa a tutti gli affari del rappresentato, ci si dovrà chiedere in quale misura, essa conferisca al rappresentante il potere di concludere degli accordi sulla giurisdizione in nome e per conto del *dominus*. Questa, in forza dell'applicazione analogica dell'art. 1708, c. 2, c.c., dettato in tema di mandato generale²³, non comprende gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, che non siano stati espressamente indicati. Sarà allora necessario stabilire se la conclusione di un accordo sulla giurisdizione configuri un atto di ordinaria o di straordinaria amministrazione. A tal fine, si dovrà far riferimento alla disciplina dettata in ordine alle convenzioni arbitrali, che – come gli accordi sulla giurisdizione – sono atti con cui le parti incidono pur sempre sul proprio potere d'azione. La novella sull'arbitrato del 2006 ha abrogato il terzo comma dell'art. 807 c.c., ove si stabiliva che al compromesso si applicavano le disposizioni relative ai contratti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Con tale espunzione, il legislatore ha mostrato la volontà di parificare il regime del patto arbitrale a quello del rapporto giuridico sostanziale su cui vertono le controversie che le parti hanno voluto compromettere in arbitri²⁴. Pertanto una convenzione arbitrale, e così anche un accordo sulla giurisdizione, dovrà ritenersi di ordinaria o di straordinaria amministrazione a seconda di come il diritto sostanziale consideri l'atto da cui sorgono le controversie oggetto dell'accordo. Dunque abbiamo qui un richiamo da parte della legge processuale alla legge sostanziale. Ma quale legge dovrà applicar-

generale applicabile al contratto; o si ritiene che anche tale questione debba risolversi in base alla *lex contractus*, poiché l'attribuzione del potere rappresentativo rappresenta molto spesso un aspetto centrale del programma contrattuale, come tale non suscettibile di essere valutato alla stregua di una legge diversa da quella che regola l'intero contratto; o infine si afferma l'operare cumulativo della *lex contractus* e della legge che disciplina la rappresentanza.

²³ Nel senso dell'applicazione dell'art. 1708, c. 2, c. c. anche per delimitare l'ambito della procura generale, si sono pronunciati tra gli altri MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 241; MIRABELLI, *Dei contratti* cit., sub art. 1393, p. 374; CARRESI, *Il contratto* cit., I, p. 174; GALGANO, *Il negozio* cit., p. 402; (SACCO), DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, p. 184; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 86; BIGLIAZZI GERI, *La rappresentanza in generale*, in BESSONE, (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, *Il contratto in generale*, VI, Torino, 2000, pp. 39 s.; STELLA, *La rappresentanza*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, I, *Formazione* (a cura di GRANELLI), Milano, 2006, p. 812.

²⁴ Cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., sub art. 807, pp. 131 s.; NELA, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, sub art. 807, p. 1613.

si? Due sono le alternative possibili: la legge regolatrice della atto che in concreto viene in rilievo o la legge applicabile alla rappresentanza volontaria. In considerazione del fatto che la qualificazione di un atto come di ordinaria o di straordinaria amministrazione non deve essere compiuta in via astratta e generale, ma con specifico riguardo al contesto in cui tale qualificazione viene in rilievo²⁵, sembra preferibile ritenere che spetti alla legge regolatrice della rappresentanza volontaria stabilire quando si ha a che fare con un atto di ordinaria o invece di straordinaria amministrazione. Si può allora affermare che la procura generale, salvo diversa espressa indicazione, attribuisce al rappresentante il potere di concludere i soli accordi sulla giurisdizione relativi a controversie derivanti da atti che debbono qualificarsi di ordinaria amministrazione, alla stregua della legge che l'art. 60 l. n. 218/1995 chiama ad operare con riguardo alla rappresentanza volontaria.

Nel caso poi di preposizione institoria, l'art. 2204 c.c. conferisce al rappresentante il potere di compiere tutti gli atti «pertinenti all'esercizio della impresa» e tra questi debbono ritenersi compresi anche gli accordi sulla giurisdizione relativi a liti su rapporti attinenti alla gestione imprenditoriale²⁶.

Quanto alla forma della procura, ci si può chiedere se trovi applicazione analogica l'art. 77 c.p.c., in cui si dispone che il potere di stare in giudizio deve essere conferito al rappresentante espressamente per iscritto, o invece l'art. 1392 c.c. che stabilisce un parallelismo tra la forma della procura e la forma prescritta per l'atto che il rappresentante deve concludere. L'art. 77 c.p.c. richiede la forma scritta per garantire la maggior sicurezza possibile sulla sussistenza del potere rappresentativo, e così tutelare la controparte del rappresentato contro il rischio che quest'ultimo possa fondatamente sostenere che il giudicato, nel frattempo formatosi, non lo vincola, perché il giudizio è stato condotto da un *falsus procurator*²⁷. È chiaro che una simile esigenza non sussiste rispetto agli accordi sulla giurisdizione, perché colui che si ritiene falsamente rappresentato non si potrebbe in alcun modo sottrarre al giudicato pronunciato dal giudice prorogato, affermando che il pat-

²⁵ Cfr. in tal senso CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974, pp. 110 ss., in part. 126 ss.; con riguardo all'arbitrato v. MIRABELLI, *La capacità a compromettere in arbitri*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 219 ss.

²⁶ Così, con riguardo agli accordi arbitrali, ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., sub art. 807, p. 772; SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2ª parte, Milano, 1971, sub art. 807, pp. 213 s.; REDENTI, voce «*Compromesso cit.*», p. 795; MIRABELLI, *La capacità cit.*, p. 232; PUNZI, *Disegno cit.*, I, pp. 464 s.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., sub art. 807, p. 135.

²⁷ V., in tal senso, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., pp. 17 ss.

to su cui questi fondava la propria *potestas iudicandi* è stato concluso da un falso rappresentante. Del resto, si deve ritenere che, se la legge ha stabilito per gli accordi sulla giurisdizione determinati requisiti formali, questi sono da considerarsi sufficienti anche per la procura attributiva del potere di concludere detti accordi, senza che si possano in contrario far valere particolari e ulteriori esigenze di certezza circa la sussistenza del potere rappresentativo. È perciò esclusa l'operatività dell'art. 77 c.p.c. e di conseguenza, in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 1392 c.c., la procura a concludere un accordo ex art. 4 l. n. 218/1995, dovrà avere la forma scritta *ad probationem*²⁸; invece, la procura a concludere un patto di cui all'art. 23/25 Reg., dovrà esser rilasciata in una delle forme stabilite da questa stessa norma²⁹.

Si deve poi escludere l'applicazione analogica dell'art. 77 c.p.c., anche ove stabilisce la necessità che il rappresentante processuale sia altresì rappresentante sostanziale in ordine al diritto dedotto in giudizio. Tale prescrizione è dettata dall'esigenza, tutta interna al processo, che il rappresentante processuale abbia altresì quei poteri sostanziali di disposizione del rapporto controverso che sono il presupposto per il compimento di vari importanti atti processuali³⁰, per cui non vi è ragione di applicarla alla rappresentanza a concludere un patto sulla giurisdizione.

La delineata disciplina si applica a tutti gli accordi sulla giurisdizione, siano essi clausole sulla giurisdizione o altre tipologie di patti.

In ordine alle clausole sulla giurisdizione, tuttavia, la rappresentanza si deve però riconoscere anche in ulteriori ipotesi e, segnatamente, in tutti i casi in cui a un soggetto sia attribuito il potere di concludere, in nome e per conto altrui, il contratto cui la clausola si riferisce. Ciò in forza dell'applicazione analogica dell'art. 808, c. 3, ultima parte, c.p.c., ove si prevede che il

²⁸ Nel senso che le forme cui si riferisce l'art. 1392 c.c. siano anche quelle *ad probationem*, cfr. SACCO, DE NOVA, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, II, cit., p. 465; (SACCO), DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, p. 183; D'AVANZO, voce «Rappresentanza (diritto civile)», in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 812 s. In giurisprudenza v. Cass., 17 gennaio 1983, n. 375, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2186; Cass., 21 novembre 1983, n. 6932, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2283.

²⁹ Nel senso della non necessità della *Prozessvollmacht* ai fini dell'efficace conclusione di un *Gerichtsstandsvereinbarung* ex § 38 ZPO v. BORK, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., *sub* § 38, p. 688; LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., *sub* vor § 128, p. 308 (*contra* VOLLKOMMER, in *NJW*, 1974, p. 195, sulla mera base della natura processuale di tali accordi); nel medesimo senso con riguardo agli accordi arbitrali SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 35; SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., *sub* § 1030, p. 417; MÜNCH, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, Band 10, cit., *sub* § 1029, p. 106.

³⁰ Cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., p. 18.

potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria che a quel contratto è relativa³¹.

La sussistenza della rappresentanza a concludere un determinato contratto dovrà essere verificata in base alla legge individuata dall'art. 60 l. n. 218/1995³², ossia alla legge dello Stato ove il *procurator* ha la sua sede d'affari, se egli agisce a titolo professionale e se la sua sede sia conosciuta o cono-

³¹ Nel senso che tale norma si applichi per stabilire la sussistenza del potere di rappresentanza per pattuire una clausola compromissoria per arbitrato estero (qualora beninteso la questione sia soggetta alla legge italiana) v., sia pure *in obiter*, Cass., sez. un., 19 maggio 2009, n. 11529, ove si afferma che – in virtù di tale norma – la procura che attribuisce il potere rappresentativo per la conclusione del contratto conferirà *eo ipso* al rappresentante pure il potere di concludere la clausola compromissoria che a questo si riferisce. Ciò tuttavia accadrà salvo che nell'atto di conferimento della rappresentanza a concludere il contratto non si sia espressamente previsto che l'attribuito potere non comporta anche quello di concludere la clausola sulla giurisdizione: in una simile ipotesi la volontà della parte prevale sulla previsione di legge che deve ritenersi meramente dispositiva (v. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 424; RUFFINI, in CONSOLO (diretto da), *Codice cit.*, III, *sub art.* 808, p. 1599; ID., in BENEDETTI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve cit.*, *sub art.* 808, p. 52).

³² Si potrebbe dubitare che la nostra norma di conflitto sulla rappresentanza trovi applicazione anche quando un accordo di proroga *ex art.* 23/25 Reg. a favore del giudice italiano venga in rilievo davanti ai giudici di uno Stato membro “derogato”: la sussistenza della rappresentanza a concludere il contratto costituisce infatti una questione preliminare o *Vorfrage* e quindi la legge a questa applicabile dovrebbe individuarsi in base alla soluzione che di tal problema accoglie il sistema di diritto internazionale privato del foro concretamente adito (sul problema delle questioni preliminari v. in Italia PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1971, *passim*; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, *Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2010, pp. 215 ss.; BALLARINO, *Manuale breve cit.*, pp. 71 ss.). Non si deve però dimenticare che l'operatività della *lex fori prorogati* con riguardo ai patti *ex art.* 23/25 Reg. si giustifica in ragione dell'esigenza di una valutazione uniforme della validità ed efficacia di tali accordi in tutti gli Stati dell'Unione (sull'analogo problema delle questioni preliminari nelle convenzioni internazionali di diritto internazionale privato uniforme v. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto cit.*, pp. 218 s. che, in caso di silenzio della convenzione, ritengono comunque preferibile la soluzione disgiunta, ossia l'applicazione della legge che disciplina la questione alla stregua delle norme di conflitto del foro; BAR, MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, I, cit., pp. 680 s.). Questa esigenza sarebbe frustrata qualora nei diversi Stati si applicasse una legge diversa per risolvere la *Vorfrage*. Pertanto questa dovrà sempre essere determinata alla stregua delle norme di conflitto del foro prorogato e così, con riguardo alle proroghe a favore del giudice italiano, in base all'art. 60 l. n. 218/1995. Le soluzioni offerte al problema delle questioni preliminari nei vari sistemi di diritto internazionale privato degli Stati “derogati” sono dunque messe fuori gioco a favore della soluzione “congiunta” sancita dalla norma europea, prevalente sulle singole norme nazionali. Questa soluzione varrà peraltro, non soltanto nel campo della rappresentanza, ma anche in ogni altra ipotesi in cui la nostra legge processuale, per disciplinare un aspetto degli accordi sulla giurisdizione *ex art.* 23/25 Reg. a favore del

scibile dal terzo o, in mancanza di tali condizioni, alla legge dello Stato in cui il rappresentante esercita in via principale i suoi poteri nel caso concreto³³. L'atto attributivo del potere rappresentativo, poi, potrà ritenersi valido sotto il profilo formale se ritenuto tale dalla legge che ne regola la sostanza o dalla legge dello Stato in cui viene compiuto. Se, dunque, in base a queste leggi si può affermare che un soggetto abbia il potere di concludere, in nome e per conto altrui, un determinato contratto, si dovrà a questi riconoscere – in forza dell'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. – altresì il potere di stipulare una clausola sulla giurisdizione che a tale contratto si riferisce.

3. L'accordo sulla giurisdizione concluso dal *falsus procurator*: la sua inefficacia e i modi per farla valere. L'eccezione della rappresentanza apparente

L'accordo sulla giurisdizione, concluso da un *falsus procurator*, ovvero da un soggetto che sia assolutamente privo dei poteri rappresentativi, o abbia ecceduto dai poteri a lui conferiti (per avere stipulato un accordo, ad es., a favore di un giudice di uno Stato diverso da quello indicato nella procura, o con riguardo a liti che la procura vietava di includere nel futuro patto), è da ritenersi inefficace^{34 35}.

giudice italiano, rinvii a una situazione giuridica sostanziale o comunque richiami una legge straniera sostanziale, o anche processuale.

³³ Qualora, poi, si ritenga che fonte del potere rappresentativo non sia soltanto la procura ma anche il contratto, e che la questione circa l'esistenza del potere rappresentativo sia, in questi casi, da risolvere in base alla *lex contractus* (v. *supra*, nota 22), sarà quest'ultima legge, e non quella individuata dall'art. 60 l. n. 218/1995, a venir in rilievo per determinare la sussistenza del potere di contrattare in nome altrui e così del potere di concludere *nomine alieno* pure la correlativa clausola sulla giurisdizione. Se invece si ritiene necessaria una applicazione cumulativa della *lex contractus* e della legge applicabile alla rappresentanza volontaria, si dovrà ammettere l'operatività di entrambe.

³⁴ Nel senso dell'inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator* si è pronunciata l'assolutamente maggioritaria dottrina: cfr., per tutti, MESSINEO, *La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente* («*falsus procurator*»), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pp. 397 ss.; ID., *Il contratto in genere*, I, cit., pp. 251 s.; GALGANO, *Il negozio cit.*, p. 345; SACCO, DE NOVA, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, II, cit., p. 469; (SACCO), DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, p. 189; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 107 s. Isolate sono invece le posizioni che propendono per l'invalidità del contratto, si tratti poi di annullabilità (così MINERVINI, *Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del dominus*, in *Foro it.*, 1947, I, cc. 380 ss.) o di nullità (v. MIRABELLI, *Dei contratti cit.*, sub artt. 1398 -1399 c.c., pp. 395 s.).

Bisogna ora interrogarsi sul regime di rilevanza dell'eccezione di inefficacia. Conviene iniziare considerando l'eccezione di inefficacia proponibile da colui che è convenuto nel foro prorogato. Al riguardo, due appaiono le alternative possibili: ritenerla soggetta al regime dettato per l'eccezione di inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator*, che, per comune opinione dottrinale e giurisprudenziale, è rilevabile soltanto su istanza del falsamente rappresentato³⁵; o, invece, affermare l'applicabilità della disciplina relativa al rilievo dell'eccezione di difetto di giurisdizione.

³⁵ Questione diversa è quella se l'accordo sulla giurisdizione concluso dal *falsus procurator* possa produrre effetti nei confronti di quest'ultimo in ordine alle azioni volte a far valere la sua responsabilità.

³⁶ V. (SACCO), DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, p. 189; GALGANO, *Il negozio* cit., p. 403; STELLA, *La rappresentanza*, cit., p. 965. In giurisprudenza Cass., 23 gennaio 1980, n. 570, in *Riv. not.*, 1980, p. 882; Cass., 8 luglio 1983, n. 4601; Cass., 15 gennaio 2000, n. 410, in *Arch. civ.*, 2000, p. 432; Cass., 29 ottobre 1999, n. 12144, in *Giust. civ., Mass.*, 1999, p. 2164; Cass., 14 maggio 1997, n. 4258, in *Giust. civ., Mass.*, 1997, p. 743; Cass., 7 febbraio 2008, n. 2860, in *Giust. civ., Mass.*, 2008, p. 173 (va rilevato però che la giurisprudenza non trae poi le debite conseguenze in tema di onere della prova, affermando che esso grava sul terzo contraente che pretende di addossare gli effetti del contratto al rappresentato, una volta che quest'ultimo abbia eccepito l'inefficacia del contratto: v. Cass., 12 marzo 1980, n. 1660 e, in *obiter*, Cass., 9 dicembre 1976, n. 4581; nel medesimo senso (SACCO), DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, p. 183). Per giungere a questa conclusione è però necessario dimostrare, anzitutto, che la falsa rappresentanza sia fatto impeditivo dell'efficacia del contratto rappresentativo e non invece, al contrario, che la sussistenza del potere rappresentativo ne sia fatto costitutivo; in secondo luogo, che tale fatto impeditivo costituisca un'eccezione in senso stretto.

Quanto alla prima questione, non ravvisando nella norma sostanziale alcun elemento che consenta di risolvere il problema, si dovrà far riferimento ai due criteri proposti in dottrina per distinguere tra fatto costitutivo e impeditivo: quello della normalità (cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8^a ed., I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2012, p. 226) e quello della vicinanza alla fonte della prova (cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, 6^a ed., I, cit., pp. 258 s., che ritiene si debba altresì impiegare il brocardo «*negativa non sunt probanda*», il quale peraltro non sarebbe che una particolare specificazione del criterio della vicinanza; per l'utilizzabilità sia del criterio della normalità che di quello della vicinanza v. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 443). Entrambi i criteri conducono a configurare la falsa rappresentanza come fatto impeditivo. Da una parte, infatti, chi compie atti giuridici in nome di un altro, in base all'*id quod plerumque accidit*, risulterà munito del relativo potere rappresentativo, non avendo altrimenti ragione di spendere l'altrui nome; dall'altra, la questione circa la sussistenza o meno della rappresentanza attiene alla sfera giuridica del prospettato *dominus*, per cui è questi – in confronto del terzo contraente – il soggetto più vicino alla prova.

In ordine alla seconda questione, sembra che il difetto di potere rappresentativo possa costituire una eccezione in senso stretto qualora si accolga la posizione per cui questa figura si ha ogni qualvolta viene in rilievo un effetto giuridico unilateralmente disponibile (MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, pp. 319 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto pro-*

Tra le questioni di inefficacia dell'accordo e di difetto di giurisdizione vi è sicuramente una stretta connessione e, più in particolare, un rapporto di pregiudizialità-dipendenza, poiché il giudice in tanto potrà avere giurisdizione sulle controversie dedotte in giudizio, in quanto sia efficace l'accordo di proroga a suo favore (ciò, ovviamente, se non sussista alcun altro titolo diverso dalla proroga a fondamento della sua *potestas iudicandi*).

Tale connessione non sembra tuttavia costituire una ragione sufficiente per assoggettare l'eccezione di inefficacia dell'accordo sulla giurisdizione al regime dell'eccezione di difetto di giurisdizione, anziché a quello sancito per l'eccezione di inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator*. Dunque le due eccezioni, pur connesse, saranno sottoposte a un diverso regime. Quella di inefficacia, in quanto eccezione in senso stretto, dovrà essere proposta a pena di decadenza nella comparsa di risposta tempestivamente depositata in cancelleria³⁷; l'eccezione di difetto di giurisdizione,

cessuale civile, 8ª ed., I, cit., pp. 231 s.). Infatti, con l'esercizio del potere di ratifica concesso dall'art. 1399 c.c., il falsamente rappresentato può unilateralmente "rinunciare" all'inefficacia del contratto concluso in suo nome. Più difficile risulta invece ritenere che questa sia una eccezione in senso stretto, se si abbraccia la teoria secondo cui tale tipologia di eccezione rappresenterebbe un fenomeno sostanzialmente tipico (FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., pp. 358 s.; ID., voce «*Eccezione*», in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 2; ORIANI, voce «*Eccezione*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, pp. 268 ss.; ID., *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, cc. 13 ss.; ATTARDI, *Diritto* cit., p. 67, LUISSO, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., I, cit., pp. 260 s.; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., I, *I principi*, Bari, 2012, pp. 90 s.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2009, pp. 149 ss.; la giurisprudenza ha accolto quest'orientamento in Cass., sez. un., 17 luglio 2005, n. 15661, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2659, con nota di ORIANI). Non vi è infatti nella legge alcun indizio da cui dedurre che simile eccezione sia rimessa all'esclusivo monopolio di parte.

Si deve però precisare che, anche in base al primo orientamento, l'eccezione di "falsa rappresentanza" cessa di essere in senso lato quando si estingue il potere di ratifica del falsamente rappresentato, per scadenza del termine assegnatogli dal terzo contraente ex art. 1399, c. 4, c.c. Da quel momento il prospettato *dominus* non può più disporre unilateralmente dell'inefficacia del contratto, per cui essa potrà essere rilevata anche d'ufficio o su sollecitazione del terzo contraente.

³⁷ Così nel rito ordinario, del lavoro e sommario, ove è previsto che le eccezioni di rito e di merito in senso stretto debbano essere sollevate dal convenuto nella comparsa di risposta tempestivamente depositata in cancelleria. Nell'ormai abrogato rito societario, invece, non era pacifico in dottrina il momento in cui si decadeva dal potere di sollevare le eccezioni in senso stretto. Nel senso che tali eccezioni dovessero essere proposte a pena di preclusione nella comparsa di risposta di cui all'art. 4 D. lgs. n. 5/2003 v. ARIETA, DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, pp. 146 s.; SPADA, in COSTANTINO (a cura di), *I procedimenti in materia societaria*, Padova, 2005, sub art. 4, pp. 107 s.; nel senso, invece, che queste poteva-

invece, si applichi l'art. 26 Reg. o il combinato disposto degli artt. 4 e 11 l. n. 218/1995, potrà essere sollevata dal convenuto all'atto della sua costituzione in giudizio, ma anche rilevata d'ufficio dal giudice, nel caso di contumacia del convenuto medesimo.

Pertanto, se il convenuto si è costituito depositando tempestivamente in cancelleria la comparsa di risposta contenente sia l'eccezione di inefficacia dell'accordo di proroga, sia l'eccezione di difetto di giurisdizione, il giudice potrà esaminare entrambe le eccezioni e se ritiene fondata la prima dovrà accogliere pure la seconda, sempre che non sussistano altri titoli di giurisdizione diversi dalla proroga. Se invece il convenuto si è costituito in un momento successivo sollevando l'eccezione di difetto di giurisdizione nel suo primo atto difensivo, il giudice dovrà ritenere tale eccezione ammissibile, ma infondata (ove, chiaramente, si basi solo sull'inefficacia della proroga), atteso che non potrà conoscere dell'inefficacia dell'accordo sulla giurisdizione, essendo il convenuto oramai decaduto dal relativo potere d'eccezione³⁸. Se, infine, il convenuto sia rimasto contumace, il giudice non potrà dichiarare *ex officio* il difetto di giurisdizione sulla base dell'inefficacia dell'accordo di proroga, poiché quest'ultima non può essere rilevata in assenza dell'apposita istanza di colui il cui nome è stato ingiustificatamente speso.

Nel caso in cui sia invece l'attore il falsamente rappresentato, questi spenderà la relativa eccezione come replica nei confronti del convenuto, che afferma il difetto di giurisdizione del giudice adito sulla base di un accordo di deroga. Siffatta *replicatio* di inefficacia del patto sulla giurisdizione dovrà essere sollevata dall'attore nel suo primo atto successivo alla proposizione, da parte del convenuto, dell'eccezione di difetto di giurisdizione. In mancanza, il giudice, nell'esame della fondatezza della *quaestio iurisdictionis*, non potrà tener conto dell'inefficacia dell'accordo di deroga dovuto al difetto del potere rappresentativo in capo al sedicente *procurator*³⁹.

no proporsi anche nella memoria *ex art.* 7, c. 1, D. lgs. n. 5/2003, cfr. CARRATTA, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, *sub art.* 7, p. 245.

³⁸ Ciò ovviamente se si ritiene che l'eccezione di "falsa rappresentanza" sia in senso stretto. Il che sicuramente non si darà nel caso in cui si sia estinto il potere di ratifica del falsamente rappresentato per scadenza del termine assegnatogli dal terzo contraente *ex art.* 1399, c. 4, c.c. (v. *supra*, nota 36, in fine). In tal caso, il giudice potrà conoscere *ex officio* dell'inefficacia dell'accordo e così accogliere l'eccezione di difetto di giurisdizione, qualora non sussistano a suo favore altri titoli idonei a fondare la propria *potestas iudicandi*.

³⁹ Sempre che l'inefficacia dell'accordo non sia rilevabile d'ufficio: v. nota precedente.

L'inefficacia dell'accordo sulla giurisdizione potrà anche essere fatta valere in via d'azione⁴⁰. Nella dottrina civilistica si ritiene che l'azione di accertamento dell'inefficacia del contratto concluso dallo pseudo-rappresentante possa essere proposta solo dal falsamente rappresentato, che sarebbe l'unico soggetto dotato di "legittimazione attiva"⁴¹. Sembra però improprio discorrere qui di legittimazione ad agire e, più in generale, di ammissibilità della domanda. Si tratta piuttosto di una questione di fondatezza della domanda di accertamento dell'inefficacia. Il terzo contraente, infatti, ben potrà chiedere al giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto da lui concluso col *falsus procurator* e una simile richiesta sarà sicuramente ammissibile. Tuttavia la sua domanda risulterà infondata, perché il giudice, in mancanza dell'eccezione del falsamente rappresentato, non potrà ritenere inefficace il contratto concluso *nomine alieno*⁴². Alla medesima conclusione si deve giungere quando oggetto dell'azione non sia il contratto, ma l'accordo sulla giurisdizione concluso dal falso rappresentante.

In ipotesi di accordo pattuito dal *falsus procurator* sarà sempre possibile, in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 1399, c. 1, c.c., la ratifica da parte del soggetto il cui nome è stato speso, la quale dovrà essere rivestita della medesima forma richiesta per l'accordo sulla giurisdizione che il falso rappresentante ha concluso. Si dovrebbe escludere che la ratifica del contratto, a cui si accompagni una clausola sulla giurisdizione, comporti *eo ipso* anche la ratifica della clausola, dato che una tal manifestazione di volontà non può essere tacita e meno che mai presunta, ma deve invece estrinsecarsi in una delle forme stabilite dall'art. 23/25 Reg., o in quella sancita dall'art. 4 l. n. 218/1995, a seconda dello specifico accordo che viene concretamente in rilievo. Per "estendere" l'efficacia sanante della ratifica alla clausola sulla giurisdizione, si potrebbe invocare l'art. 808, c. 3, ultima parte, c.p.c.⁴³, ma

⁴⁰ Sulla ammissibilità di azioni relative in generale alla validità ed efficacia di un accordo sulla giurisdizione v. *infra*, § 7.

⁴¹ Così (SACCO), DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, p. 189; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 345; (ID.), VISINTINI, in AA. VV., *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare*, in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, *sub* artt. 1398-1399, p. 316.

⁴² È chiaro, però, che se la domanda è proposta una volta venuto meno il potere di ratifica, il giudice – per le ragioni vedute *supra*, nota 36 – potrà conoscere anche *ex officio* dell'inefficacia del contratto e dovrà così pronunciare una sentenza di accoglimento.

⁴³ In senso analogo cfr. lodo arbitrale, Roma, 28 febbraio 1998, in *Riv. arb.*, 2000, p. 385, che si pronunciava su una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, cui nondimeno riteneva applicabile l'art. 808, c. 3, ultima parte c.p.c.

soltanto qualora si ritenga che la ratifica venga ad attribuire *a posteriori* al *procurator* quel potere rappresentativo di cui era carente al momento della conclusione del contratto⁴⁴. Solo in questo caso, infatti, si potrebbe riguardare colui che ha speso l'altrui nome come soggetto pur sempre munito del potere di concludere *nomine alieno* il contratto e così anche del potere di pattuire la clausola sulla giurisdizione che a questo si riferisce. Se invece si concepisce la ratifica come negozio col quale il *dominus* non fa che appropriarsi della dichiarazione negoziale compiuta in suo nome dal *falsus procurator*⁴⁵, non vi sarà modo per discorrere della sussistenza *a posteriori*, in capo allo pseudo-rappresentante, del potere d'agire in nome altrui e così per fare applicazione dell'art. 808, c. 3, ultima parte, c.p.c. Non rimarrà allora che agire sul piano dell'interpretazione ed esaminare se, dall'atto di ratifica (che deve però soddisfare i requisiti formali prescritti, a seconda dei casi, dall'art. 4 l. n. 218/1995 o dall'art. 23/25 Reg.), si possa ricavare la volontà del *dominus* di appropriarsi altresì della dichiarazione del falso rappresentante relativa alla clausola sulla giurisdizione⁴⁶.

In virtù dell'operare in via analogica dell'art. 1339, c. 3, c.c., la controparte del *falsus procurator* non può con un atto unilaterale sciogliersi dall'accordo sulla giurisdizione, ma può, d'accordo con questi, porlo nel nulla prima che intervenga la ratifica. Può inoltre, in base all'art. 1339, c. 4, c.c., assegnare al *dominus* un termine per pronunciarsi sulla ratifica, scaduto il quale l'accordo risulterà definitivamente inefficace. Una simile *interpellatio* potrebbe a mio avviso ravvisarsi nel convenire il falsamente rappresentato in giudizio innanzi a uno dei giudici derogati. In tal caso il termine, in assenza di diverse specifiche indicazioni, sarà quello stabilito dalla legge per eccepire il difetto di giurisdizione del giudice adito. Qualora il falsamente rappresentato sollevi tempestivamente l'eccezione, facendo valere il patto sulla giurisdi-

⁴⁴ Cfr. F. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, Napoli, 1964, pp. 136 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 110 s. Nel senso per cui la ratifica conferisce *ex post* la legittimazione al rappresentante v. anche SACCO, DE NOVA, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, II, cit., pp. 472 s.; (SACCO), DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, pp. 190 s.

⁴⁵ In tal senso v. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali* cit., p. 292; MIRABELLI, *Dei contratti* cit., *sub artt.* 1398-1399, pp. 397 s.; NATOLI, voce «Rappresentanza», cit., pp. 484 s.; BRUSCUGLIA, GIUSTI, voce «Ratifica, a) diritto privato», in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 698 s., che sottolineano l'impossibilità di stabilire un parallelismo strutturale tra ratifica e procura.

⁴⁶ Sembra del medesimo avviso anche E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 166, nota 67.

zione stipulato dal *falsus procurator*, avrà compiuto un atto che presuppone l'efficacia dell'accordo con conseguente ratifica dello stesso⁴⁷. Nel caso di mancata eccezione da parte del convenuto costituito, non solo rimarrà ferma la giurisdizione del giudice adito in ordine alla controversia a lui sottoposta, ma sarà sancita la definitiva inefficacia dell'accordo sulla giurisdizione anche rispetto a tutte le altre controversie che venivano a costituire il suo oggetto, per difetto della ratifica da parte del falsamente rappresentato.

Prima di abbandonare il tema della falsa rappresentanza, vale la pena discutere se possa qui trovare applicazione la teorica – frutto di una oramai cinquantennale elaborazione giurisprudenziale⁴⁸ – della rappresentanza apparente.

In via sostanzialmente pretoria si è formata una regola – prospettata come corollario di un più comprensivo principio di apparenza⁴⁹ – in base alla quale nel caso di falsa rappresentanza il contratto è comunque efficace se il terzo contraente ha senza sua colpa creduto che il *falsus procurator* avesse i poteri e se questo suo errore è imputabile a colui il cui nome è stato speso. In tal maniera, si attribuisce al terzo che ha contrattato con il *falsus*

⁴⁷ Analoga *interpellatio* non si può invece ravvisare nel caso in cui la controparte del *falsus procurator* convenga il falsamente rappresentato innanzi al giudice prorogato, poiché la ratifica non può consistere in una mera omissione (*in casu* nel non sollevare l'eccezione di difetto di giurisdizione), ma deve estrinsecarsi in un atto positivo con cui il falsamente rappresentato manifesta la volontà di far propria la dichiarazione negoziale dello pseudo-rappresentante.

⁴⁸ Tra le prime decisioni che hanno fatto applicazione del generale principio di apparenza nel caso della rappresentanza si può infatti ricordare Cass., 10 giugno 1949, n. 1448, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1949, II, p. 516, con nota critica di DISTASO. Per una panoramica dell'elaborazione giurisprudenziale relativa in generale al principio di apparenza, v. CECCHERINI, *Il «principio» di apparenza secondo la giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, pp. 876 ss., in part. 908 ss., in ordine alla rappresentanza apparente. Specificatamente sulla rappresentanza apparente cfr. STELLA, *La rappresentanza*, cit., pp. 1013 ss.

⁴⁹ Si è affermato che la norma sull'apparenza – di cui quella sulla rappresentanza apparente costituisce una applicazione – è in Italia «la più importante norma civilistica creata dal giudice in modo preterlegale» (SACCO, voce «Apparenza», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 357). La dottrina comunque ha cercato di reperire un fondamento di diritto positivo a tale regola giurisprudenziale, o ammettendo l'applicazione analogica dell'art. 1396, c. 2, c.c., in tema di opponibilità ai terzi delle cause di estinzione della procura diverse dalla revoca (per una critica a questa impostazione v. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, pp. 184 s.), o invocando il generale principio di buona fede (v. TRANQUILLO, *Fondamento, limiti e tendenze del principio di apparenza in materia di rappresentanza*, in *Giur. it.*, 1996, IV, cc. 432 ss.; PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, che si riferisce soltanto alla “rappresentanza tollerata” che si ha quando un soggetto è a conoscenza del fatto che il *falsus procurator* spende il proprio nome, ma non fa nulla per rimuovere la situazione di apparenza).

procurator una tutela sicuramente più incisiva e penetrante di quella predisposta dall'art. 1398 c.c., che prevede soltanto una responsabilità risarcitoria dello pseudo-rappresentante per il ristoro dei danni sofferti dal terzo che ha senza sua colpa confidato nell'efficacia del contratto. Più precisamente, nel caso sussistano i presupposti per l'operare della rappresentanza apparente, il terzo potrà scegliere tra due alternative forme di tutela, potendo agire contro il *falsus procurator* per il risarcimento del danno, deducendo l'inefficacia dell'accordo concluso, o agire nei confronti del *dominus* per l'esecuzione del contratto, facendone valere l'efficacia. Insomma il terzo sarà arbitro degli effetti del contratto rappresentativo⁵⁰.

Applicando tale regola nel nostro campo d'indagine, si giunge ad ammettere che il terzo possa opporre al falsamente rappresentato l'esistenza di un efficace accordo sulla giurisdizione, quando abbia fatto incolpevole affidamento sull'esistenza in capo al *falsus procurator* del potere di concludere l'accordo medesimo, in nome e per conto del prospettato *dominus*, e tale affidamento sia stato ingenerato dalla condotta colposa di quest'ultimo⁵¹.

⁵⁰ Per queste debite precisazioni v. (SACCO), DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 194. Si può, però, procedere innanzi con l'analisi e rilevare che non è possibile ammettere l'esistenza di un negozio che sia *simul* efficace e inefficace, finché non intervenga un "chiarimento" da parte del terzo. Perciò si dovrà ritenere che il contratto sia inefficace, ma che tuttavia al terzo sia attribuito, in forza della regola sulla rappresentanza apparente, un potere formativo o, secondo altra terminologia, un diritto potestativo ad attuazione stragiudiziale volto a renderlo efficace. La scelta del terzo contraente se esercitare o meno tale potere dovrà essere compiuta «in tempi brevi», in conformità al principio che emerge dall'art. 1399, c. 4, c.c. (così (SACCO), DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 194).

⁵¹ Si potrebbe dubitare che la rappresentanza apparente operi rispetto agli accordi sulla giurisdizione atteso che la legge prescrive per essi la forma scritta. La giurisprudenza ha però precisato che osta all'applicazione della regola sulla rappresentanza apparente soltanto la previsione della forma scritta *ad substantiam*, atteso che in quest'ipotesi l'affidamento del terzo contraente circa la sussistenza del potere rappresentativo non potrebbe ritenersi incolpevole (v. Cass., 22 aprile 1999, n. 3988, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1013, ove si è affermato che la regola in questione è applicabile ove la forma scritta – del contratto e conseguentemente della procura a concluderlo – sia stabilita soltanto *ad probationem*). Pertanto, la rappresentanza apparente potrà essere invocata quando si ha a che fare con degli accordi *ex art. 4 l. n. 218/1995*, per i quali il requisito della forma scritta è pacificamente prescritto solo a fini probatori. Quanto ai patti *ex art. 23/25 Reg.*, si può semplicemente rilevare che il Regolamento prevede anche forme diverse rispetto a quella scritta, sicché sembra non si possa escludere l'operare della regola sulla rappresentanza apparente, pur senza affrontare la questione se la forma scritta sia stabilita dalla norma europea *ad substantiam* o *ad probationem* (su quest'ultimo punto si vedano MARI, *Il diritto* cit., pp. 617 ss.; QUEIROLO, *Gli accordi* cit., pp. 163 s., i quali propendono per la forma *ad validitatem*; MARINELLI, *Art. 17 Conv. Bruxelles/Lugano e clausola di proroga della giurisdizione contenuta in condizioni generali di contratto non sottoscritte dal*

Ove, poi, si abbia a che fare con una clausola sulla giurisdizione relativa a un contratto concluso da un *falsus procurator*, affinché il terzo possa invocare l'efficacia della clausola non basta che la rappresentanza apparente investa il contratto, ma è necessario che riguardi pure la clausola sulla giurisdizione. Ciò è imposto dal principio di autonomia della clausola rispetto al contratto e non si può in contrario invocare l'art. 808, c. 2 ultima parte c.p.c. perché, seppur si ritiene efficace il contratto stipulato dal *falsus procurator*, questi rimane tale e non si può in alcun modo affermare che egli fosse munito del potere di contrattare in nome del *dominus*⁵².

Tuttavia, se il terzo contraente è a conoscenza di tale norma, è indotto a ricollegare la rappresentanza a concludere un accordo sulla giurisdizione, che si riferisce ad un contratto, alla rappresentanza a concludere il contratto medesimo e dunque la sua falsa ma incolpevole credenza sulla sussistenza del potere rappresentativo in ordine al contratto lo condurrà *eo ipso* a ritenere esistente la rappresentanza rispetto alla clausola sulla giurisdizione. Si può allora dire che la conoscenza di questa norma permette di "estendere" la rappresentanza apparente – che di per sé investirebbe il solo contratto – anche alla clausola sulla giurisdizione che a questo si riferisce. Tale conoscenza non dovrà peraltro essere provata da parte di chi ha contrattato con il *falsus procurator* ma, atteso che *nemo censetur ignorare legem*, sarà presunta sino alla prova contraria che all'uopo dovrà fornire il falsamente rappresentato.

Il terzo contraente potrà far valere l'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione, pur concluso dal *falsus procurator*, in via d'azione⁵³, oppure mediante eccezione proposta nell'ambito del giudizio in cui viene in rilievo l'effetto

predisponente, in *Int'l lis*, 2002, p. 69, che sottolinea il carattere non univoco degli elementi utilizzabili per risolvere il problema).

⁵²Nell'unico caso in cui la nostra S.C. ha fatto applicazione della regola della rappresentanza apparente nel campo degli accordi sulla giurisdizione (Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7035, in *Giur. it.*, 2007, p. 1212) si è sancita l'efficacia di una clausola di deroga alla giurisdizione italiana, pur conclusa da un *falsus procurator*, in ragione del fatto che il prospettato *dominus*, col suo comportamento colposo, aveva ingenerato nella controparte l'incolpevole convincimento di negoziare con una persona effettivamente munita di poteri rappresentativi rispetto al contratto e così rispetto ad ogni clausola che a questo accedeva compresa quella sulla giurisdizione. In tal modo, però, non si è distinto tra la rappresentanza apparente che investe il solo contratto e quella che riguarda la (autonoma e non accessoria) clausola sulla giurisdizione, e non si è così posto mente al fatto che la prima non necessariamente implica la seconda. Una tale implicazione può essere a mio avviso sostenuta solo sulla scorta dell'argomentazione svolta appena *infra* nel testo.

⁵³ Sulla ammissibilità di azioni relative alla validità ed efficacia di un accordo sulla giurisdizione v. *infra*, § 7.

prorogatorio o derogatorio dell'accordo. Più in particolare essa potrà essere sollevata dall'attore, che ha agito nel foro prorogato, come replica all'eccezione di difetto di giurisdizione proposta dal convenuto e basata sull'inefficacia dell'accordo di proroga; oppure da colui che è convenuto innanzi al foro derogato, qualora l'attore, a fronte della contestazione della giurisdizione fondata sull'accordo di proroga, replichi che tale accordo è inefficace perché concluso da uno pseudo-rappresentante.

Si tratta chiaramente di un'eccezione in senso stretto⁵⁴, per cui in mancanza di una tempestiva istanza da parte del terzo contraente, il giudice dovrà concludere per l'inefficacia dell'accordo, e quindi dovrà, nel primo caso, accogliere e, nel secondo, rigettare la sollevata eccezione di difetto di giurisdizione, sempre che non sussistano ulteriori ragioni diverse dall'accordo per rispettivamente affermare o negare la competenza giurisdizionale.

4. *L'interposizione fittizia di persona negli accordi sulla giurisdizione*

Sempre al fine di determinare le parti di un accordo sulla giurisdizione, si deve esaminare quel fenomeno che va sotto il nome di interposizione fittizia di persona, o di simulazione relativa soggettiva⁵⁵, ove una delle parti del negozio, l'interposto, è tale solo in apparenza, mentre la qualifica di parte "reale" deve attribuirsi a un altro soggetto, ossia all'interponente. Più in particolare, nell'interposizione fittizia di persona si ha il negozio simulato, tra un determinato soggetto e l'interposto; il negozio dissimulato, che vede

⁵⁴ Ciò a più forte ragione se, come proposto *supra*, nota 50, si ritenga che nel caso di rappresentanza apparente il terzo contraente sia titolare di un potere formativo volto a rendere efficace il contratto (o in questo caso l'accordo sulla giurisdizione) pattuito col falso rappresentante.

⁵⁵ La dottrina civilistica è quasi unanime nel ritenere che l'interposizione fittizia di persona costituisca una *species* di simulazione relativa (v. MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, cit., pp. 533 ss.; CARRESI, *Il contratto*, cit., II, pp. 400 s.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 663 s.; GALGANO, *Il negozio cit.*, pp. 365 s.; ID., in AA. VV., *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in ID. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 1998, *sub art.* 1414, p. 9; NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990, pp. 114 ss.) nonostante qualche voce contraria (v., in part., PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, in ID., *Diritto civile, Metodo - Teoria - Pratica, Saggi*, Milano, 1951, pp. 560 s., che accenna alla necessità di elaborare una teoria unitaria della interposizione capace di abbracciare sia quella fittizia che quella reale e accostabile alla teoria del negozio fiduciario; CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962, pp. 157 ss., che viene sostanzialmente ad assimilare l'interposizione fittizia con quella reale).

come parti quel medesimo soggetto e l'interponente; e infine l'accordo simulatorio che interviene tra tutte queste tre parti⁵⁶ e con cui si chiarisce il rapporto tra i due negozi, negando effetti a quello simulato e attribuendoli, invece, a quello dissimulato.

Per esaminare tale fenomeno nell'ambito degli accordi sulla giurisdizione è necessario distinguere varie ipotesi: anzitutto quella in cui la simulazione riguarda soltanto l'accordo sulla giurisdizione; poi quella in cui la simulazione abbia ad oggetto il contratto contenente una clausola sulla giurisdizione, nell'ambito della quale si dovrà ulteriormente distinguere a seconda che la simulazione investa o meno anche la clausola. È appena il caso di sottolineare che si prenderanno in considerazione i soli accordi cui sia applicabile la legge italiana e dunque tutti i patti *ex art. 4 l. n. 218/1995*, nonché quelli *ex art. 23/25 Reg.*, nei quali siano stati prescelti i giudici del nostro paese⁵⁷.

Iniziamo allora a considerare il primo caso, anche se può risultare difficile che nella pratica si possa verificare una simulazione relativa che riguardi unicamente un accordo sulla giurisdizione. Ancor più difficile è ritenere possibile una simulazione soltanto soggettiva che non si accompagni a una simulazione oggettiva⁵⁸. Per cui si terrà presente solo quest'ultimo caso, che

⁵⁶ È pressoché pacifico, infatti, che nell'interposizione fittizia di persona l'accordo simulatorio debba essere trilatero. In dottrina v., per tutti, GALGANO, in AA. VV., *Della simulazione*, cit., sub art. 1414, p. 10; NANNI, voce «*Interposizione di persona*», in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, p. 1. Per la giurisprudenza v., tra le più recenti, Cass., 13 aprile 2007, n. 8843; Cass. 18 maggio 2000, n. 6451, in *Giust. civ., Mass.*, 2000, p. 1050; Cass., 15 maggio 1998, n. 4911, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2420.

⁵⁷ Qualora vengano invece in rilievo degli accordi di deroga alla giurisdizione italiana a favore di arbitrato estero, in base a quanto acquisito nel primo volume, cap. II, § 3, dovrebbe farsi applicazione della legge scelta dalle parti o, in mancanza, della legge dello Stato in cui il lodo sarà reso (se tale Stato risulta già individuabile), poiché la simulazione può essere ricondotta nella categoria della "validità dell'accordo", concepita, ovviamente, in senso ampio. Per la medesima ragione si deve ritenere che, nel caso in cui le parti abbiano scelto una legge regolatrice del loro accordo sulla giurisdizione, sarà questa a dettare la disciplina della simulazione dell'accordo medesimo.

⁵⁸ Se alla simulazione soggettiva non si accompagnasse altresì quella oggettiva si potrebbero dare in astratto due ipotesi: quella in cui l'accordo sulla giurisdizione, sia simulato (tra Tizio e Caio) che dissimulato (tra Caio e Sempronio), abbia ad oggetto le azioni di cui sono titolari Caio e l'interponente Sempronio e quella in cui esso si riferisca alle azioni di Tizio e Caio, parti del patto sulla giurisdizione simulato. Sembra però difficile pensare che si possano concludere simili patti. Nella prima ipotesi, perché le parti dell'accordo simulato, così facendo, renderebbero sostanzialmente palese la simulazione, individuando quale oggetto della loro convenzione le azioni di Caio e dell'interponente Sempronio e concluderebbero inoltre un patto che, già a prescindere dalla simulazione, sarebbe inefficace tra loro, perché relativo ad azioni altrui (sulla generale inefficacia di un accordo sulla giurisdizione avente ad oggetto

si darà ogni qualvolta l'accordo simulato e dissimulato differiscano non soltanto per le parti, ma anche per le azioni che ne costituiscono l'oggetto. Avremo allora un accordo fittizio, poniamo tra Tizio e Caio, relativo alle azioni di questi due soggetti, che ne maschera uno "reale" tra Caio e Sempronio, avente a oggetto le azioni di cui costoro (e non Tizio e Caio) sono titolari. In una simile ipotesi, l'accertamento della simulazione condurrà a negare efficacia al patto simulato e ad attribuirlo, invece, all'accordo dissimulato relativo alle azioni di Caio e Sempronio, che debbono ritenersi le "vere" parti del patto sulla giurisdizione. Conseguentemente solo le azioni di quest'ultime e non quelle di Tizio e Caio, saranno soggette all'effetto prorogatorio o derogatorio dell'accordo.

Veniamo ora alla più verosimile ipotesi di un contratto, oggetto di interposizione fittizia di persona, cui si riferisce una clausola sulla giurisdizione. Nel caso in cui l'interposizione fittizia non riguardi anche la clausola sulla giurisdizione si pongono minori problemi. Qui la clausola esplicherà effetti solo rispetto alle azioni relative al contratto simulato, perchè l'interposto, che è parte "reale" della clausola, non è titolare delle azioni relative al contratto dissimulato e dunque non può stipulare efficaci accordi che a queste si riferiscano. Pertanto, solo rispetto alle azioni concernenti il contratto simulato (e *in primis* all'azione di accertamento della simulazione del contratto), la clausola sulla giurisdizione esplicherà la sua efficacia prorogatoria o derogatoria; invece, le azioni la cui *causa petendi* è costituita (almeno in parte) dal contratto dissimulato, dovranno proporsi davanti ai giudici che hanno giurisdizione secondo i criteri ordinari. Se poi si riconosce all'interponente la legittimazione straordinaria ad agire per l'accertamento che il contratto stipulato dall'interposto è simulato⁵⁹, si dovrà ritenere operante la regola ge-

azioni altrui v. *infra*, cap. IV, §§ 4 e 11). Nel secondo caso, perché sarebbe incongruo che Caio e Sempronio stipulino un accordo (dissimulato ma) privo di effetti, in quanto relativo non già alle loro azioni, ma a quelle di Tizio e Caio.

⁵⁹ Una simile legittimazione straordinaria potrebbe fondarsi sull'applicazione diretta o analogica (a seconda che si ritenga o meno la simulazione una vera e propria causa di nullità del contratto: in senso favorevole v. SACCO, (DE NOVA), *Il contratto*, cit., pp. 667 s.; ID., voce «*Simulazione dei negozi giuridici*», in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, pp. 373 s.; *contra*, tuttavia, nel senso della mera inefficacia del contratto simulato, SALV. ROMANO, *Contributo esegetico allo studio della simulazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pp. 46 ss.; AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957, pp. 53 ss.; MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, cit., p. 490 ss.; GALGANO, in AA. VV., *Della simulazione*, cit., *sub art.* 1414, pp. 12 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 699; ANELLI, *Simulazione ed interposizioni*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, III, *Effetti*, a cura di COSTANZA, Milano, 2006, pp. 565 ss.; NANNI, *L'interposizione* cit., pp. 124 ss.) dell' art. 1421 c.c., che ammette all'esercizio

nerale sull'efficacia nei confronti del legittimato straordinario dell'accordo sulla giurisdizione stipulato dai legittimati ordinari ad agire⁶⁰ e così concludere che anche l'interponente deve proporre l'azione di accertamento della simulazione del contratto concluso dall'interposto davanti al giudice prorogato (e, correlativamente, non può proporla davanti ai giudici derogati).

Più frequentemente si verificherà il caso in cui l'interposizione fittizia di persona riguardi anche la clausola sulla giurisdizione. In tale ipotesi, la clausola simulata, conclusa dall'interposto, risulta priva d'ogni effetto e assume così esclusivo rilievo la clausola dissimulata di cui è parte l'interponente. Quest'ultima, però, avrà ad oggetto le sole azioni relative al contratto dissimulato e non anche quelle relative al contratto simulato, perché esse non sono nella titolarità dell'interponente, parte della clausola dissimulata.

Di conseguenza la giurisdizione sulle azioni la cui *causa petendi* sia costituita, almeno in parte, dal contratto simulato – compresa l'azione di accertamento della simulazione del contratto – deve essere determinata secondo i criteri ordinari, perché rispetto ad esse non può avere efficacia la clausola dissimulata sulla giurisdizione. Ciò vale anche qualora l'azione di accertamento della simulazione del contratto concluso dall'interposto sia esercitata dall'interponente, in forza di una legittimazione straordinaria che a questi eventualmente si ritenga di dover riconoscere. Come si vedrà, infatti, il legittimato straordinario ad agire non può concludere un accordo sulla giurisdizione che espliciti effetti rispetto all'azione relativa all'altrui rapporto,

dell'azione di nullità chiunque vi abbia interesse. Nel senso che la legittimazione all'azione di simulazione spetta a chiunque abbia interesse v. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 708 s., senza però far riferimento all'applicazione – evidentemente analogica, atteso che per l'A. il contratto simulato è inefficace e non nullo – dell'art. 1421 c.c. È da sottolineare che l'A. – a p. 708, nota 49 – precisa che nella nozione di parti, come tali sempre legittimate all'azione di simulazione, rientra pure l'asserito interponente; in contrario si deve tuttavia notare che questi è parte del solo contratto dissimulato, mentre rispetto a quello simulato rimane pur sempre terzo e così risulta problematica la sua legittimazione ad agire per l'accertamento del carattere simulato del negozio. SACCO, (DE NOVA), *Il contratto* cit., pp. 689 attribuisce invece rilievo agli artt. 1415, c. 2, e 1416, c. 2, c.c., al fine di riconoscere la legittimazione ai terzi. Tali norme fanno riferimento soltanto ai terzi pregiudicati nei loro diritti dalla simulazione e ai creditori del simulato acquirente, senza alcun generico riferimento ai terzi interessati, che – solo – permetterebbe di riconoscere all'interponente la legittimazione all'azione di accertamento della nullità o inefficacia del contratto simulato. Esclude la possibilità di applicare l'art. 1421 c.c. MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, cit., p. 580, il quale ritiene che la legittimazione deve essere riconosciuta non a tutti i terzi interessati, ma solo a determinati terzi enumerati a p. 586.

⁶⁰ Su tale questione si rinvia *infra* al cap. IV, §§ 2 e 9.

a lui eccezionalmente attribuita dall'ordinamento⁶¹, per cui l'interponente non potrà far valere la clausola sulla giurisdizione onde radicare davanti al giudice prorogato l'azione di accertamento della simulazione⁶².

⁶¹ V. *infra* al cap. IV, §§ 2 e 9.

⁶² Tutto ciò che si è detto sinora presuppone che, nel caso di interposizione fittizia di persona, siano proponibili separatamente l'azione di accertamento della simulazione del contratto concluso dall'interposto e l'azione di accertamento dell'esistenza del contratto dissimulato (rilevano il carattere solo eventuale del cumulo delle due azioni nel caso di simulazione relativa, in generale, ANELLI, *Simulazione* cit., p. 712 s.; SACCO, (DE NOVA), *Il contratto*, cit., p. 669). Tale premessa è tuttavia negata – almeno implicitamente – da un compatto orientamento giurisprudenziale, il quale afferma che, allorchè si faccia valere la simulazione relativa soggettiva in via d'azione e non in via di mera eccezione vi debba sempre essere litisconsorzio necessario tra tutti i partecipanti all'accordo simulatorio (cfr., *ex multis*, Cass., 23 novembre 2004, n. 22054; Cass., 5 maggio 2003, n. 6762; Cass., 7 luglio 1987, n. 5898, in *Arch. civ.*, 1987, p. 1196): la necessità del litisconsorzio è dettata dalla circostanza che si ravvisa nell'azione con cui si fa valere la simulazione relativa un'azione in cui si chiede – sempre e necessariamente – l'accertamento sia dell'inefficacia del contratto simulato sia dell'efficacia del dissimulato. Vi è da osservare che saremmo qui in presenza non tanto di un litisconsorzio necessario per ragioni di diritto sostanziale, atteso che oggetto d'accertamento non è mai un unico rapporto plurisoggettivo (l'accordo simulatorio trilatero è infatti meramente conosciuto e non deciso con efficacia di giudicato); quanto invece di un cumulo necessario di cause tra loro dipendenti (nel caso di interposizione fittizia intercorrenti tra parti parzialmente diverse). La necessità di un simile cumulo può argomentarsi sulla base del rilievo che non si possa negare con efficacia di giudicato il rapporto contrattuale simulato senza al contempo affermare, con pari vincolatività, l'esistenza del rapporto dissimulato (in tal senso v. CONSOLO, (MURONI), *Contratti collegati con clausole arbitrali identiche: sempre uniche la potestà (e così il processo) arbitrale*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1280). Se dunque, ad avviso della giurisprudenza, la richiesta di accertamento dell'inesistenza del rapporto contrattuale simulato non possa essere disgiunta da (o comunque contenga sempre in sé pure) quella di accertamento del "vero" rapporto, per poter efficacemente concludere un accordo sulla giurisdizione sull'azione di simulazione (qui concepita – ripetesi – come azione di accertamento *sia* della simulazione del contratto concluso dall'interposto, *sia* dell'esistenza del contratto dissimulato intervenuto con l'interponente) sarebbe necessario il congiunto consenso di tutti i partecipi dell'accordo simulatorio (sulla esigenza che tutti i litisconsorti necessari partecipino all'accordo sulla giurisdizione, v., *infra*, cap. IV, §§ 3 e 10). Proprio in base a una simile premessa, CONSOLO, (MURONI), *Contratti collegati* cit., p. 1280 afferma infatti che gli arbitri dovranno declinare la propria competenza rispetto all'azione di simulazione soggettiva di un contratto pur "contenente" una clausola compromissoria, qualora ritengano sussistente l'interposizione (sempre che tra le parti del contratto apparente e l'interposto non si raggiunga un'intesa per allargare l'ambito oggettivo e soggettivo della clausola compromissoria). L'A. ritiene poi che gli arbitri, nel caso in cui giungano a negare l'interposizione, possano invece decidere nel merito sull'azione di simulazione loro proposta. Se ne deduce che, a Suo avviso, il cumulo necessario di cause cui dà luogo l'azione di simulazione sarebbe non semplice, ma condizionale, potendosi addivenire a una decisione nel merito della domanda dipendente, solo nel caso di accoglimento della domanda pregiudiziale.

A questo punto è necessario indagare come opera la simulazione relativa soggettiva di un accordo sulla giurisdizione nella dinamica del processo, e si dovrà all'uopo distinguere l'ipotesi in cui in giudizio rilevi l'accordo simulato o quello dissimulato⁶³.

Nel primo caso, il giudice – anche d'ufficio, secondo l'impostazione preferibile⁶⁴ – dovrà rilevare l'inefficacia o la nullità⁶⁵ del patto sulla giurisdizione apparente. Così, nel giudizio instaurato nel foro solo fittiziamente prorogato (il cui unico titolo di giurisdizione sia costituito dall'accordo), se il convenuto costituito ha tempestivamente eccepito il difetto di giurisdizione, il giudice potrà dichiarare l'insussistenza della propria *potestas iudicandi* anche sulla base della simulazione dell'accordo risultante *ex actis*, pur non eccepita dal convenuto⁶⁶. Qualora, poi, il convenuto rimanga contumace il

⁶³ Vi è poi la possibilità che nel medesimo giudizio vengano in rilievo sia l'accordo simulato che quello dissimulato. Ciò accadrà, nel caso di simulazione relativa soggettiva di una clausola sulla giurisdizione che si riferisce a un contratto (che si afferma) parimenti simulato, allorché si chieda l'accertamento sia dell'inefficacia (o della nullità) del contratto tra interposto e terzo contraente sia l'efficacia di quello tra tale terzo e l'interponente: per la domanda di accertamento negativo del contratto simulato ci si dovrà interrogare sulla validità o efficacia della clausola simulata, mentre per la domanda di accertamento positivo del dissimulato bisognerà aver riguardo alla clausola dissimulata.

⁶⁴ La rilevabilità d'ufficio della eccezione di simulazione si può anzitutto affermare, allorché si ritenga applicabile – in via diretta o analogica, a seconda che si riguardi il negozio simulato come nullo o solo come inefficace – l'art. 1421 c.c. sulla nullità del contratto (BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 670 ritiene che l'eccezione di simulazione sia in senso lato, ma non giustifica l'assunto). Il medesimo risultato si può comunque attingere qualora si reputi che la legge non ponga una disciplina espressa (neppure in via analogica) a tal riguardo. Infatti alla stregua di entrambi i (più affidabili) criteri discretivi tra eccezioni in senso stretto e in senso lato proposti dalla dottrina processualistica (v. *supra*, § 2, nota 36), l'eccezione di simulazione sarà sempre rilevabile anche d'ufficio. Infatti né l'effetto impeditivo derivante dalla simulazione del contratto è rinunciabile unilateralmente dalla parte, né la legge prevede in alcun modo che essa sia eccezione rilevabile solo su istanza di parte. Non si può pertanto accogliere la posizione di quella parte della dottrina civilistica che ritiene che l'eccezione di simulazione sia in senso stretto (così GENTILI, voce «*Simulazione dei negozi giuridici*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 522 che osserva che non vi è un sottostante interesse pubblico; GALGANO, *Il negozio cit.*, p. 369; ID., in AA.VV., *Della simulazione*, cit., sub art. 1414 c.c., p. 13; DISTASO, *La simulazione cit.*, pp. 206 s.; ID., voce «*Simulazione cit.*», p. 376. Quest'ultimo A. sembra peraltro porre l'accento piuttosto sull'impossibilità pratica che l'accordo simulatorio possa risultare *ex actis*, essendo destinato, secondo l'intenzione delle parti, a rimanere nascosto).

⁶⁵ Su tale alternativa v. *supra*, nota 59.

⁶⁶ Da ciò si ricava che anche in questa ipotesi si esclude che l'eccezione di simulazione dell'accordo sia assoggettata allo stesso regime dell'eccezione di difetto di giurisdizione: militano in tal senso le medesime ragioni esaminate *supra*, § 3.

giudice potrà dichiarare *ex officio* il difetto di giurisdizione sulla base del rilievo, parimenti officioso, della simulazione della proroga. Nel caso, invece, in cui sia adito uno dei giudici derogati e il convenuto eccepisca il difetto di giurisdizione in forza dell'accordo, il giudice potrà rigettare l'eccezione sulla base del rilievo del carattere simulato dell'accordo medesimo, anche in assenza di una replica dell'attore volta a farla valere.

Nella seconda ipotesi, in cui assume invece rilievo l'accordo dissimulato, la parte a ciò interessata dovrà farne constare l'esistenza e l'efficacia davanti al giudice. Pertanto, nel caso di processo che si svolge nel foro – alla stregua del patto dissimulato – derogato, il convenuto costituito dovrà eccepire all'atto stesso della sua costituzione il difetto di giurisdizione invocando l'esistenza di tale patto; se poi il convenuto sia contumace il giudice potrà dichiarare *ex officio* il proprio difetto di giurisdizione nell'eventualità – un po' inverisimile – in cui *ex actis* risulti l'accordo dissimulato, con cui le parti gli hanno negato la competenza giurisdizionale. In ipotesi invece di giudizio instaurato nel foro prorogato, sarà l'attore a dover far valere la proroga dissimulata a fronte dell'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal convenuto, o nel caso di contumacia di questi, a fronte del dubbio del giudice circa la sussistenza della sua giurisdizione.

In tutte queste ipotesi dovrà ovviamente essere raggiunta la prova della simulazione, che consisterà nella sola dimostrazione dell'esistenza dell'accordo simulatorio trilatero tra contraente, interponente e interposto, qualora in giudizio rilevi esclusivamente l'inefficacia (o la nullità) del patto simulato; o invece sia dell'accordo simulatorio sia del patto dissimulato sulla giurisdizione⁶⁷, allorchè nel processo assuma rilevanza (anche o solo) quest'ultimo.

⁶⁷ Nel senso che la prova della simulazione relativa consista nella dimostrazione sia dell'accordo simulatorio, sia del negozio dissimulato v. CIVININI, *Prova della simulazione e giuramento suppletorio*, in *Foro it.*, 1983, I, cc. 191 ss.; SACCO, (DE NOVA), *Il contratto*, cit., I, pp. 680 s.; NANNI, voce «*Interposizione* cit., p. 7; ID., *L'interposizione* cit., pp. 134 s., il quale ultimo ha specifico riguardo all'interposizione fittizia di persona; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed., Milano, 1952, p. 333, il quale afferma che la prova della simulazione verte sui seguenti punti: «l'esistenza dell'*accordo simulatorio*; l'irrealtà del *contratto simulato* e, dove ne sia il caso, l'esistenza del *contratto dissimulato*» (sostanzialmente nel medesimo senso ID., *Il contratto in genere*, II, cit., p. 591). Mi sembra, tuttavia, che l'irrealtà del contratto simulato non costituisca un autonomo oggetto di prova, distinto dall'accordo simulatorio, poiché una volta raggiunta la prova dell'accordo simulatorio, risulterà altresì provata, *eo ipso*, l'irrealtà del contratto simulato.

La prova dell'accordo simulatorio, per il quale la legge non prescrive alcuna particolare forma⁶⁸, non potrà esser data per mezzo di testimoni, né di presunzioni semplici, se la clausola sulla giurisdizione sia contenuta in un documento, in virtù del disposto dell'art. 2722 c.c.⁶⁹ (suscettibile di applicazione analogica rispetto agli accordi sulla giurisdizione), ove si esclude l'ammissibilità della testimonianza che abbia ad oggetto un patto aggiunto o contrario all'atto scritto. Tale divieto di prova testimoniale potrà però esser superato nelle ipotesi previste dall'art. 2724 c.c., ossia in caso di principio di prova per iscritto, di impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta e di perdita incolpevole dell'atto scritto.

Quanto alla prova dell'accordo dissimulato sulla giurisdizione, è necessario distinguere i casi in cui si debba applicare l'art. 4 l. n. 218/1995, da quelli in cui opera l'art. 23/25 Reg. La norma richiede per gli accordi di proroga o deroga della giurisdizione italiana la forma scritta *ad probationem*, per cui essi non potranno essere provati per testimoni, né per presunzioni, in base agli artt. 2725, c. 1, e 2729, c. 2, c.c., se non nel caso di perdita incolpevole del documento contenente l'accordo sulla giurisdizione dissimulato.

⁶⁸ Cfr. SACCO, (DE NOVA), *Il contratto*, cit., pp. 652 s., 678 s.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 700; ANELLI, *Simulazione* cit., pp. 589 ss., 723; *contra* MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., 455, che ritiene necessaria la forma scritta *ad substantiam* se la simulazione riguarda un contratto avente ad oggetto un immobile o un mobile registrato; GALGANO, in AA.VV., *Della simulazione*, cit., *sub art.* 1414, p. 17. In giurisprudenza, si pronunciano espressamente nel senso che l'accordo simulatorio non debba avere forma solenne Cass., 4 maggio 2007, n. 10240; Cass., 6 giugno 1983, n. 3851, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2952. Più numerose sono, invece, le sentenze che si limitano ad affermare che, nel caso di simulazione assoluta di un contratto solenne, l'ammissibilità della prova testimoniale è disciplinata dagli artt. 2722 e 2724 c.c. e non dall'art. 2725, c. 2, c.c., in quanto non si tratta di provare un contratto solenne, ma la sua inesistenza: si veda, ad es., Cass., 26 gennaio 1995, n. 954; Cass., 16 aprile 1988, n. 2998; Cass., 12 febbraio 1986, n. 850; Cass., 24 giugno 1983, n. 4339.

⁶⁹ La prova testimoniale della simulazione è regolata anzitutto dall'art. 1417 c.c., che sancisce l'ammissibilità senza limiti della testimonianza «se la domanda è proposta da creditori o da terzi e, qualora sia diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato, anche se è proposta dalle parti». Argomentando *a contrario* da tale norma, poi, si deduce che, al di fuori di queste ipotesi, la prova testimoniale sarà soggetta a *determinati* limiti. Quali essi siano, l'art. 1417 non lo dice, pertanto si ritiene che esso non faccia altro che rinviare a quelli stabiliti, in generale, per la prova dei contratti dagli artt. 2721 ss. c.c. In tal senso cfr. MESSINEO, *Dottrina generale* cit., pp. 333 s.; ID., *Il contratto in genere*, II, cit., p. 596; CARRESI, *Il contratto*, cit., I, pp. 415 s.; SACCO, (DE NOVA), *Il contratto*, cit., p. 678; GENTILI, voce «*Simulazione* cit., p. 523; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 709 s.; PATTI, *Prova testimoniale, Presunzioni*, in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja –Branca*, Bologna – Roma, 2001, *sub art.* 2722, pp. 43 s.; COMOGGIO, *Le prove civili*, 3ª ed., Torino, 2010, pp. 605 ss.

L'art. 23/25 Reg. invece prevede, oltre alla forma scritta e a quella orale con conferma scritta, anche le forme convenute dalle parti e quelle riconosciute dagli usi. Se nel caso concreto non vi siano né convenzioni tra le parti, né usi, che diano rilievo a forme diverse rispetto a quella scritta, si deve ritenere che l'art. 23/25 Reg. prescriva soltanto la forma scritta o la forma orale con conferma scritta, la quale può essere assimilata – pur con qualche forzatura – alla nostra prova scritta *ad probationem tantum*⁷⁰. In simili ipotesi, dunque, per l'accordo sulla giurisdizione è richiesta la forma scritta sotto pena di nullità o almeno ai fini della prova e troverà applicazione l'art. 2725 c.c. Perciò la prova testimoniale della clausola dissimulata sulla giurisdizione sarà ammissibile nella sola ipotesi di perdita incolpevole del documento. Nel caso invece sussistano usi o convenzioni tra le parti che sanciscono la rilevanza di forme diverse da quella scritta, qualora l'accordo simulato sulla giurisdizione sia contenuto in uno scritto, vigerà pur sempre, in virtù dell'art. 2722 c.c., il divieto di prova testimoniale, che tuttavia sarà superabile – non avendo qui a che fare con un atto per cui è richiesta *unicamente* la forma scritta – in tutte le ipotesi previste dall'art. 2724 c.c. e, dunque, in caso di principio di prova per iscritto, di impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta e, infine, di perdita incolpevole del documento. Se invece l'accordo simulato non sia rivestito della forma scritta, non opererà il divieto stabilito dall'art. 2722 c.c. e per la prova testimoniale della clausola dissimulata varrà il solo limite di valore sancito dall'art. 2721 c.c.⁷¹ oltrepassabile dal giudice tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza, nonché nelle specifiche

⁷⁰ La forzatura consiste nel fatto che la conferma scritta – a differenza della nostra prova scritta – può provenire anche dalla parte che afferma in giudizio l'esistenza dell'accordo sulla giurisdizione, purché la controparte non abbia formulato obiezioni in tempo utile, dopo la ricezione della conferma stessa (v. Corte di giustizia, 19 giugno 1984, C-71/83, *Partenreederei ms. Tilly Russ* cit.; Corte di giustizia, 11 luglio 1985, C-221/84, *Bergboefer GmbH* cit.).

⁷¹ Ai fini dell'applicazione dell'art. 2721 c.c. si dovrebbe aver riguardo al valore delle liti oggetto dell'accordo. Questo potrà essere di regola stabilito agevolmente nel caso in cui si tratti di liti già determinate nella loro individualità, ma non quando il patto è relativo a liti solo determinabili. In tale ipotesi, l'unica soluzione possibile è quella di riferirsi al valore del rapporto (contrattuale o meno, a seconda dei casi) cui attengono le azioni oggetto dell'accordo. Va comunque rilevato che, dato il carattere assolutamente irrisorio del limite preveduto dall'art. 2721, c. 1, c.c. (2, 58 Euro), si potrà ritenere che il valore dell'oggetto di un accordo sulla giurisdizione superi sempre questo limite, sì che possa direttamente operare la previsione del c. 2 del medesimo articolo che rimette alla prudenza del giudice – fondata essenzialmente sulla verosimiglianza della pattuizione in forma orale – lo stabilire quando in concreto risulti ammissibile la prova testimoniale di un contratto (e così pure di un accordo sulla giurisdizione).

ipotesi contemplate dall'art. 2724 c.c. Si deve però sottolineare che, in ogni caso in cui sia ammissibile la prova testimoniale, questa non verterà sul mero fatto che le parti si sono accordate nel senso di attribuire la competenza giurisdizionale a un giudice europeo, ma sul fatto che queste hanno concluso l'accordo *in una delle forme previste dall'art. 23/25 Reg.* Se così non fosse, infatti, si permetterebbe a una norma nazionale – nel caso l'art. 2724 c.c. – di vanificare la prescrizione della norma europea sui requisiti formali degli accordi sulla giurisdizione⁷².

Il regime di forma e di prova dell'accordo simulatorio è dunque più liberale di quello previsto per il patto dissimulato sulla giurisdizione, per cui si potrà dare il caso in cui si raggiunga la prova dell'accordo simulatorio, ma non invece quella del patto dissimulato. Si negheranno allora effetti all'accordo simulato, senza però attribuirli a quello dissimulato: dunque è come se le parti non avessero mai concluso alcun accordo sulla giurisdizione. Pertanto, rispetto alle azioni “nascenti” sia dal contratto simulato, che da quello dissimulato, non si avrà alcuna modificazione dell'ordinaria competenza giurisdizionale.

Qualora, invece, non si riesca a provare neppure l'esistenza dell'accordo simulatorio, rimarrà in piedi l'accordo “simulato” che potrà, però, esplica-

⁷² Non si deve invece a mio avviso giungere più radicalmente ad affermare che l'art. 23/25 Reg. esclude l'operatività delle norme nazionali volte a individuare le prove ammissibili per dimostrare in giudizio l'esistenza dell'accordo sulla giurisdizione. La norma europea si occupa soltanto della forma, non anche di come debba essere provato davanti al giudice il rispetto di tale forma: quest'ultima questione deve essere perciò risolta in base ai singoli diritti nazionali (in tal senso v. GEIMER, *Zuständigkeitskonzentration für Klagen gegen den Eigenhändler am Sitz des Lieferanten mittels Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ?*, in *IPRax*, 1986, p. 86; GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches cit., sub Art. 23 EuGVVO*, p. 462; v. poi MARI, *Diritto cit.*, pp. 618 s. che, in prima battuta, sarebbe incline ad escludere l'applicabilità dell'art. 2725, c. 2, c.c. È da sottolineare però che l'A. si basa esplicitamente sull'erroneo presupposto che tale norma inerisca allo statuto della forma, anziché a quello della prova. Sulla base di una tale premessa, non si può che metter fuori gioco l'art. 2725, c. 2, c.c., atteso il carattere esclusivo della disciplina del sistema di Bruxelles in ordine alla forma degli accordi sulla giurisdizione. Pertanto appare ingiustificata – sempre alla luce di una simile premessa – la conclusione cui giunge l'A., in virtù della quale sarebbe pur sempre possibile applicare in via analogica la norma, che di per sé non si porrebbe in contrasto con l'esigenza di interpretazione stretta della disciplina della proroga della competenza giurisdizionale). Del resto, se si può astrattamente pensare che, prescrivendo la forma scritta, l'art. 23/25 Reg. abbia implicitamente stabilito la necessità del documento per la prova in giudizio dell'accordo, non altrettanto si potrebbe ritenere con riguardo alle altre forme (non scritte) previste dal Regolamento, il cui rispetto dovrà necessariamente esser provato con i mezzi probatori (diversi da quelli documentali) all'uopo messi a disposizione dalla legge del giudice adito.

re effetti solo rispetto alle azioni di cui sono titolari l'“interposto” e l'altra parte⁷³.

5. La capacità di esser parte degli accordi sulla giurisdizione

Dopo aver individuato i soggetti da riguardarsi come parti degli accordi sulla giurisdizione, è necessario stabilire i requisiti che debbono sussistere in capo ad esso ai fini della validità degli accordi da loro conclusi. La dottrina processualistica che ha riflettuto sugli accordi compromissori ha enucleato due distinti requisiti di capacità: la capacità di esser parte e la capacità di concludere una convenzione arbitrale⁷⁴. Identici requisiti debbono sussistere in capo alle parti che stipulano un patto sulla giurisdizione.

Cominciamo dunque dalla capacità di esser parte. Tale termine fa parte del bagaglio dei processualisti, che lo utilizzano per indicare una condizione di decidibilità della causa nel merito, attinente, appunto, alla parte. Qui è invece utilizzato per indicare un requisito di un negozio processuale, quale è l'accordo sulla giurisdizione. La teoria del negozio giuridico, invece, non parla di capacità di esser parte, ma annovera tra gli elementi essenziali del negozio l'esistenza di uno o più soggetti muniti di capacità giuridica⁷⁵. A prescindere dalle differenze terminologiche, si può dire che con tale requisito si indica la necessità che la parte negoziale abbia l'astratta attitudine ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive, senza la quale non potrebbe certo porre in essere dei negozi con cui in vario modo si incide sulle stesse.

Tale requisito, rientrando nel novero degli «aspetti soggettivi» degli accordi sulla giurisdizione, è retto dalla legge italiana, ove si abbia a che fare

⁷³ Ovviamente, data l'autonomia della clausola sulla giurisdizione, la soluzione relativa alla simulazione di tale clausola non pregiudicherà la questione, attinente invece al merito, circa la simulazione del contratto cui la clausola stessa fa riferimento.

⁷⁴ Cfr. REDENTI, voce «*Compromesso* cit. 793 e, sulla sua scia, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., *sub* art. 807, p. 130. Accanto a tali requisiti è posto anche quello della legittimazione a concludere una convenzione arbitrale (v. ampiamente su tale nozione anche E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., in part. 259 ss.) inteso come potere di concludere un accordo compromissorio produttivo di effetti nella propria o nell'altrui sfera giuridica. Per le ragioni che saranno spiegate nel prossimo capitolo (*infra*, cap. IV, § 1, pp. 113 s., testo e nota 3) si preferisce evitare l'uso del termine “legittimazione” e riguardare il fenomeno *sub specie* di efficacia dell'accordo nei confronti delle parti e dei terzi.

⁷⁵ V. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 44^a ed., Padova, 2009, p. 103.

con un patto di proroga o di deroga riconosciuto dall'art. 4 l. n. 218/1995⁷⁶. Quando, invece, si tratti di accordi *ex art. 23/25 Reg.* troverà applicazione la *lex fori prorogati* atteso che, nell'ambito del sistema di Bruxelles, non si può desumere alcuna norma che specificatamente disciplini il requisito in questione: la legge italiana si applicherà allora nel caso di accordo di proroga a favore dei giudici del nostro Paese⁷⁷.

Vediamo ora come in concreto la legge italiana individua chi è capace di esser parte di un accordo sulla giurisdizione. Si è già visto che gli accordi sulla giurisdizione incidono in senso positivo o negativo su situazioni giuridiche processuali, quali sono l'azione e la *Gerichtspflichtigkeit*, sarà perciò necessario che la parte dell'accordo abbia l'astratta attitudine ad esser titolare di quest'ultime, ossia che abbia la capacità di esser parte processuale, che appunto si definisce come idoneità ad essere soggetto di posizioni giuridiche processuali^{78 79}. La legge italiana instaura dunque un perfetto parallelismo

⁷⁶ Qualora si abbia a che fare con un accordo di deroga alla giurisdizione italiana a favore di arbitrato estero, in base a quanto attinto nel primo volume, cap. II, § 3, la capacità di esser parte dovrà essere vagliata alla stregua della legge applicabile alle parti stesse. Verrà dunque in rilievo – *ex art. 20, l. n. 218/1995* – la legge nazionale di queste, ove siano persone fisiche; qualora si tratti, invece, di persone giuridiche, o comunque di enti collettivi dotati di soggettività, entrerà in gioco la *lex "societatis"* individuata dall'art. 25 l. n. 218/1995; quando infine si abbia a che fare con altri fenomeni di soggettività, non ricollegati all'esistenza di un ente collettivo, opererà la legge applicabile alla materia nel cui ambito detti fenomeni si presentano.

⁷⁷ In entrambe le ipotesi l'applicazione della legge italiana non è impedita da una scelta di legge compiuta dalle parti con riguardo all'accordo sulla giurisdizione. Come si è già veduto (v. primo volume, cap. II, § 4) l'ambito di operatività di tale legge è limitato alla validità degli accordi, entro la quale non rientra la questione della capacità di esser parte.

⁷⁸ Nel senso per cui la capacità di esser parte processuale costituisca l'astratta attitudine ad esser titolare di situazioni giuridiche processuali v., ATTARDI, *Diritto* cit., p. 306; CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 583; ID., *Istituzioni* cit., II, p. 220, parlava di capacità di essere soggetto di un rapporto giuridico processuale.

⁷⁹ SATTÀ, *Diritto processuale civile*, 7ª ed., Padova, 1967, p. 78; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, *sub art. 75*, p. 257 ha criticato l'impiego della nozione della capacità di esser parte rilevando che «la c.d. capacità di esser parte non corrisponde, ma si identifica con la capacità di essere soggetto di diritto». A me sembra che una tale identificazione non possa essere compiuta, considerando che la legge processuale potrebbe non conferire a tutti i soggetti di diritto la capacità di esser parte, come ad es. accadeva sino a poco tempo fa nell'ordinamento tedesco, ove il § 50, Abs. 2, ZPO, riconosceva alle associazioni prive di capacità giuridica la sola capacità di esser convenute in giudizio e non anche di agire (v. anche *infra* alla nota 83). Quella che dunque Salvatore Satta concepisce come identificazione è in realtà una semplice corrispondenza stabilita dal diritto positivo. Sempre avverso l'uso di siffatta nozione si è affermato che «essendo la parte il soggetto concreto del processo la capacità di esser parte non può non identificarsi che con la capacità di stare in giudizio»

tra capacità di esser parte di un patto sulla giurisdizione e capacità di esser parte processuale⁸⁰. A sua volta quest'ultima capacità è attribuita a chi abbia, alla stregua del diritto sostanziale, la capacità giuridica o almeno una più limitata soggettività^{81 82}, per essere centro di imputazione di determinate posizioni giuridiche⁸³. Si può dunque affermare che capace di esser parte di un

(così SATTA, *Diritto cit.*, pp. 77 s.; nel medesimo senso PUNZI, *Il processo civile, Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, Torino, 2008, pp. 305 s.). Neppure una simile identificazione può tuttavia essere affermata, altrimenti si verrebbe sempre a negare ai soggetti privi di capacità processuale la stessa qualifica di parti. Rimane così confermata l'autonomia dogmatica della nozione della capacità di esser parte e così la legittimità del suo impiego, secondo l'insegnamento risalente a CHIOVENDA, *Principii cit.*, p. 583; ID., *Istituzioni cit.*, II, cit., pp. 219 s. e accolto ancor oggi dalla dottrina assolutamente maggioritaria (v., per tutti, BETTI, *Diritto cit.*, pp. 126 s.; ATTARDI, *Diritto cit.*, pp. 306 s.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., pp. 11 s.; VERDE, *Diritto processuale civile, 1. Parte generale*, Bologna, 2010, pp. 170 s.; PROTO PISANI, *Lezioni cit.*, p. 306; LUISO, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., I, cit., p. 208; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., I, cit., p. 188).

⁸⁰ Nella dottrina tedesca questo risultato non è pacifico e si discute se per la conclusione di un *Prozessvertrag* serva la *Parteifähigkeit* (cfr. EHRENZWEIG, *Besprechung cit.*, pp. 242 s.; NEUNER, *Privatrecht und Prozessrecht*, Mannheim, 1925, p. 112, con riguardo agli accordi arbitrali) o la *Rechtsfähigkeit* (G. WAGNER, *Prozessvertäge, cit.*, pp. 284, per una esposizione più dettagliata e una critica della posizione dell'A., v. *infra*, § 6, nota 106; SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar cit.*, Band 9, *sub* § 1030, p. 417, relativamente agli accordi arbitrali). Vi è poi chi distingue a seconda che l'accordo sia concluso all'interno del processo o meno, ritenendo che nel primo caso sia necessaria la *Parteifähigkeit* e che nel secondo sia invece richiesta, in via alternativa, la *Parteifähigkeit* o la *Rechtsfähigkeit* (ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht, cit.*, p. 349; LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar cit.*, *sub* Anhang vor § 128, pp. 113 s.). Queste posizioni sono parallele a quelle espresse con riguardo alla necessità della *Prozessfähigkeit* o della *Geschäftsfähigkeit* per i *Prozessverträge* e quindi le si discuterà in un'unica sede, ossia *infra*, § 6, alla nota 106.

⁸¹ Per il riconoscimento della capacità di esser parte anche a soggetti privi di capacità giuridica v., per tutti, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., p. 12; ATTARDI, *Diritto cit.*, pp. 306 s.; VERDE, *Diritto processuale civile, 1. Parte generale, cit.* pp. 170 s.; PROTO PISANI, *Lezioni cit.*, p. 306; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., I, cit., p. 188; MANDRIOLI, *La rappresentanza cit.*, pp. 241 ss.; ID., *Delle parti, cit.*, *sub* art. 75, pp. 905 ss., il quale parla però – sulla scorta delle premesse da Lui accolte – di legittimazione processuale di tali soggetti.

⁸² Nel senso invece che la capacità di esser parte debba esser determinata alla stregua dalla legge nazionale del soggetto, senza fare anzitutto riferimento alla *lex fori* v. CAPOTORTI, *Lezioni di diritto internazionale privato, Parte speciale: la capacità*, Bari, 1966, p. 147; ID., *La capacité en droit international privé*, in *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1963, III, tome 110, p. 259.

⁸³ La regola per cui è capace di esser parte qualsiasi soggetto di diritto non trova riconoscimento *espreso* in alcuna norma del nostro sistema processuale: essa è soltanto presupposta dai commi 3 e 4 dell'art. 75, che stabiliscono come possono stare in giudizio rispettivamente

accordo sulla giurisdizione sia colui che, alla stregua della legge sostanziale, abbia una (più o meno ampia) soggettività giuridica.

La legge sostanziale in base alla quale effettuare tale verifica dovrà poi essere determinata in virtù delle norme di conflitto del foro. Verranno allora in rilievo, per le persone fisiche, l'art. 20 l. n. 218/1995, ove si prevede che la capacità giuridica di queste è regolata dalla loro legge nazionale⁸⁴; per

le persone giuridiche e le associazioni e comitati privi di personalità giuridica. Di tale regola si può però, a mio avviso, reperire un diretto fondamento costituzionale nell'art. 24 Cost. La norma, infatti, riconosce a tutti il potere di agire a tutela dei propri diritti, e così facendo permette a qualsiasi "soggetto" cui la legge sostanziale imputi dei diritti di dedurre gli stessi in un giudizio di cui egli sarà necessariamente parte.

Una simile regola si applica sempre, sia con riguardo ai cittadini italiani che agli stranieri. In Germania, invece, quanto alla questione della *Parteifähigkeit* dello straniero, si discute se venga in rilievo solo la *lex fori* e così si applichi il § 50 ZPO che riconosce la capacità di esser parte a chiunque abbia la *Rechtsfähigkeit* (in tal senso SCHÜTZE, *Deutsches* cit., pp. 111 s.; GOTTWALD, *Qualifikation* cit., p. 147); o se la questione sia rimessa in toto all'*Heimatrecht* del soggetto (cfr. PAGENSTECHE, *Werden die Partei- und Prozessfähigkeit eines Ausländers nach seinem Personalstatut oder nach den Sachnormen der lex fori beurteilt, Ein Beitrag zur Lehre von den zivilprozessualen Kollisionsnormen*, in ZFP 64 (1951), pp. 251 ss.; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 212; NAGEL, GOTTWALD, *Internationales* cit., pp. 236 s; in giurisprudenza v. BGH, 2 aprile 1970, in BGHZ 53, 383; BGH, 3 febbraio 1999, in IPRax, 2000, p. 21; BGH, 29 gennaio 2003, in BGHZ 153, 353); o se infine si abbia un concorso alternativo tra la *lex fori* e la legge nazionale del soggetto (v. FURTAK, *Die Parteifähigkeit in Zivilverfahren mit Auslandsberührung*, Heidelberg, 1995, pp. 161 ss., 173; scettico SCHEMMAN, *Parteifähigkeit im Zivilprozess*, München, 2002, p. 126). La circostanza che la maggioritaria dottrina tedesca reputi si debba dar rilievo in via esclusiva o alternativa alla legge nazionale, pur in assenza di una norma espressa sul punto (come il § 55 ZPO in tema di *Prozessfähigkeit* dello straniero), si può pragmaticamente spiegare in ragione delle limitazioni poste dal diritto tedesco alla capacità di esser parte di soggetti privi di capacità giuridica (cfr. § 50, Abs. 2, ZPO ove si stabiliva che le associazioni (*Vereine*) prive di capacità potevano solo esser convenute e non anche agire in giudizio e perciò si riconosceva loro solo una *passive Parteifähigkeit*. La norma è stata novellata con legge del 24 settembre 2009 e oggi riconosce a tali associazioni anche la capacità attiva di essere parte: v. ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 214). L'operatività della legge nazionale del soggetto non si potrebbe affermare in Italia, né in via alternativa perché sarebbe superflua, dato che la nostra legge processuale riconosce la capacità di esser parte già a tutti coloro cui in astratto potrebbe essere attribuita; né in via esclusiva, perché – oltre ad esser preclusa in virtù del principio per cui le questioni processuali sono di regola rette dalla *lex fori* – potrebbe condurre ad esiti contrari all'art. 24 Cost. allorché la legge straniera neghi la capacità di esser parte a determinati soggetti di diritto (come faceva ad es. la legge tedesca).

⁸⁴ Talora potrà poi venire in rilievo la legge regolatrice di un atto, che stabilisca speciali condizioni di capacità giuridica: si potrebbe pensare a disposizioni che riconoscono – come in Italia gli artt. 462 e 784 c.c. – la capacità di succedere, di ricevere per testamento o donazione anche a persone *nondum natae* (nel senso che questi siano esempi di condizioni speciali di capacità giuridica v. DI BLASE, in *Commentario* cit., in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, sub art.

le persone giuridiche e, più in generale, gli enti collettivi, l'art. 25, in cui si stabilisce che gli enti collettivi (e dunque anche la loro capacità: v. art. 25, c. 2, lett. d) sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio si è perfezionato il procedimento di costituzione⁸⁵. Infine, qualora si abbia a che fare con dei fenomeni di soggettività, non ricollegati all'esistenza di un ente collettivo, opererà la legge applicabile alla materia nell'ambito della quale tali fenomeni si presentano. Così, ad es., per stabilire se la comunione legale tra coniugi sia soggetto di diritto⁸⁶ si avrà riguardo alla legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra i coniugi (art. 30 l. n. 218/1995); per il condominio degli edifici⁸⁷, si terrà in considerazione la legge applicabile ai diritti reali,

20, p. 1011; (CONETTI), TONOLO, (VISMARA), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato*, 2ª ed., Torino, 2009, sub art. 20, p. 67; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte speciale*, Torino, 2006, p. 5; per l'operatività, quanto alla "capacità" del nascituro, della legge regolatrice del rapporto o dell'istituto rispetto al quale vengono attribuiti diritti al nascituro v. VILLANI, voce «Capacità e diritti delle persone fisiche (diritto internazionale privato)», in *Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, p. 177; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, pp. 319 s.; ID., *Manuale breve cit.*, p. 110; BADIALI, *Personalità e capacità nel diritto internazionale privato e processuale*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 1995, pp. 117 ss.; CAPOTORTI, *Lezioni cit.*, pp. 44 s.; ID., *La capacità cit.*, p. 187; nel senso invece che la capacità di ricevere sia soggetta alla legge nazionale prognostica del concepito v. B. UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Padova, 2006, p. 148, che accoglie una nozione ampia di capacità giuridica generale), seppure appare forse poco verisimile la conclusione di accordi sulla giurisdizione con riguardo a diritti attribuiti al nascituro.

⁸⁵ Nel senso che la legge individuata dall'art. 25 l. n. 218/1995 sia applicabile a qualsiasi ente collettivo abbia o meno la personalità giuridica, cfr. BENEDETTI, in *Commentario cit.*, in *Le nuove leg. civ. comm.*, 1996, sub art. 25, pp. 1111 s.

⁸⁶ Tendono ad attribuire alla comunione legale tra coniugi una certa soggettività CIAN, A. VILLANI, voce «Comunione legale tra coniugi (legale e convenzionale)», in *Noviss. dig. it., App. di agg.*, II, Torino, 1981, p. 190; ATTARDI, *Profili processuali della comunione legale dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 46 che parla di «patrimonio autonomo rispetto a quelli personali dei coniugi idoneo a porsi come centro unitario di rapporti giuridici». In senso negativo v. invece SCHLESINGER, in CIAN, OPPO, TRABUCCHI, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, III, Padova, 1992, sub note introduttive artt. 177-197 c.c., pp. 79 s.; BIANCA, *Il regime della comunione legale*, in ID., *La comunione legale*, I, Milano, 1989, pp. 10 ss.

⁸⁷ Nel senso che il condominio degli edifici rappresenti un soggetto di diritto v., ad es., BRANCA, *Comunione, Condominio negli edifici*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 6ª ed., 1982, sub artt. 1117-1139, p. 359, in armonia peraltro con la soluzione attinta con riguardo alla comunione in generale (v. sub artt. 1100-1116, pp. 8 s.); BIANCA, *Nozione di condominio*, in ID. (a cura di), *Il condominio*, Torino, 2007, pp. 17 ss.; in senso contrario, invece, CAVALLARO, *Il condominio degli edifici, Artt. 1117-1128*, in SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile, Commentario*, diretto da BUSNELLI, Milano, 2009, pp. 23 ss.

ossia la *lex rei sitae* (art. 51 l. n. 218/1995); per la comunione ereditaria⁸⁸ e l'eredità giacente⁸⁹ opererà la legge applicabile alle successioni per causa di morte (art. 46 l. n. 218/1995).

Se le leggi così individuate riconoscono una (eventualmente anche limitata) soggettività giuridica, ad essa la legge (processuale) italiana conferirà *eo ipso* la capacità di esser parte degli accordi sulla giurisdizione.

Le conseguenze di un accordo sulla giurisdizione concluso da una parte cui non può esser riconosciuta la soggettività giuridica⁹⁰ sono invece rette dalla legge italiana, a prescindere da quale sia invece la legge in base alla quale si è sancito il difetto di soggettività.

L'accordo, in un simile caso, mancando di un requisito essenziale del negozio, quale è il soggetto, deve ritenersi affetto da nullità⁹¹. Questa potrà

Per un panorama sulla questione cfr. VIGANÒ, *Il condominio negli edifici*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 8, *Proprietà-II*, 2ª ed., Torino, 2002, pp. 373 ss.

⁸⁸ Per una recente indagine sulla questione della soggettività giuridica della comunione ereditaria v. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur*, *Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova, 2005, pp. 118 ss., che conclude nel senso che tale comunione non debba ritenersi un soggetto di diritto.

⁸⁹ Nella dottrina italiana viene usualmente escluso che l'eredità giacente abbia una personalità giuridica: v. in tal senso NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1969, pp. 77 s.; MICCOLI, voce «Eredità giacente», in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 212; L. FERRI, *Successioni in generale, Della separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, della rinunzia all'eredità, dell'eredità giacente, della petizione di eredità*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1968, sub art. 528, pp. 143 s.; SCHLESINGER, voce «Successioni (diritto civile): parte generale», in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 757; BURDESE, GROSSO, *Le successioni, Parte generale*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. XII, tomo I, Torino, 1977, p. 192.

⁹⁰ Una simile evenienza può verificarsi quando taluno dichiara di concludere l'accordo sulla giurisdizione in nome e per conto di chi non sia, o non sia ancora, soggetto di diritto.

⁹¹ Cfr. TRABUCCHI, *Istituzioni cit.*, p. 156; MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, cit., pp. 194, 207; nel senso dell'inesistenza v. invece CARRESI, *Il contratto*, cit., I, p. 179, nota 130. La giurisprudenza, pronunciandosi in casi in cui il contratto era stato concluso in nome di una società non ancora costituita, ha ritenuto il contratto inefficace perché concluso da un *falsus procurator*, evidentemente per permettere la successiva ratifica della società, una volta perfezionatosi il procedimento di formazione (v. Cass., 29 marzo 1991, n. 3435; Cass., 16 febbraio 1993, n. 1929, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 895, con nota di ORLANDO). Va però rimarcato che qui la falsa rappresentanza è dovuta al fatto che il prospettato *dominus* non è (ancora) un soggetto di diritto, per cui a monte vi è un problema di assenza di capacità di giuridica di una delle due parti contrattuali.

essere fatta valere, sia in via d'autonoma azione⁹², che in via d'eccezione nei giudizi in cui rilevino gli effetti del patto.

L'eccezione di nullità, in applicazione analogica dell'art. 1421 c.c., è rilevabile dal giudice anche d'ufficio. Si impone pertanto la necessità di coordinare tale regime con quello dettato in ordine all'eccezione di difetto di giurisdizione⁹³. Nel caso di giudizio instaurato nel foro prorogato (il cui unico titolo di giurisdizione sia costituito dall'accordo), se il convenuto costituito abbia tempestivamente eccepito il difetto di giurisdizione, il giudice potrà dichiarare l'insussistenza della propria *potestas iudicandi*, anche sulla base della nullità dell'accordo risultante *ex actis*, pur non eccepita dal convenuto. Qualora, poi, il convenuto rimanga contumace il giudice potrà dichiarare *ex officio* il difetto di giurisdizione sulla base del rilievo, parimenti officioso, della nullità della proroga.

Nel caso, invece, in cui sia adito uno dei giudici derogati e il convenuto eccepisca il difetto di giurisdizione in forza dell'accordo, il giudice potrà rigettare l'eccezione sulla base del rilievo della nullità dell'accordo medesimo, anche in assenza di una replica dell'attore specificatamente volta a farla valere.

Una volta riconosciuta la capacità di esser parte a tutti coloro che debbono riguardarsi, alla stregua della legge loro applicabile, come soggetti di diritto, si pone per tutti i soggetti diversi dalle persone fisiche il problema di come essi possano manifestare la loro volontà negoziale e concludere così un accordo sulla giurisdizione. Viene allora in rilievo la questione della c.d. rappresentanza organica⁹⁴, ossia lo strumento predisposto dall'ordinamento affinché i soggetti di diritto diversi dalle persone fisiche possano concreta-

⁹² Sulla ammissibilità di una simile azione e, più in generale, delle azioni relative alla validità ed efficacia di un accordo sulla giurisdizione v. *infra*, § 7.

⁹³ Si esclude, dunque, anche in questo caso la possibilità di applicare all'eccezione di nullità dell'accordo la disciplina relativa al rilievo dell'eccezione di difetto di giurisdizione per le ragioni vedute *supra*, § 3.

⁹⁴ È assai dubbio in dottrina che la c.d. rappresentanza organica sia una vera e propria ipotesi di rappresentanza: mancherebbe qui quella dualità tra rappresentante e rappresentato, atteso che l'organo è parte integrante della struttura dell'ente: così, pur con diversità d'accenti, PUGLIATTI, *Programma introduttivo* cit., p. 517; FALZEA, *Il soggetto* cit., pp. 171 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali* cit., pp. 273 s.; NATOLI, *La rappresentanza* cit., pp. 31 s.; ID., voce «Rappresentanza» cit., p. 471; BRUSCUGLIA, *La rappresentanza legale*, in NATOLI, *La rappresentanza* cit., p. 138; D'AVANZO, voce «Rappresentanza» cit., p. 802; MIRABELLI, *Dei contratti* cit., sub artt. 1387-1388, p. 358; D'AMICO, voce «Rappresentanza, I) Diritto civile», in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, p. 5; BIGLIAZZI GERI, *La rappresentanza* cit., p. 11. Nel senso invece che questa sia pur sempre una ipotesi di rappresentanza v. invece GALGANO, *Il negozio*

mente partecipare alle vicende del traffico giuridico. Questa sarà sempre disciplinata dalla legge italiana, con riguardo sia agli accordi *ex art.* 4 l. n. 218/1995, sia ai patti *ex art.* 23/25 Reg., ove pattuiti a favore del giudice italiano, senza che possa qui avere rilievo la legge eventualmente scelta dalle parti.

Per permettere agli enti collettivi di far valere le loro posizioni giuridiche nell'ambito del processo sono dettati i commi 3 e 4 dell'art. 75 c.p.c. ove si stabilisce che «[L]e persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge e dello statuto» e che «[L]e associazioni e i comitati che non sono persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo delle persone indicate negli artt. 36 e segg., Codice civile»⁹⁵. Tali norme pongono, a mio avviso due regole: anzitutto una regola generale che attribuisce la rappresentanza processuale agli organi degli enti collettivi cui la legge o lo statuto conferiscono il potere rappresentativo nel campo sostanziale⁹⁶; inoltre un richiamo alla legge applicabile a tali enti e allo statuto, ove questi dettino

cit., p. 340; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 79; DI GREGORIO, voce «*Rappresentanza legale*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 297.

Chiaramente i termini del problema mutano allorché si accolga la concezione recentemente elaborata della rappresentanza (volontaria) come meccanismo volto a imputare giuridicamente una dichiarazione negoziale a un soggetto diverso dal suo autore in senso psicologico-materiale (v. *supra*, § 1). In quest'ottica, le due forme di rappresentanza sarebbero accostabili perché in entrambe si avrebbe una imputazione giuridica della fattispecie a un soggetto diverso da quello da cui l'atto fattualmente proviene (così DELLE MONACHE, *La «contemplatio»* cit., p. 232). Esse però si possono pur sempre distinguere sia per il loro ambito di operatività, atteso che la rappresentanza volontaria attiene solo a dichiarazioni negoziali, mentre l'altra riguarda anche atti differenti, leciti ed illeciti; sia per il modo in cui l'imputazione si produce: nella prima è essenziale la spendita del nome altrui; invece nella seconda è la stessa posizione di organo che «implica di per sé (almeno per gli atti illeciti o comunque non consistenti in dichiarazioni) l'attrazione della fattispecie all'ente collettivo» (v. DELLE MONACHE, *La «contemplatio»* cit., p. 233).

La dottrina, infine, non ha mancato di rilevare che, anche con riguardo agli enti collettivi si possono dare casi di vera e propria rappresentanza allorché «il soggetto agente si valga di una legittimazione non rientrante nella sua normale sfera di competenza quale organo, di una legittimazione conferitagli *ad hoc*» (cfr. NATOLI, voce «*Rappresentanza*» cit., p. 471; BIGLIAZZI GERI, *La rappresentanza* cit., p. 12; MIRABELLI, *Dei contratti* cit., *sub art.* 1387-1388 riconduce al fenomeno della rappresentanza vera e propria anche l'ipotesi in cui l'organo agente sia diverso da quello che forma la volontà del soggetto collettivo).

⁹⁵ La norma si riferisce sia alla c.d. rappresentanza organica sia all'eventuale rappresentanza volontaria dell'ente collettivo (su cui v. la nota precedente in fine): cfr. MANDRIOLI, *La rappresentanza* cit., pp. 239 ss.; ID., *Delle parti*, cit., *sub art.* 75, pp. 902 ss.

⁹⁶ Così anche MANDRIOLI, *La rappresentanza* cit., p. 240, seppur senza aver riguardo alle questioni internazional-processualistiche.

norme speciali in tema di rappresentanza processuale, che derogano alla regola generale. Dalla lettera della legge sembra che il contenuto precettivo dell'art. 75, cc. 3 e 4, si limiti a questo secondo aspetto, tuttavia si deve ammettere l'esistenza anche di una regola direttamente attributiva della rappresentanza processuale, altrimenti non si saprebbe come determinarla in tutte le ipotesi di silenzio della legge o dello statuto richiamati dall'art. 75.

Queste regole attengono allo «stare in giudizio» e perciò limitano il loro ambito di operatività agli atti che si compiono nel processo, tuttavia sembra sussistere *quell'eadem ratio* idonea a permetterne l'applicazione analogica rispetto agli accordi sulla giurisdizione. Anche in questo campo sussiste infatti l'esigenza di garantire a soggetti di diritto diversi dalle persone fisiche la concreta possibilità di compiere atti che, pur non avendo luogo nel processo, hanno comunque natura ed effetti processuali.

Anzitutto opererà in via analogica la prima delle due regole contenute nell'art. 75, cc. 3 e 4, c.p.c. e pertanto, ove gli organi di un ente collettivo abbiano la rappresentanza sostanziale dell'ente, avranno anche il potere rappresentativo per concludere degli accordi sulla giurisdizione in nome e per conto dell'ente medesimo⁹⁷. La sussistenza della rappresentanza sostanziale dovrà essere verificata alla stregua della legge applicabile alle società e agli altri enti collettivi pur privi di personalità giuridica⁹⁸ *ex* art. 25 l. n. 218/1995, e dunque alla legge dello Stato in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione dell'ente (o la legge italiana se comunque la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'ente si trovi in Italia). Tale legge, infatti, a norma dello stesso art. 25, c. 2, lett. e, f, regola anche i poteri degli organi e la rappresentanza dell'ente. Non sempre però si dovrà far riferimento alla *lex societatis*. Qualora infatti vengano in rilievo fenomeni di soggettività, non ricollegati all'esistenza di un ente collettivo, opererà la legge applicabile alla materia nell'ambito della quale tali fenomeni si presentano. Così, ad esempio, per stabilire chi ha la rappresentanza sostanziale (e così anche quella a concludere accordi sulla giurisdizione) della comunione legale tra coniugi (sempre che essa si possa considerare soggetto di diritto e così capace di

⁹⁷ In Germania si ritiene invece che l'individuazione del soggetto cui spetta la rappresentanza legale pertenga – a seconda dei casi – alla legge applicabile ai rapporti tra genitori e figli (individuata dall'art. 21 EGBGB) o alla tutela e alla curatela (stabilita dall'art. 24 EGBGB): v. GEIMER, *Internationales* cit., p. 779; SCHACK, *Internationales* cit., p. 209; BORK, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 2, cit., *sub* § 55, p. 137; LINDACHER, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, Band 1, cit., *sub* § 55, p. 427; NAGEL, GOTTWALD, *Internationales* cit., p. 245.

⁹⁸ In tal senso, cfr. BENEDETTI, in *Commentario* cit., in *Le nuove leg. civ. comm.*, 1996, *sub* art. 25, pp. 1111 s.

esser parte) ci si riferirà alla legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra i coniugi (art. 30 l. n. 218/1995); per il condominio degli edifici, si terrà in considerazione la legge applicabile ai diritti reali, ossia la *lex rei sitae* (art. 51 l. n. 218/1995); per la comunione ereditaria e l'eredità giacente si avrà riguardo alla legge applicabile alle successioni per causa di morte (art. 46 l. n. 218/1995).

Si è già considerato che l'art. 75, cc. 3 e 4, c.p.c. non contiene soltanto una regola che istituisce un parallelismo tra rappresentanza processuale e rappresentanza sostanziale, ma anche un diretto richiamo alla legge applicabile al soggetto di diritto *de quo agitur* (nonché al suo eventuale statuto), ove questa detti norme speciali in tema di rappresentanza processuale, che misconoscano quel generale parallelismo. Tale rinvio ha luogo anche nel campo degli accordi sulla giurisdizione, con la conseguenza che opereranno in Italia le eventuali norme speciali, dettate dalla legge applicabile o dallo statuto, che disciplinano la rappresentanza degli enti collettivi a concludere accordi sulla giurisdizione senza riannodarla alla rappresentanza sostanziale. Tali norme potranno aver specifico riguardo agli accordi sulla giurisdizione, oppure essere relative agli accordi arbitrali, o più in generale, agli atti processuali, purché in questi ultimi due casi se ne possa affermare l'applicabilità analogica ai patti sulla competenza giurisdizionale.

Va però rilevato che le norme speciali della legge applicabile non potranno operare al fine di negare la rappresentanza a concludere la clausola sulla giurisdizione ad organi che hanno la rappresentanza a concludere il contratto cui la clausola si riferisce. Ciò in forza dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. che prevarrà su quelle norme, quale regola processuale "dettata" in via analogica dalla *lex fori* in ordine a una particolare tipologia di accordi sulla giurisdizione⁹⁹.

Nel caso di difetto o eccesso dai limiti del potere rappresentativo troverà applicazione il medesimo regime già esaminato con riguardo alla rappresentanza volontaria¹⁰⁰, qualora non si rinverranno delle deroghe nella specifica disciplina stabilita per la rappresentanza dei singoli enti collettivi. In particolare, opereranno in questo campo le varie e differenti regole in tema

⁹⁹ Diverso è invece il discorso nel caso in cui sia lo statuto a negare (esplicitamente o implicitamente) il potere di rappresentanza a concludere la clausola sulla giurisdizione all'organo, cui pur attribuisce il potere rappresentativo con riguardo al contratto cui la clausola si riferisce. Qui l'autonomia statutaria prevale rispetto alla previsione dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c., che è da considerare norma dispositiva e non imperativa (v. *supra*, § 2, nota 31)

¹⁰⁰ Cfr., in tal senso, (GALGANO), VISINTINI, in AA. VV., *Degli effetti cit., sub artt.* 1398-1399, p. 335; STELLA, *La rappresentanza*, cit., p. 1009.

di inopponibilità da parte dell'ente dei limiti del potere di rappresentanza dei propri organi (v. l'art. 19 per le associazioni e le fondazioni; l'art. 2298 c.c. per le s.n.c. e, in forza del rinvio operato dall'art. 2315, per le s.a.s.; l'art. 2384, c. 2, c.c. per le s.p.a., e per le s.a.p.a. ex art. 2454 c.c.; infine l'art. 2475-bis per le s.r.l.).

6. La capacità di stipulare gli accordi sulla giurisdizione

Qualora sia la legge italiana a disciplinare la capacità di stipulare gli accordi sulla giurisdizione e, dunque, allorché si abbia a che fare con dei patti ex art. 4 l. n. 218/1995 o ex art. 23/25 Reg. a favore dei giudici italiani¹⁰¹, ci si dovrà riferire all'art. 75 c.p.c.¹⁰². Tale norma disciplina la capacità di «stare in giudizio»¹⁰³, ossia la capacità di compiere gli atti processuali in senso

¹⁰¹ Con riguardo agli accordi sulla giurisdizione previsti dal sistema di Bruxelles la dottrina – una volta rilevato il silenzio del diritto comunitario sul punto – ha affermato l'operatività della legge applicabile secondo le norme di conflitto del foro concretamente adito (v. gli AA. cit. supra § 2 nota 17, nel primo paragrafo cui adde MARI, *Diritto* cit., p. 682; GOTHOT, HOLLEAUX, *La Convention entre les Etats membres* cit., p. 764. Nel senso – qui preferito – della applicabilità della *lex fori prorogati* cfr. invece C. KOHLER, *Internationale* cit., p. 268.

¹⁰² QUEIROLO, *Gli accordi* cit., pp. 220 s., muovendo dalla qualificazione degli accordi sulla giurisdizione come negozi sostanziali con effetti processuali, ritiene al contrario che la capacità di concludere tali patti sia disciplinata dalla legge applicabile alla capacità di agire, (v. pp. 203 ss.); così anche B. UBERTAZZI, *La capacità* cit., p. 342, che afferma il carattere contrattuale delle clausole sulla giurisdizione. L'A. reputa peraltro che la *lex patriae* venga in rilievo solo ove non si abbia a che fare con clausole relative a negozi conclusi nell'ambito del commercio internazionale: in quest'ultimo caso opera - a Suo avviso - la legge scelta dalle parti con riguardo alla clausola o la legge che disciplina il contratto principale.

¹⁰³ Vi è invero chi dubita che l'art. 75 c.p.c. venga immediatamente in rilievo ai fini della disciplina della capacità processuale e ritiene che la questione sia soggetta alle norme di conflitto del foro sulla capacità di agire (così MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio: diritto internazionale privato*, 2ª ed., in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, 4, Torino, 1964, p. 147, che tuttavia ritiene operante anche la *lex loci actus*, sicché lo straniero potrà agire in Italia quando risulti capace secondo la legge italiana; BADIALI, *Personalità* cit., pp. 104 ss., rilevando che la *lex fori* disciplina solo le questioni più direttamente collegate con l'amministrazione della giustizia, intesa come prerogativa e funzione istituzionale di un ente sovrano; B. UBERTAZZI, *La capacità* cit., p. 248; EAD., *La capacità processuale nel diritto internazionale privato*, in *Int'l lis*, 2006, p. 144, sulla base della nozione ampia di capacità generale di agire elaborata dall'A. ai fini dell'applicazione dell'art. 23, c. 1, prima parte, l. n. 218/1995). In quest'ottica l'art. 75 c.p.c. potrebbe venire in rilievo solo ove si tratti di stabilire la capacità processuale di un cittadino italiano. A me sembra, tuttavia, che il carattere sicuramente processuale della questione imponga l'applicazione della *lex fori* (in tal senso v., prima

stretto e non può quindi trovare applicazione *diretta* rispetto ad atti che sono processuali, ma solo in senso lato¹⁰⁴. Nondimeno, se ne deve ritenere possibile l'applicazione analogica¹⁰⁵, sia perché viene in giuoco in entrambi i casi l'*eadem ratio* della tutela della persona che non è in grado di rendersi conto (o di rendersi conto compiutamente) del significato di atti che pur sono tutti di natura processuale; sia perché è ragionevole pensare che ove la legge abbia posto determinati requisiti di capacità con riguardo (*inter alia*) alla proposizione della domanda giudiziale, ossia all'atto di esercizio del potere d'azione, medesimi requisiti debbano valere per compiere un atto con cui si incide su quello stesso potere¹⁰⁶.

della l. n. 218/1995, MORELLI, *Diritto* cit., 2^a ed., cit., pp. 32 s.; ATTARDI, *Della giurisdizione* cit., *sub* art. 2, pp. 29 s.; CAPOTORTI, *Lezioni* cit., p. 148; ID., *La capacità* cit., p. 260; STARACE, *La rappresentanza* cit., pp. 171 s.; MOSCONI, voce «Capacità nel diritto internazionale privato», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 233; dopo la riforma del nostro sistema di diritto internazionale privato si veda U. VILLANI, voce «Capacità» cit., pp. 187 s.; BARUFFI, in *Commentario* cit., in *Le nuove leg. civ. comm.*, 1996, *sub* art. 23, pp. 1097 s.): come infatti si è già considerato l'imperio di questa si estende all'intero campo processuale, in difetto di una contraria previsione espressa o anche solo implicita (v. primo volume, cap. II, § 1)

¹⁰⁴ Nel senso della non applicabilità diretta dell'art. 75 c.p.c., cfr. GAJA, *La deroga* cit., p. 269. Di diverso avviso, invece, ATTARDI, *Della giurisdizione* cit., *sub* art. 2, p. 29, il quale ritiene che l'art. 75 c.p.c. disciplini - sembra in via diretta e non soltanto analogica - la capacità di compiere qualsiasi atto processuale, sia in senso stretto che in senso lato.

¹⁰⁵ In tal senso v. GAJA, *La deroga* cit., p. 270; AMATO, voce «Anderogabilità» cit., p. 602, che però non specifica se si tratta di applicazione diretta o analogica; allo stesso modo pure DI BLASE, voce «Deroga alla giurisdizione», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV^a ed., V, Torino, 1989, p. 308; ATTARDI, *Della giurisdizione* cit., *sub* art. 2, pp. 29 s., invece sembra affermarne l'applicazione diretta (v. nota precedente). Tutti gli AA. citati si riferivano agli accordi di deroga alla giurisdizione riconosciuti dall'allora vigente art. 2 c.p.c.

¹⁰⁶ Nella dottrina tedesca si è ampiamente discusso se per concludere un *Prozessvertrag* la parte debba esser munita della *Prozessfähigkeit* (cfr. EHRENZWEIG, *Besprechung* cit., pp. 242 s.; NEUNER, *Privatrecht* cit., p. 112, con riguardo agli accordi arbitrali) o invece della *Geschäftsfähigkeit* (così J. KOHLER, *Über processrechtliche Verträge* cit., pp. 194 s.; K. HELLWIG, *System* cit., p. 449; SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen* cit., p. 141; NIKISCH, *Zivilprozeßrecht* cit., p. 102, con specifico riguardo ai *Gerichtsstandsvereinbarungen*, ammettendo però la possibilità di conclusione dell'accordo con l'assenso (*Einwilligung*) del rappresentante legale nel caso di capacità di agire limitata (*beschränkte Geschäftsfähigkeit*); nel medesimo senso BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff* cit., p. 226; SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., *sub* § 1030, p. 417, relativamente agli accordi arbitrali). Vi è poi chi distingue a seconda che l'accordo sia concluso all'interno del processo o meno, ritenendo che nel primo caso sia necessaria la *Prozessfähigkeit* (NIKISCH, *Zivilprozeßrecht* cit., p. 221, ad avviso del quale per gli accordi conclusi al di fuori del processo sarebbe invece sufficiente la *Geschäftsfähigkeit*; nel medesimo senso H.J. HELLWIG, *Zur Systematik* cit., p. 95; HENCKEL, *Prozeßrecht* cit., p. 74, con riguardo ai *Gerichtsstandsvereinbarungen*; LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 3,

Venendo alla disciplina concretamente stabilita dall'art. 75 c.p.c., si deve ritenere che esso contenga due distinte prescrizioni in tema di capacità di stare in giudizio: anzitutto è dettata una regola che attribuisce *direttamente* tale capacità alle «persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere»; a ciò poi si affianca un *richiamo* alle «norme che regolano la capacità» delle parti.

sub Anhang vor § 128, pp. 113 s., il quale reputa che per i *Prozessverträge* pattuiti al di fuori del giudizio sia richiesta in via alternativa la *Prozessfähigkeit* o la *Geschäftsfähigkeit*; così anche ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 349). Questo dibattito ha una rilevanza non solo teorica, ma anche pratica: infatti, solo qualora basti la capacità di agire, nel caso di capacità limitata sarà sufficiente il consenso della parte semi-capace e l'assenso del rappresentante legale, altrimenti si dovrebbe negare al soggetto limitatamente capace la possibilità di concludere un accordo processuale, se non per mezzo del suo *gesetzlicher Vertreter*. G. WAGNER, *Prozessverträge*, cit., pp. 283 s. ritiene anzitutto che il dibattito possa perder di rilevanza pratica qualora si giungesse per via interpretativa a una - per Lui auspicabile - perfetta armonia tra il regime della capacità processuale e della capacità di agire anche con riguardo alle ipotesi di capacità limitata; l'A., "in subordine", si pronuncia per l'applicazione delle norme sostanziali relative alla capacità di agire, avendo specificatamente riguardo agli accordi processuali collegati ad un contratto (e così, ad es., alle clausole compromissorie, o sulla giurisdizione). Egli rileva, da un lato, che solo un tal soluzione permette una unitaria disciplina sia del contratto sia dell'accordo-clausola, dall'altro, che l'accordo deve ritenersi un *accidentale negotii* processuale del contratto principale. A questi argomenti si può replicare che, anzitutto, nel diritto italiano l'unitaria valutazione del contratto e della clausola (arbitrale o sulla giurisdizione) è già garantita dall'applicazione della norma processuale contenuta nell'art. 808, c. 2, ultima parte c.p.c., sicché da noi, per raggiungere un simile scopo, non vi è alcuna necessità di rimettere al diritto sostanziale la disciplina della capacità di concludere un accordo sulla giurisdizione. Inoltre, l'autonomia della clausola arbitrale e sulla giurisdizione dal contratto cui si riferiscono (su cui v. primo volume, cap. I, § 8) impedisce di ravvisare in queste un elemento accidentale di carattere processuale del contratto stesso.

A me sembra che la necessità di far riferimento all'art. 75 c.p.c. sia dettata dal fatto che gli accordi sulla giurisdizione sono negozi processuali, per cui la loro disciplina deve esser ricercata in primo luogo nel diritto processuale, solo se qui non si ravvisi alcuna norma applicabile in via diretta o analogica, si dovrà far ricorso, in via residuale, alle norme dettate dal diritto sostanziale. Deve poi escludersi la possibilità di distinguere tra accordi conclusi al di fuori e all'interno del processo: essi non mutano la loro natura a seconda della sede in cui sono pattuiti: non possono diventare atti processuali in senso stretto solo perché si perfezionano davanti al giudice (in senso critico rispetto alla distinzione v. G. WAGNER, *Prozessverträge*, cit., pp. 285 s.).

Va comunque rilevato che, con riguardo agli accordi sulla giurisdizione, la dominante dottrina tedesca limita oramai l'imperio della *lex fori* alle sole questioni relative all'ammissibilità, agli effetti e alla forma, rimettendo tutte le altre alla legge applicabile secondo le norme di conflitto tedesche (v. primo volume, cap. II, § 1, cui si rinvia anche per le debite distinzioni tra le varie posizioni). Pertanto il dibattito, cui si è dato sinteticamente conto in questa nota, sarà rilevante per i patti sulla competenza giurisdizionale solo allorché la capacità della parte sia disciplinata dalla legge tedesca e dunque - in virtù dell'art. 7 EGBGB - quando questa sia di cittadinanza tedesca.

Dal tenore del primo comma della norma sembrerebbe che il nostro codice contenga soltanto una regola direttamente attributiva della capacità processuale¹⁰⁷. Va tuttavia considerato che nel secondo comma si stabilisce che «le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate *secondo le norme che regolano la loro capacità*». Se si escludesse che quest'ultime norme possano derogare alla previsione del primo comma, la legge verrebbe in taluni casi a stabilire un regime di rappresentanza, assistenza o autorizzazione per soggetti che, in virtù dell'art. 75 c.p.c., sarebbero perfettamente capaci di stare in giudizio; o, al contrario, escluderebbe la rappresentanza, assistenza o autorizzazione per soggetti che pur sarebbero incapaci in base all'art. 75, c. 1, c.p.c. Ne seguirebbe in ambedue le ipotesi una contraddizione normativa, che può essere evitata solo ove si ritenga che il richiamo alle norme regolatrici della capacità delle parti sia – implicitamente – compiuto già con

¹⁰⁷ La dottrina che assoggetta la disciplina della capacità processuale all'art. 75 c.p.c. (v. *supra* nota 103) non ha per solito preso posizione sul punto. Tuttavia, si afferma sempre che la norma ricollega la capacità processuale alla capacità di agire (la cui esistenza è da verificare alla stregua della legge a questa applicabile), e da ciò si può dedurre che – ad avviso di questi AA. – l'art. 75 c.p.c. contenga solo la prima delle regole esposte nel testo. Più chiaro risulta in tal senso MORELLI, *Diritto* cit., 2^a ed., pp. 33 s., che afferma: «[L]’applicabilità della legge straniera nel campo della capacità processuale è semplicemente una conseguenza del rinvio che la norma processuale fa alla norma relativa alla capacità di agire»; «non si potrà nel processo italiano, fare richiamo a norme straniere dirette specificatamente a regolare la capacità».

¹⁰⁸ Un tal richiamo non sarebbe a rigore necessario allorché la parte di cui si debba giudicare la capacità sia italiana. In tal caso si avrebbe infatti a che fare con due prescrizioni configgenti sulla capacità processuale entrambe appartenenti all'ordinamento italiano. Il dissidio tra di esse verrebbe allora agevolmente composto in virtù del principio per cui *lex specialis derogat legi generali* e quindi con prevalenza della norma speciale dettata dal codice civile in tema di capacità processuale di un determinato soggetto (ad es. minore emancipato) su quella dell'art. 75, c. 1, c.p.c., relativa alla generalità dei soggetti. Al medesimo esito non si potrebbe invece giungere allorché sia applicabile alla capacità della parte una legge straniera. In una simile ipotesi – in difetto di un apposito richiamo – non potrebbe operare la norma straniera che disciplina la capacità processuale in modo diverso rispetto all'art. 75, c. 1, c.p.c., perché si tratta di una norma processuale, come tale non ricompresa nel rinvio alle norme sostanziali in tema di capacità di agire contenuto nell'art. 75, c. 1, c.p.c. Ne seguirebbe allora l'operatività dell'art. 75, c. 1, c.p.c. per stabilire la capacità processuale dello straniero e invece della legge nazionale di questo – richiamata dal secondo comma dell'art. 75 – con riguardo alla rappresentanza processuale e all'assistenza. Vi è così il rischio che abbia luogo quella contraddizione normativa di cui si parla nel testo e che può essere evitata solo ove si ammetta che l'art. 75 c.p.c. contenga un (implicito) richiamo alle norme processuali straniere, permettendo così che queste possano derogare alla regola generale in tema di capacità processuale operante nel nostro ordinamento.

riguardo alla capacità processuale e non esclusivamente con riguardo alla rappresentanza o assistenza degli incapaci^{108 109}.

Esaminiamo ora più in dettaglio le due regole poste dall'art. 75 in tema di capacità processuale. La prima crea un parallelismo con la capacità di agire, in virtù del quale chi sia dotato di quest'ultima in relazione a un determinato atto avrà anche la capacità di stare in giudizio con riguardo ai diritti e rapporti che da tale atto discendono. La capacità di agire dovrà essere determinata in base alla legge che l'art. 23 l. n. 218/1995 chiama ad applicazione: questa sarà, per la maggior parte delle volte, la legge nazionale della parte

¹⁰⁹ Quella qui proposta corrisponde – almeno in prima approssimazione (si rinvia *infra* alla nota 114 per le debite distinzioni – alla disciplina della capacità processuale vigente in Germania, quale risulta, peraltro in maniera più chiara dai §§ 50, 51 e 55 ZPO. Più in particolare, il § 50 – relativamente alla capacità processuale e alla necessità della rappresentanza processuale o dell'autorizzazione degli incapaci – effettua un richiamo alle previsioni del diritto civile, facendo salve le diverse disposizioni dettate dai paragrafi ad esso successivi (richiamo che risulta del resto privo di oggetto, poichè il BGB – a differenza del nostro codice civile – non contiene alcuna norma “speciale” sulla *Prozessfähigkeit*: v. BORK, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 2, cit., sub § 51, p. 114). Il § 51 detta invece una regola che attribuisce la *Prozessfähigkeit*, a tutti coloro che siano dotati della capacità di obbligarsi per contratto (*materiellrechtliche Verpflichtungsfähigkeit*). Infine, il § 55 specificatamente dedicato alla capacità processuale dello straniero prevede che colui che secondo il suo diritto nazionale non ha la capacità di stare in giudizio nondimeno deve ritenersi capace allorchè la legge tedesca conferirebbe a un tedesco nella medesima situazione la *Prozessfähigkeit*. La norma presuppone pertanto che la capacità processuale dello straniero debba in prima battuta esser valutata sulla base della legge nazionale di questi (tale opinione originariamente sostenuta da PAGENSTECHER, *Werden die Partei-* cit., pp. 278 ss. è stata poi accolta dalla maggioritaria dottrina tedesca: v. RIEZLER, *Internationales* cit., pp. 420 s.; GOTTWALD, *Die Stellung des Ausländers im Prozess*, in HABSCHIED, BEYS (hrsg. von), *Grundfragen des Zivilprozessrechts – die internationale Dimension*, Bielefeld, 1991, pp. 71 ss.; GEIMER, *Internationales* cit., p. 778 s.; NAGEL, GOTTWALD, *Internationales* cit., pp. 244 s.; SCHACK, *Internationales* cit., p. 208, p. 189; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 219; LINDACHER, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, Band 1, cit. sub § 55, p. 426; BORK, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., sub § 55, pp. 135 s.; HAUSMANN, in *Staudingers Kommentar zur BGB*, Art 7, 9-12, 47 EGBGB, pp. 51 ss.; JAECKEL, *Die Reichweite* cit., pp. 94 ss; nel senso invece che la *lex patriae* sia chiamata solo a determinare se lo straniero abbia la capacità di obbligarsi contrattualmente v. SCHÜTZE, *Deutsche* cit., p. 113, rilevando che una questione processuale deve esser retta dalla *lex fori* e non dalla legge straniera; così anche, sia pure implicitamente, BGH, 7 dicembre 1955, in *JZ*, 1956, p. 535, con nota critica di NEUHAUS). La medesima disciplina qui delineata vige altresì in Austria in virtù dei §§ 1 e 3 öZPO corrispondenti ai §§ 51 e 55 dZPO (v. KRALIK, *Die Prozessfähigkeit des Ausländers*, in *ZfRV*, 1970, pp. 161 ss.).

che disciplina la capacità di agire generale^{110 111}; talora però potrà venire in considerazione la legge regolatrice dell'atto concretamente rilevante, ove questa detti delle condizioni speciali di capacità¹¹².

La seconda regola consiste in un richiamo alle norme che regolano la capacità e così alle norme della legge nazionale delle parti, o eventualmente alla legge regolatrice dell'atto, ove detti delle condizioni speciali di capacità¹¹³.

¹¹⁰ In tal senso cfr. U. VILLANI, voce «Capacità cit.», pp. 187 s.; BARUFFI, in *Commentario cit.*, in *Le nuove leg. civ. comm.*, 1996, sub art. 23, pp. 1097 s.

¹¹¹ Si deve però tener conto che le norme di conflitto della legge nazionale, qualora non utilizzino il criterio di collegamento della cittadinanza per determinare la legge applicabile alla capacità di agire, possono rinviare ad un'altra legge. In tal caso si dovrà tener conto di ciò, in forza dell'art. 13 l. n. 218/1995, purché si tratti di rinvio alla legge italiana (c.d. rinvio indietro) o a una legge che accetta il rinvio (c.d. rinvio oltre accettato).

¹¹² In tal senso v. U. VILLANI, voce «Capacità cit.», p. 188, nota 78; CAPOTORTI, *Lezioni cit.*, p. 149; ID., *La capacità cit.*, p. 261 nega invece rilievo alle condizioni speciali di capacità stabilite dalla legge regolatrice dell'atto al fine di determinare la capacità processuale del soggetto; nello stesso senso BADIALI, *Personalità cit.*, pp. 113 ss. (che vi dà rilievo nel solo caso in cui tale legge disciplini altresì la capacità processuale con riguardo ai giudizi relativi a diritti derivanti dall'atto stesso). A sostegno di quanto affermato nel testo, si deve rilevare che tali norme vengono ad incidere (in senso positivo o negativo) sulla capacità di agire di un soggetto, quale disciplinata dalla sua legge nazionale. Se non se ne tenesse conto verrebbe meno il nesso stabilito dall'art. 75 c.p.c. tra capacità processuale e capacità di agire in relazione all'atto da cui discendono i diritti o rapporti che costituiscono oggetto del giudizio. Così, ad es., se la legge regolatrice del rapporto di lavoro prevede che anche il minorenni, superata una certa età, abbia la capacità di prestare lavoro (ipotesi tipicamente ricondotta tra le condizioni speciali di capacità contemplate dall'art. 23, c. 1, ultima parte, l. n. 218/1995: v. BARUFFI, in *Commentario cit.*, in *Le nuove leg. civ. comm.*, 1996, sub art. 23, p. 1097; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte speciale*, cit., p. 9; ARMELLINI, in CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, 9^a ed. a cura di CIAN, Padova, 2009, sub art. 23 l. n. 218/1995, p. 3935; *contra* B. UBERTAZZI, *La capacità cit.*, p. 216 sulla base di una nozione peculiarmente ampia di capacità di agire generale; BADIALI, *Personalità cit.*, pp. 58 ss., che assoggetta la capacità di lavoro alla *lex personae*), senza però nulla prevedere in ordine alla sua capacità processuale (altrimenti ci troveremmo nel caso contemplato alla nota successiva), si dovrà ritenere che un tal minorenni in virtù dell(a prima regola dettata dall')art. 75, c. 1, c.p.c. sia munito della capacità processuale con riguardo ai giudizi relativi ai diritti che discendono dal contratto di lavoro.

¹¹³ Questa conclusione appare preferibile, atteso che l'art. 75 c.p.c. con l'espressione «norme che regolano la capacità» non può che intendere tutte quelle che vengono a determinare nel caso concreto quale sia la capacità un soggetto. Perciò non si deve far differenza a tali fini tra norme applicabili, perché disciplinanti la capacità di agire generale, o perché regolatrici delle condizioni speciali di capacità. Per fare un esempio si può pensare al caso in cui la legge regolatrice dell'atto non si limiti a stabilire delle condizioni speciali di capacità, ma ponga essa stessa anche delle regole speciali in ordine ai giudizi attinenti ai diritti e rapporti sorti da quell'atto: come l'art. 2, c. 2, c.c. il quale prevede che, ove delle leggi speciali stabiliscano un

Il richiamo è però effettuato non alle norme sostanziali che disciplinano la capacità di agire, ma invece alle norme processuali speciali (eventualmente contenute in “complessi normativi di diritto sostanziale”) che regolano la capacità processuale di determinati soggetti (o in relazione a determinati giudizi) in modo differente rispetto all’art. 75, c. 1, c.p.c.¹¹⁴. Ci troviamo dunque innanzi a uno dei casi in cui la *lex fori* richiama la legge straniera per disciplinare una questione di carattere processuale, quale innegabilmente è la *legitimatio ad processum*^{115 116}.

età inferiore ai 18 anni in materia di capacità di prestare il proprio lavoro, il minore è abilitato all’esercizio delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro.

¹¹⁴ È il caso di sottolineare che il richiamo alla legge nazionale della parte (o alla legge regolatrice dell’atto) attiene soltanto alle (eventuali) norme speciali di capacità (relative a determinati soggetti o a determinati giudizi) e non anche alla norma generale che questa adotta in tema di capacità processuale. La disciplina generale sulla capacità processuale è infatti già dettata dall’art. 75 c.p.c. senza far distinzione tra stranieri e italiani e si deve ritenere che questa sia esaustiva e tale da non poter essere derogata da una norma straniera – altrettanto generale – che stabilisce all’uopo un diverso regime. All’inverso, con riguardo alle norme speciali di capacità processuale, si dovrà ravvisare una “competenza esclusiva” riservata alla legge applicabile alla capacità, sicché le norme italiane potranno trovare applicazione solo se la parte sia italiana o, nel caso di condizioni speciali di capacità, se italiana sia la legge regolatrice dell’atto (per una diversa impostazione, volta ad applicare sempre nei giudizi italiani – siano parti cittadini o stranieri – le norme “speciali” di capacità processuale dettate dalla legge italiana v. MORELLI, *Diritto* cit., 2^a ed., pp. 33 s., sulla base della natura processuale di tali norme e del loro carattere speciale, che le fa prevalere sulla norma generale dell’art. 75, c. 1, c.p.c.; allo stesso esito giunge anche B. UBERTAZZI, *La capacità* cit., pp. 248 s.; EAD., *La capacità processuale* cit., p. 145 in virtù di una qualificazione – peraltro non adeguatamente argomentata – di tale regole come norme di applicazione necessaria). A questo punto risultano chiare le differenze tra la disciplina tedesca e quella italiana della capacità processuale: mentre in Italia la *lex fori* e la legge individuata dall’art. 23 l. n. 218/1995 hanno distinte “competenze”, atteso che la prima detta esclusivamente la regola generale *in puncto* di capacità processuale e la seconda viene in rilievo solo ove preveda norme speciali relative a determinati soggetti o a determinati processi; in Germania, invece, vi è un vero e proprio concorso alternativo tra la legge tedesca e la legge nazionale della parte, entrambe idonee a disciplinare la *Prozessfähigkeit* senza alcun limite dovuto a distinte sfere di “competenza”.

¹¹⁵ In Germania nel senso che il § 55 ZPO presupponga una norma di conflitto processuale che richiama la legge nazionale quale legge regolatrice della capacità processuale v. PAGENSTECHER, *Werden die Partei-* cit., pp. 278 ss.; SCHACK, *Internationales* cit., p. 208; LINDACHER, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, Band 1, cit. *sub* § 55, p. 426; JAECKEL, *Die Reichweite* cit., pp. 94 ss.

¹¹⁶ Ci si può chiedere se per questa norma di conflitto processuale valgano le disposizioni generali dettate dalla l. n. 218/1995 con riguardo alle norme di conflitto “sostanziali” e, in particolare, se si possa qui seguire il rinvio (indietro ed oltre accettato) compiuto dalla legge nazionale della parte ad una altra legge: in senso positivo v., in Germania, SCHACK, *Internationales* cit., p. 208, nota 4.

La duplice regola dettata dall'art. 75 c.p.c. in tema di capacità processuale può dunque essere così sintetizzata: una parte deve ritenersi capace di stare in giudizio quando la legge applicabile secondo l'art. 23 l. n. 218/1995 gli riconosce il libero esercizio del diritto dedotto nel processo, sempre che le norme processuali speciali di quest'ultima non dispongano altrimenti.

L'applicazione analogica di tale disciplina nel campo degli accordi sulla giurisdizione consente di affermare che la capacità di una parte di concludere un simile accordo è conferita a chi in base alla propria *lex patriae*, o eventualmente alla legge regolatrice dell'atto, è capace di agire con riguardo all'atto fonte dei diritti le azioni sui quali sono oggetto del pattuito accordo, sempre che tali leggi non prevedano all'uopo un diverso (più o meno rigoroso) regime. Questo differente regime, poi, non deve necessariamente consistere in norme specificatamente dettate in tema di capacità di concludere un accordo sulla giurisdizione: si può altresì trattare di norme che, pur relative alla capacità di pattuire una convenzione arbitrale o anche soltanto alla capacità di stare in giudizio, siano applicabili in via analogica ai patti sulla competenza giurisdizionale.

Qualora risulti applicabile la legge italiana, per essere la parte cittadina del nostro Paese, la capacità di concludere degli accordi sulla giurisdizione dovrà essere negata ai minori degli anni diciotto non emancipati e agli interdetti, poiché questi non hanno la capacità di agire, ma debbono essere rappresentati per «tutti gli atti civili» dai genitori o dal tutore a seconda dei casi¹¹⁷. Tale disciplina, peraltro, non trova deroga in particolari disposizioni (processuali) del codice civile e viene anzi confermata dagli artt. 320, c. 3, 375, n. 4, c.c. che prevedono la rappresentanza rispettivamente dei genitori e del tutore per la conclusione di accordi arbitrali.

Quanto ai minori emancipati e agli inabilitati, l'art. 394, c. 3, c. c., prevede che, per la stipula di un compromesso, è sempre necessaria l'assistenza del curatore nonché l'autorizzazione del giudice tutelare o del Tribunale a seconda dei casi. Da ciò si deduce l'incapacità di tali soggetti di pattuire compromessi e, in via analogica, pure gli accordi sulla giurisdizione¹¹⁸. La

¹¹⁷ V. l'art. 320, c. 1, c.c., con riguardo ai minori soggetti alla potestà dei genitori; l'art. 357 c.c., relativamente ai minori soggetti a tutela. Questa norma è poi applicabile anche all'interdetto in virtù del rinvio compiuto dall'art. 424, c. 1, c.c.

¹¹⁸ Non diversa negli esiti la posizione di ATTARDI, *Della giurisdizione* cit., sub art. 2, pp. 29 s., quanto a minori, interdetti e inabilitati. L'A. tuttavia parte dalla premessa che l'art. 75 c.p.c. ricolleggi la capacità processuale alla *piena* capacità di agire e non alla capacità di agire con riguardo all'atto che è fonte del diritto o rapporto oggetto del giudizio. Viene all'uopo invocata la formulazione letterale del secondo comma («le persone che non hanno il libero esercizio

capacità di concludere degli accordi sulla giurisdizione dovrà invece essere riconosciuta ai minori emancipati autorizzati all'esercizio di un'impresa commerciale, in virtù della prima regola stabilita dall'art. 75 c.p.c.: questi hanno piena capacità di compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione anche se estranei all'esercizio dell'impresa (cfr. art. 397, c. 3, c.c.) e potranno perciò stipulare patti sulla competenza giurisdizionale relativi a liti attinenti a questi atti.

Infine, le persone soggette ad amministrazione di sostegno, in difetto di contrarie indicazioni contenute nel decreto di nomina dell'amministratore (relative specificatamente agli accordi sulla giurisdizione, alle convenzioni arbitrali o anche solo alla capacità di stare in giudizio), si dovranno ritenere incapaci di concludere i soli accordi relativi a liti che trovano la loro fonte in atti per cui il decreto di nomina prescrive la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore¹¹⁹.

Per concludere sulla capacità di concludere un accordo sulla giurisdizione, ci si deve chiedere se in questo campo possa trovare applicazione analogica l'art. 23, c. 2, l. n. 218/1995, che sancisce i limiti di opponibilità del difetto di capacità nel caso di contratto concluso in uno stesso Stato. Questa è una norma di diritto internazionale privato materiale¹²⁰, poiché disciplina una fattispecie con elementi di estraneità rinunciando in parte al metodo della legge scelta di legge¹²¹. Pur presupponendo l'operatività della norma di conflitto, non è essa stessa una norma di conflitto la cui applicazione sarebbe impedita dall'operare, in campo processuale, dell'art. 12 l. n. 218/1995; è invece una norma materiale italiana che disciplina i limiti entro cui può aver rilievo l'incapacità di concludere contratti sancita dalla legge nazionale della

dei diritti non possono...»). Va tuttavia rilevato che il primo comma dell'art. 75 c.p.c. prevede che «[S]ono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti *che vi si fanno valere*». Sembra allora necessario dar prevalenza alla lettera di tale disposizione, che stabilisce la regola in ordine alla capacità processuale, e non invece – come l'A. – al secondo comma che si occupa della rappresentanza degli incapaci e perciò già presuppone la disciplina dell'art. 75, c. 1, c.p.c., sulla capacità.

¹¹⁹ Poca chiara a tal riguardo E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., sub art. 807, p. 134 che, in campo arbitrale, afferma *sic et simpliciter* l'applicabilità all'amministrazione di sostegno dell'art. 375 c.p.c. Sulla capacità processuale della persona soggetta ad amministrazione di sostegno e sul regime di rappresentanza, assistenza e autorizzazione che opera nei casi di incapacità v. NAPPI, in CONSOLO (diretto da), *Codice cit.*, I, sub art. 75, c. pp. 844.

¹²⁰ Cfr. BALLARINO, *Diritto cit.*, p. 198.

¹²¹ Sulle norme di diritto internazionale privato materiale v. BALLARINO, *Diritto cit.*, p. 196 ss.; ID., *Manuale breve cit.*, p. 59.

parte. Come tale, essa potrà operare anche con riguardo agli accordi sulla giurisdizione ove si ravvisi l'*eadem legis ratio*. La norma è volta a tutelare chi abbia concluso il contratto essendo senza colpa ignaro delle particolari disposizioni dettate *in puncto* di capacità di agire dalla legge nazionale della propria controparte negoziale. Una medesima esigenza di salvaguardia della buona fede si manifesta pure nel campo degli accordi sulla giurisdizione, con la conseguenza che non pare dubbio l'operare della norma in virtù dell'*analogia iuris*. Pertanto, nel caso di accordo sulla giurisdizione concluso nel medesimo Stato, il soggetto capace secondo la legge di tale Stato potrà opporre l'incapacità riconosciutagli dalla propria *lex patriae* solo se la controparte al momento della conclusione del patto era a conoscenza di tale incapacità o l'aveva ignorata per sua colpa.

Una volta determinate le ipotesi di incapacità, è necessario stabilire come questa può essere superata, ossia quali siano le modalità di rappresentanza o di assistenza degli incapaci nella stipulazione degli accordi sulla giurisdizione. Anche per tale questione si deve ritenere che l'art. 75 c.p.c. – a prescindere dalla sua formulazione letterale – contenga due differenti regole: una prima che direttamente stabilisce le modalità di rappresentanza o assistenza degli incapaci e una seconda che consiste in un richiamo alle norme che regolano la capacità delle parti. Qui la situazione è esattamente opposta a quella, già considerata, relativa alla capacità processuale: infatti mentre la seconda regola si ricava agevolmente dalla semplice lettura dell'art. 75, c. 2, c.p.c., ove si prevede che «[L]e persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità»; la prima regola non emerge invece dal testo della norma. Tuttavia è necessario ammetterne l'esistenza, altrimenti non vi sarebbe modo di stabilire il regime generale della rappresentanza o dell'assistenza processuali degli incapaci operante in mancanza di norme speciali sul punto dettate dalla legge nazionale delle parti^{122 123}.

¹²² Nel senso che l'art. 75, c. 2, c.p.c. non contenga un puro e semplice rinvio alle «norme che regolano la capacità», ma altresì conferisca direttamente al rappresentante quella che l'A. definisce “legittimazione processuale” v. MANDRIOLI, *La rappresentanza* cit., pp. 212 ss., che peraltro non ha specifico riguardo ai profili internazionale-processualistici della disciplina.

¹²³ In Germania si ritiene invece che l'individuazione del soggetto cui spetta la rappresentanza legale spetti – a seconda dei casi – alla legge applicabile ai rapporti tra genitori e figli (individuata dall'art. 21 EGBGB) o alla tutela e alla curatela (stabilita dall'art. 24 EGBGB): v. GOTTWALD, *Die Stellung* cit., pp. 75 s.; GEIMER, *Internationales* cit., p. 779; SCHACK, *Internatio-*

Si può pertanto affermare che l'art. 75 c.p.c. richiede, per gli atti del processo, lo stesso regime di rappresentanza, assistenza o autorizzazione che la legge sostanziale applicabile alla capacità di agire prevede per i negozi da cui discendono i diritti o i rapporti oggetto del giudizio, salvo diversa speciale previsione della legge che regola la capacità delle parti. La legge a cui fanno riferimento – seppur a fini differenti – ambedue queste regole è sempre la legge nazionale della parte¹²⁴.

Trasponendo tale disciplina nel campo degli accordi sulla giurisdizione si può affermare che, nel caso in cui sia parte dell'accordo un incapace, per la conclusione di un valido patto si dovranno osservare le modalità di rappresentanza, assistenza e autorizzazione previste dalla legge nazionale per gli atti le liti sui quali risultano oggetto dell'accordo, salvo speciali disposizioni della legge nazionale (dettate specificatamente in ordine agli accordi sulla giurisdizione, o con riguardo alle convenzioni arbitrali, o in generale agli atti processuali).

Vale la pena esaminare quale sia il regime della rappresentanza, assistenza o autorizzazione a concludere un patto sulla competenza giurisdizionale allorché una delle parti (o entrambe) sia di cittadinanza italiana e dunque si applichi la legge italiana in virtù dell'art. 23, c. 1, l. n. 218/1995, o degli artt. 36, 42, 43 l. n. 218/1995, che pur sempre richiamano la legge nazionale dell'incapace.

Se si tratta di minori, verrà anzitutto in rilievo l'art. 320, c. 3, c.c. che, in ordine ai compromessi relativi agli atti enumerati da questa stessa disposizione, attribuisce la rappresentanza ai genitori, subordinata, però, all'autorizzazione del giudice tutelare, nonché alla necessità o evidente utilità per il figlio¹²⁵. Negli altri casi, e dunque rispetto agli accordi relativi ad atti di or-

nales cit., p. 209; BORK, in STEIN, JONAS, *Kommentar cit.*, sub § 55, p. 137; NAGEL, GOTTWALD, *Internationales cit.*, p. 244.

¹²⁴ Infatti, anche se si ritiene che il regime di rappresentanza assistenza e autorizzazione degli incapaci non sia disciplinato dall'art. 23, ma invece dagli artt. 36, 42, 43 l. n. 218/1995, risulterà sempre applicabile la legge nazionale dell'incapace.

¹²⁵ Così, con riguardo ai compromessi, MIRABELLI, *La capacità cit.*, p. 223; RUSCELLO, *La potestà dei genitori, Rapporti patrimoniali, Artt. 320-323*, in SCHLESINGER (fondato da) *Il codice civile, Commentario*, diretto da BUSNELLI, Milano, 2007, sub art. 320, pp. 115 s.; PUNZI, *Disegno cit.*, I, p. 461; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato, cit.*, sub art. 807, pp. 134. Questi ultimi due AA. paiono ritenere che tale regime si applichi sempre, a prescindere dal fatto che il compromesso riguardi liti derivanti da un atto di ordinaria o straordinaria amministrazione. Questa opinione era giustificata alla luce della precedente formulazione dell'art. 807, c. 3, c.p.c., che sanciva l'applicabilità al compromesso delle disposizioni concernenti i contratti eccedenti l'ordinaria amministrazione (nel senso, invece che la norma

dinaria amministrazione, in forza della regola generale dettata dall'art. 75, c. 2, c.p.c. (oltre che argomentando *a contrario* dalla norma del codice civile), sarà senz'altro sufficiente la rappresentanza, anche disgiunta, dei genitori. In mancanza dei genitori, opererà in via analogica l'art. 375, c. 1, n. 4, c.c. e sarà perciò il tutore a rappresentare i minori nella conclusione di tali patti (siano essi relativi ad atti di ordinaria o straordinaria amministrazione), previa autorizzazione del tribunale, su parere del giudice tutelare¹²⁶.

L'operare *analogiā iuris* dell'art. 394, c. 3, c.c., dettato sempre in tema di compromesso, consente poi di affermare che il minore emancipato possa pattuire accordi sulla giurisdizione solo con l'assistenza del curatore e previa autorizzazione del giudice tutelare, se curatore è il genitore, o invece del tribunale su parere del giudice tutelare, negli altri casi¹²⁷.

In ipotesi di interdizione, sarà il tutore a rappresentare l'interdetto nella conclusione degli accordi sulla giurisdizione, previa autorizzazione del tribunale, su parere del giudice tutelare (si veda l'art. 424, c. 1, c.c. che rinvia alle norme sulla tutela dei minori).

Nel caso di inabilitazione, l'inabilitato potrà concludere accordi sulla giurisdizione solo con l'assistenza dal curatore e previa autorizzazione del giudice tutelare, se curatore è il genitore, o invece del tribunale su parere del giudice tutelare, nelle altre ipotesi (v. l'art. 424, c. 1, c.c. che rinvia alle norme sulla tutela dei minori emancipati).

Infine, nelle ipotesi in cui chi è soggetto all'amministrazione di sostegno non abbia la capacità processuale, questi potrà essere rappresentato dall'amministratore previa autorizzazione del giudice tutelare¹²⁸, o essere assistito

costituisse una deroga al principio fissato dall'art. 807, c. 3, c.p.c. v. RUSCELLO, *La potestà* cit., pp. 115 s.; ma non può più sostenersi dopo la novella del 2006 che ha soppresso tale norma, parificando così la capacità di concludere un compromesso a quella di compiere l'atto da cui originano le liti cui il compromesso medesimo è relativo (cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., sub art. 807, pp. 131 s.; NELA, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme* cit., sub art. 807, p. 1613; BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2013, pp. 44 s.).

¹²⁶ V., rispetto ai compromessi, MIRABELLI, *La capacità* cit., p. 225; PUNZI, *Disegno* cit., I, p. 461; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., sub art. 807, pp. 134.

¹²⁷ Cfr., in ordine al compromesso, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., sub art. 807, pp. 134; PUNZI, *Disegno* cit., I, pp. 461 s., il quale rileva però che, a seguito del venir meno del disposto di cui all'art. 807, c. 3, c.p.c., le formalità autorizzatorie-integrative della volontà dell'emancipato non sono più necessarie nel caso in cui il compromesso attenga a un rapporto rientrante nell'ordinaria amministrazione.

¹²⁸ Cfr. l'art. 411 c.c., che rinvia *inter alia* all'art. 375 c.c., ma stabilisce che i provvedimenti autorizzativi preveduti da tale norma siano pronunciati (non già dal Tribunale su parere del giudice tutelare, ma) dal giudice tutelare.

dal curatore, a seconda che per il compimento dell'atto da cui sorgono le controversie oggetto dell'accordo sulla giurisdizione si richieda la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore.

La disciplina sin qui delineata si applica a tutti gli accordi sulla giurisdizione regolati dalla legge italiana siano essi clausole sulla giurisdizione o meno. In ordine alle prime, poi, la capacità delle parti si potrà affermare anche qualora queste risultino capaci di concludere il contratto cui la clausola sulla giurisdizione si riferisce.

Si è già considerato, infatti, che l'art. 808, c. 3, ultima parte, c.p.c. deve trovare applicazione analogica rispetto alle clausole sulla giurisdizione, in ogni ipotesi in cui queste siano regolate dalla legge italiana. Si deve pertanto ritenere che un soggetto, pur incapace di stipulare un accordo sulla giurisdizione in base all'art. 75 c.p.c. (nella già veduta sua duplice valenza), abbia nondimeno la capacità di pattuire una clausola sulla giurisdizione, se ha la capacità di concludere, in forza della propria legge nazionale o della *lex contractus* che eventualmente preveda condizioni speciali di capacità, il contratto cui attiene la *jurisdiction clause* ¹²⁹.

Le conseguenze di un accordo sulla giurisdizione concluso da un soggetto incapace, o dal suo rappresentante non debitamente assistito, debbono ritenersi interamente disciplinate dalla legge italiana, se questa sia la legge regolatrice. Il richiamo effettuato da quest'ultima ad altre leggi non riguarda, infatti, l'intera materia della capacità di stipulare un accordo sulla giurisdizione, ma è limitato a due sole questioni rientranti in tale ambito: quella relativa alla sussistenza in capo a un soggetto della capacità di concludere un accordo sulla giurisdizione e quella attinente alle modalità di rappresentanza o assistenza di chi una simile capacità non abbia. In ordine, invece, alle conseguenze della violazione delle così individuate prescrizioni, la legge italiana non richiama alcuna legge straniera, per cui si deve concludere che sia essa stessa a disciplinare la questione.

Vi è allora da chiedersi se una simile violazione conduca all'annullabilità dell'accordo sulla giurisdizione, in virtù dell'applicazione analogica degli artt. 322, 377, 396, 427 e 1425, c. 1, c.c.

¹²⁹ Nel caso di accordo di deroga a favore di arbitrato estero, la capacità (in base a quanto considerato nel primo volume, cap. II, § 3), dovrà essere verificata alla stregua della legge applicabile alle parti e, dunque, in Italia, in base alla loro legge nazionale. Sarà questa sia a disciplinare la capacità della parte a concludere un simile accordo, sia a stabilire le modalità per la sua rappresentanza o assistenza, nel caso di incapacità. Se risulta applicabile la legge italiana, opereranno le già vedute norme del codice civile in tema di compromesso e, per le clausole compromissorie, altresì l'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c.

La dottrina che ha ragionato sull'analogia questione di un patto compromissorio concluso in violazione delle norme sulla capacità delle parti, si è mostrata in genere contraria all'annullabilità dell'atto¹³⁰, propendendo piuttosto per la sua nullità¹³¹, o comunque per la rilevabilità del vizio su istanza di entrambe le parti, nonché d'ufficio ad opera degli arbitri¹³². Una simile posizione veniva giustificata sulla scorta dell'esigenza di tutelare la controparte dell'incapace che – a seguire invece la soluzione dell'annullabilità del patto compromissorio – sarebbe stata costretta a intraprendere e proseguire un procedimento arbitrale con il rischio di vedersi poi sollevare, in sede d'impugnazione per nullità del lodo (evidentemente sfavorevole all'incapace), il vizio d'incapacità che inficiava il patto compromissorio¹³³.

Anche per gli accordi sulla giurisdizione si possono verificare varie ipotesi in cui la parte incapace può “giocare d'astuzia”, deducendo il vizio che invalida l'accordo sulla giurisdizione nel momento a lei più opportuno. Sembrerebbe, dunque, che le esigenze messe in campo dalla dottrina, per escludere l'applicazione analogica delle norme del codice civile sull'annullabilità

¹³⁰ A favore si è invece pronunciato, in ordine a tutti i vizi del consenso della convenzione arbitrale, FESTI, *La clausola* cit., pp. 539 ss. Peculiare risulta poi la posizione di PUNZI, *Disegno* cit., I, pp. 475 ss.: tale A. non nega che il compromesso sia annullabile e che tale vizio possa esser fatto valere dal solo incapace, ma ritiene che la controparte abbia il potere di contestare il difetto delle condizioni di capacità o autorizzazione con un atto da notificare all'incapace e agli arbitri, se già nominati. Questo atto avrebbe due diverse funzioni: quella di invitare la controparte a porre in essere tutte le attività necessarie per l'integrazione dell'assistenza o della rappresentanza o per il rilascio dell'autorizzazione; nonché quella di precludere l'inizio o lo svolgimento del procedimento arbitrale, sino al momento in cui la sollecitata integrazione non sia stata realizzata.

¹³¹ Così VECCHIONE, *L'arbitrato* cit., pp. 210 s.

¹³² Cfr., in tal senso, ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., *sub* art. 807, pp. 774 s.; REDENTI, voce «*Compromesso* cit.», p. 795; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 161; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, 3^a ed., Torino, 2005, p. 90. Tutti questi Autori ritenevano poi che il vizio – fosse stato o meno oggetto di pronuncia da parte degli arbitri – potesse esser fatto valere da ciascuna delle parti nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo.

¹³³ Un simile rischio, tuttavia, non sussiste più dopo che l'ultima novella sull'arbitrato ha escluso la possibilità di far valere l'invalidità della convenzione arbitrale, non tempestivamente eccepita nel processo arbitrale, in sede d'impugnazione per nullità del lodo. Sulla questione, dopo la novella, v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., *sub* art. 807, pp. 136 s., la quale ritiene che il vizio d'incapacità sia rilevabile ad istanza di entrambe le parti, in sede di giudizio arbitrale, e, poi, invocabile nell'ambito dell'impugnazione per nullità del lodo, *ex* art. 829, c. 1, n. 1, c.p.c., purché sia stato tempestivamente fatto valere in sede arbitrale (v. art. 817, c. 2, c.p.c.), ma non possa invece essere rilevato d'ufficio (arg. *ex* art. 817, c. 2, c.p.c.).

dei contratti rispetto alle convenzioni arbitrali, possano valere, sempre al medesimo effetto, anche per i patti sulla giurisdizione. Tuttavia, qualora si dimostrasse che proprio l'applicazione analogica di queste norme (nonché eventualmente di altre del nostro ordinamento) possa fornire adeguata tutela alla controparte dell'incapace, assicurando l'infruttuosità di eventuali comportamenti abusivi di quest'ultimo, si dovrebbe tornare sui propri passi e rimeditare la soluzione favorevole al rilievo officioso del vizio d'incapacità che – è bene osservare – non rinviene alcun fondamento nel diritto positivo. Conviene allora esaminare le singole ipotesi in cui l'incapace potrebbe, in astratto, sfruttare maliziosamente il vizio che inficia l'accordo, per verificare se l'applicazione analogica delle norme sull'annullabilità del contratto (che si darà provvisoriamente per ammessa), per avventura, non scoraggi una simile condotta, escludendo che l'incapace possa trarne effetti favorevoli.

La prima ipotesi che viene in rilievo è quella di un soggetto, convenuto in giudizio in Italia, in base a un accordo di proroga *ex art. 4 l. n. 218/1995*, che qui non spende il vizio d'incapacità dell'accordo, per riservarsi in sede di riconoscimento della sentenza resa in Italia, laddove le norme dello Stato richiesto prevedano, quale condizione per il riconoscimento, la sussistenza della competenza internazionale indiretta del giudice che ha pronunciato la sentenza. Competenza che dovrebbe essere esclusa, ove essa trovi esclusivo fondamento in una proroga che si accerti viziata per incapacità di una delle parti.

In questo caso, sarà la legge dello Stato richiesto del riconoscimento che dovrà evitare che un simile comportamento possa giovare all'incapace, precludendogli la possibilità di sollevare in sede di riconoscimento il mai prima eccepito vizio dell'accordo. Se un tale problema dovesse essere risolto alla stregua della legge italiana, si potrebbe, all'uopo, invocare o la convalida tacita dell'accordo da parte del convenuto, che ha dato a questo volontaria esecuzione, cooperando con la controparte nell'esecuzione dell'accordo medesimo, mediante la mancata eccezione del difetto di giurisdizione del giudice prorogato^{134 135}; o la consumazione del potere di eccepire l'incapacità, per non essere questa stata tempestivamente sollevata dall'incapace, al-

¹³⁴ Si ritiene infatti che si abbia una volontaria esecuzione del contratto ogni qualvolta colui che ha il potere di chiederne l'annullamento ponga in essere un atto incompatibile con la volontà di annullare il contratto (cfr. in tal senso CARRESI, *Il contratto*, cit., II, pp. 652 s.; FRANZONI, in AA. VV., *Della simulazione*, cit., *sub art. 1444*, pp. 532 s.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 678). Tuttavia, anche qualora si adottasse una nozione più ristretta di convalida tacita (cfr. MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, cit., p. 415, nota 141; PIAZZA, *La convalida*

lorché «convenuto per l'esecuzione»¹³⁶ dell'accordo. Sembra difficile che la legge straniera non precluda all'incapace una simile tardiva eccezione, o per mezzo di istituti analoghi a quelli appena menzionati, o più semplicemente perché ciò costituirebbe un abuso del diritto o un atto contrario a buona fede. Si può allora affermare che l'incapace non possa far ragionevolmente affidamento sul fatto di poter allegare il vizio dell'accordo per la prima volta in sede di riconoscimento della decisione del giudice italiano, per cui, se intende farlo valere, sarà bene che ciò faccia già davanti al giudice italiano e sarà così esclusa la possibilità di un malizioso sfruttamento della mancanza di capacità.

Si può, poi, dare il caso di un soggetto, convenuto in Italia, che eccepisca il difetto di giurisdizione sulla base di un accordo di deroga *ex art. 4, c. 2, l. n. 218/1995*, pur viziato da sua incapacità, ma che allegghi successivamente tale incapacità o nel foro prorogato, adito dall'attore dopo aver visto declinata la giurisdizione sulla domanda che aveva proposto innanzi al giudice italiano, o addirittura in sede di riconoscimento in Italia della decisione pronunciata dal giudice scelto dalle parti, per escludere la sussistenza del requisito della competenza internazionale indiretta¹³⁷.

tacita in diritto privato, Napoli, 1980, pp. 65 ss.; ID., voce «*Convalida*», in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, pp. 6 s.) sembra possibile farvi rientrare anche l'ipotesi in questione, perché nella mancata eccezione del difetto di giurisdizione si deve ravvisare una vera e propria cooperazione con la controparte nell'esecuzione dell'accordo, per cui si può ben dire che anche l'incapace abbia dato esecuzione all'accordo, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1444, c. 2, c.c. (cfr. PIAZZA, *La convalida* cit., p. 14, che definisce la convalida come attività, materiale o immateriale, specificatamente destinata alla realizzazione del programma negoziale).

¹³⁵ Ciò chiaramente presuppone che nel processo l'incapace sia debitamente rappresentato o assistito, altrimenti la convalida, in base all'art. 1444, c. 2, c.c., non avrebbe effetto perché posta in essere da chi «non è in condizione di concludere validamente il contratto».

¹³⁶ È chiaro che, rispetto agli accordi sulla giurisdizione, le espressioni «convenuto per l'esecuzione» e dare «volontariamente esecuzione», contenute rispettivamente negli artt. 1442, c. 4, e 1444, c. 2, c.c., assumono un significato diverso rispetto a quello che hanno in ordine ai contratti. Nel nostro campo, infatti, per esecuzione dell'accordo si deve intendere l'avvalersi del medesimo per affermare o negare la giurisdizione del giudice adito. Per cui «convenuto per l'esecuzione» di un accordo della giurisdizione sarà non soltanto colui che è convenuto in giudizio davanti al giudice prorogato, ma anche chi si è reso attore in un foro diverso da quello prorogato e si vede opporre dal convenuto l'efficacia derogatoria dell'accordo.

¹³⁷ Ciò ovviamente potrà fare, soltanto se l'unico titolo di competenza internazionale indiretta spendibile sia costituito dall'accordo di proroga a favore del giudice che ha pronunciato la riconoscenda sentenza.

Nell'ipotesi di deduzione del vizio innanzi al foro prorogato, spetterà alla legge di questo foro porre una disciplina idonea a scoraggiare un simile contraddittorio comportamento dell'incapace e lo farà con gli stessi mezzi veduti nell'esame della precedente ipotesi. Se, tuttavia, questa non disponesse di un adeguato sistema di tutela della controparte dell'incapace contro un tal condotta abusiva e si giungesse così al riconoscimento dell'invalidità dell'accordo di proroga e alla conseguente declaratoria del difetto di giurisdizione del giudice (solo in apparenza) prorogato, risorgerebbe l'originaria competenza giurisdizionale italiana, in forza dell'art. 4, c. 3, l. n. 218/1995. Si potrebbe, pertanto, nuovamente adire il giudice italiano, il quale non potrebbe esimersi dal considerare la complessiva condotta del convenuto e così condannarlo o al rimborso delle spese cagionate all'attore in violazione del dovere di lealtà e probità (art. 92, c. 1, ultima parte c.p.c.); o, nel caso di sua soccombenza nel merito e di specifica domanda in tal senso dell'attore, al risarcimento dei danni cagionati per aver resistito in giudizio – segnatamente nel primo processo instaurato davanti al giudice italiano – con mala fede; o, sempre nel caso di soccombenza del convenuto e anche a prescindere dalla domanda di parte, al pagamento di una somma equitativamente determinata in virtù del novello art. 96, c. 3, c.p.c., introdotto ad opera della l. n. 69/2009. In contrario non credo si possa obiettare che una simile domanda risarcitoria sia ormai preclusa, poiché doveva proporsi già nel primo giudizio: infatti, la mala fede dell'incapace poteva emergere soltanto *ex post*, nel momento in cui questi ha eccepito, davanti al giudice prorogato, l'invalidità dell'accordo. D'altronde, il secondo processo instaurato in Italia può considerarsi, non in senso formale, ma certamente in senso sostanziale, come “prosecuzione” del primo conclusosi con la declaratoria del difetto di giurisdizione.

Sarà, invece, compito della legge italiana evitare che la parte deduca il vizio dell'accordo in sede di riconoscimento in Italia della sentenza del giudice prorogato. Si potrà allora precludere all'incapace una simile “tardiva” eccezione invocando la convalida tacita dell'accordo *ex art.* 1444, c. 2, c.c., poiché il convenuto, da una parte, ha dato esecuzione all'accordo, invocandolo a fondamento della sua eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano; dall'altra ha “cooperato” all'esecuzione del medesimo accordo, non contestando la carenza della competenza giurisdizionale del giudice prorogato. In alternativa, si potrebbe affermare la consumazione del potere (concreto) di eccezione per non averlo l'incapace esercitato tempestivamente, allorché era stato convenuto per l'esecuzione dell'accordo, ossia quando l'attore aveva adito il foro prorogato.

Dobbiamo, infine, considerare, quale ultima ipotesi di possibile condotta sleale dell'incapace, quella di un soggetto, convenuto in uno Stato dell'UE diverso dall'Italia, che faccia valere un accordo *ex art. 23/25 Reg.* di proroga della giurisdizione italiana, pur viziato a causa della sua incapacità, ma che, successivamente convenuto in Italia, alleggi l'invalidità dell'accordo. Non sarebbe, invece, possibile ritardare ulteriormente l'allegazione del vizio al momento del riconoscimento della pronunzia del giudice italiano, atteso che il Regolamento non prevede alcun riesame circa la sussistenza della giurisdizione del giudice che ha emanato la riconoscenda sentenza, se non nelle ipotesi di violazione delle competenze esclusive stabilite dall'art. 22 Reg. o "imperative" previste con riguardo ai contratti di assicurazione e del consumatore dagli artt. 8-17 Reg. (cfr. art. 35 Reg.).

In una simile ipotesi si dovrà far riferimento alla legge italiana, applicabile quale *lex fori prorogati* e, dunque, onde evitare che l'incapace tragga vantaggio dalla sua condotta abusiva, si potrà ancora una volta invocare la convalida tacita dell'accordo, per aver dato l'incapace volontaria esecuzione allo stesso, facendo valere innanzi al primo giudice la proroga *ex art. 23/25 Reg.* a favore della giurisdizione italiana.

Dall'esame dei casi in cui può esservi il rischio di un'allegazione "tardiva" e perciò abusiva del vizio d'incapacità che inficia l'accordo sulla giurisdizione, è dunque emerso che l'applicazione analogica delle norme relative all'annullabilità dei contratti – a differenza di quanto sembra ritenere la dottrina che ha meditato sui patti compromissori – garantisce un'adeguata tutela alla controparte dell'incapace contro eventuali comportamenti scorretti di quest'ultimo. Non sembrano esservi allora più obiezioni nei confronti dell'applicazione analogica di tali norme.

Si può dunque affermare che un accordo sulla giurisdizione, stipulato contravvenendo alle norme che disciplinano la capacità a concludere un simile atto – ove sia retto dalla legge italiana – è annullabile in virtù dell'applicazione analogica degli artt. 322, 377, 396, 412, 427, e 1425, c. 1, c.c.

L'annullabilità potrà farsi valere mediante l'azione di annullamento dell'accordo¹³⁸ da proporsi a pena di prescrizione (*rectius* decadenza, trattandosi di azione costitutiva¹³⁹) entro cinque anni dalla conclusione del con-

¹³⁸ Sulla ammissibilità di una simile azione e, più in generale, delle azioni relative alla validità ed efficacia di un accordo sulla giurisdizione v. *infra*, § 7.

¹³⁹ Nel senso che i poteri di azione costitutiva o, altrimenti, i diritti potestativi ad attuazione giudiziaria, debbano ritenersi soggetti a termini di decadenza, anziché di prescrizione (come erroneamente li qualifica il nostro codice civile) cfr. ALB. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 225, con riguardo all'azione di annullamento del contratto

tratto o, per gli incapaci, entro cinque anni da quando è venuta meno la causa della loro incapacità (v. art. 1442, c. 2, c.c.). L'azione potrà esser proposta autonomamente o, se non ancora prescritta, nell'ambito del giudizio, in cui venga in rilievo l'efficacia prorogatoria o derogatoria dell'accordo sulla giurisdizione.

Si deve poi riconoscere all'incapace, in forza dell'art. 1442, c. 4, c.c., la possibilità di far valere in via di eccezione l'annullabilità dell'accordo, anche se sia nel frattempo scaduto il termine per la proposizione dell'azione di annullamento, qualora l'incapace stesso venga «convenuto per l'esecuzione» dell'accordo, ossia in tutti i casi in cui la controparte gli opponga in giudizio l'accordo sulla giurisdizione. Ciò potrà accadere sia a colui che è convenuto nel processo davanti al giudice prorogato, in base, appunto, a un accordo di proroga, sia a colui che si è reso attore in un foro diverso da quello prorogato e che si vede sollevare dal convenuto l'eccezione di difetto di giurisdizione, fondata su di un patto di deroga alla competenza giurisdizionale. A entrambi tali soggetti deve dunque esser consentito "sottrarsi" agli effetti dell'accordo sulla giurisdizione contro di loro fatto valere per mezzo dell'eccezione di annullabilità¹⁴⁰.

La legittimazione all'azione di annullamento (*rectius* la titolarità del potere concreto di azione costitutiva, o del diritto potestativo ad attuazione giurisdiziarica) spetta solo all'incapace, ai suoi rappresentanti legali nonché ai suoi aventi causa, così come stabiliscono gli artt. 322, 377, 396, 427 e 1441 c.c. Ai

per vizi del consenso; più in generale DI MAJO, *Diritti potestativi o rimedi: in margine alla revocatoria fallimentare*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 181; CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 53; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., pp. 126 s.; in senso contrario v. invece ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione giudiziale e decadenza*, Padova, 2003, p. 134, nota 263).

¹⁴⁰ VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, pp. 44 s. ritiene, invece, che non si possa far valere l'annullabilità dell'accordo compromissorio in via di eccezione nel procedimento arbitrale pendente, ma solo con un'autonoma azione di annullamento da proporsi davanti al giudice statale. L'A. rileva che l'eccezione di annullabilità presuppone che la pretesa all'adempimento del contratto annullabile sia dedotta nel processo come oggetto di decisione e ciò certamente non ha luogo nel caso sia instaurato il procedimento arbitrale. Si deve tuttavia sottolineare che una simile argomentazione viene solo ad escludere che l'art. 1442, c. 4, c.c. possa trovare applicazione diretta. Rimane invece possibile invocare l'applicazione analogica della norma, che dovrà ammettersi, pur con gli opportuni adattamenti dovuti alla peculiarità della fattispecie cui si ha riguardo. Si deve del resto sottolineare che, a seguire anche oggi il pensiero dell'A., si giungerebbe all'incongrua conclusione per cui, una volta iniziato il giudizio arbitrale, non si potrebbe più in alcun modo far valere l'annullabilità del patto compromissorio, dato che la proposizione dell'azione di annullamento davanti al giudice statale risulta impedita dal recentemente introdotto art. 819 *ter*, c. 3, c.p.c.

medesimi soggetti andrà del pari riconosciuta, in via esclusiva, la legittimazione all'eccezione di annullabilità (*rectius* la titolarità del potere concreto di eccezione).

Bisogna ora interrogarsi sul regime di rilevabilità di quest'eccezione. Conviene iniziare considerando l'eccezione proponibile da colui che è convenuto nel foro prorogato. Essa deve ritenersi soggetta al regime dettato per l'eccezione di annullabilità del contratto – tipica eccezione in senso stretto – e non, invece, a quello della pur connessa eccezione di difetto di giurisdizione, per le stesse ragioni illustrate ove si è trattato dell'eccezione di inefficacia dell'accordo concluso dal *falsus procurator*¹⁴¹.

Consideriamo, dunque, come si coordinano i differenti regimi di rilevabilità di queste due eccezioni tra loro strettamente connesse, partendo dal caso in cui la controparte dell'incapace agisca innanzi al giudice prorogato. Se il convenuto si è costituito, depositando tempestivamente in cancelleria la comparsa di risposta contenente sia l'eccezione di annullabilità dell'accordo di proroga, sia l'eccezione di difetto di giurisdizione, il giudice potrà esaminare entrambe le eccezioni e se ritiene fondata la prima dovrà accogliere pure la seconda, sempre che non sussistano altri titoli di giurisdizione diversi dalla proroga. Se invece il convenuto si è costituito in un momento successivo sollevando l'eccezione di difetto di giurisdizione nel suo primo atto difensivo, il giudice dovrà ritenere tale eccezione ammissibile, ma infondata, atteso che non potrà conoscere dell'annullabilità dell'accordo sulla giurisdizione, essendo il convenuto oramai decaduto dal relativo potere d'eccezione. Se, infine, il convenuto sia rimasto contumace, il giudice non potrà dichiarare il difetto di giurisdizione sulla base dell'invalidità dell'accordo di proroga, poiché tale invalidità non può essere rilevata officiosamente.

Nel caso in cui sia invece l'attore il soggetto legittimato a far valere l'annullabilità, questi spenderà la relativa eccezione come replica nei confronti del convenuto, che contesta il difetto di giurisdizione del giudice adito sulla base di un accordo di deroga. Pertanto, la *replicatio* di annullabilità del patto sulla giurisdizione dovrà essere sollevata dall'attore nel suo primo atto successivo alla proposizione da parte del convenuto dell'eccezione di difetto di giurisdizione. In mancanza, il giudice – nell'esame circa la fondatezza della *quaestio iurisdictionis* – non potrà tener conto dell'invalidità dell'accordo di deroga dovuta al vizio d'incapacità dell'attore.

L'ultima questione da trattare in tema di capacità di concludere un accordo sulla giurisdizione è quella se possa aver rilievo l'incapacità naturale

¹⁴¹ V. *supra*, § 3.

di una delle parti. La risposta negativa sembrerebbe suggerita dal fatto che l'art. 75 c.p.c. non contempla la mera incapacità di intendere o di volere di un soggetto quale causa di esclusione della sua capacità processuale¹⁴². Si deve però rilevare che la disciplina dettata da questa norma, nella parte in cui (implicitamente) esclude il rilievo dell'incapacità naturale, risulta giustificata per gli atti processuali in senso stretto, quelli, cioè, inseriti nella sequenza del processo, rispetto ai quali i requisiti formali tengono luogo di ogni indagine sulla loro volontarietà e formazione¹⁴³; tale disciplina non sembra, invece, suscettibile di applicazione analogica rispetto agli atti processuali, che vengono posti in essere al di fuori del processo, soprattutto qualora si tratti, come nel caso degli accordi sulla giurisdizione, di veri e propri negozi, ossia di manifestazioni di volontà che, per essere realmente tali, debbono provenire da un soggetto che capisca il significato dei propri atti e sia in grado di autodeterminarsi.

Sembra allora si possa affermare che, in ordine a tutti gli accordi sulla giurisdizione soggetti alla legge italiana¹⁴⁴, possa trovare applicazione analogica l'art. 428 c.c. Più in particolare, si dovrà far riferimento al secondo comma, dato che tali accordi sono – come i contratti – dei negozi bilaterali. Pertanto un accordo sulla giurisdizione sarà annullabile se una parte, al momento della sua conclusione, sia incapace di intendere o di volere, purché risulti la mala fede della controparte, da desumersi dal pregiudizio che sia

¹⁴² Nel senso che l'incapacità naturale della parte non abbia alcun rilievo nel processo v. MANDRIOLI, *La rappresentanza* cit., pp. 220 s.; ID., *Delle parti*, cit., *sub* art. 75, p. 894; ORIANI, voce «*Atti processuali, I) Diritto processuale civile*», in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, p. 8. In giurisprudenza cfr., nel medesimo senso, Cass., 25 novembre 1999, n. 5152, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2300; Cass., 4 aprile 2002, n. 4834; Cass., 27 settembre 2002, n. 14034; Cass., 7 giugno 2003, n. 9147.

¹⁴³ Cfr., in particolare, pur con diversità d'accenti, MANDRIOLI, *La rappresentanza* cit., pp. 220 s.; REDENTI, voce «*Atti processuali civili*», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 113 s.; ID., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 200; ORIANI, voce «*Atti cit.*», pp. 8 s. V. poi più in generale, nel senso della non necessità per gli atti processuali di una volontà circa la volontà interna e la coscienza effettiva e piena del soggetto, BETTI, *Diritto* cit., pp. 291 s.; ID., *Per una classificazione* cit., p. 124; DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in ID., *Dall'azione* cit., pp. 209 ss.; SATTA, *Diritto* cit., pp. 170, 205; CORMIO, *Degli atti in generale*, in ALLORIO (diretto da), *Commentario* cit., Libro I, tomo II, cit., *sub* art. 121, p. 1348.

¹⁴⁴ Si badi che l'art. 428 c.c. opererà rispetto a qualsiasi accordo sulla giurisdizione regolato dalla legge italiana a titolo di *lex fori*, e non soltanto quando questa sia la legge applicabile alla capacità di agire della parte.

derivato o possa derivare alla persona incapace, dalla qualità dell'accordo o da ogni altra circostanza¹⁴⁵.

L'annullabilità dell'accordo potrà essere fatta valere dal soggetto incapace con l'azione di annullamento dell'accordo, da proporre entro cinque anni dal giorno della conclusione dell'atto, o con l'eccezione di annullabilità rilevabile esclusivamente su istanza dell'incapace.

7. I giudizi sulla validità ed efficacia degli accordi sulla giurisdizione: loro ammissibilità, questioni di giurisdizione, coordinamento con i giudizi relativi alle controversie oggetto degli accordi

In questo capitolo si è più volte fatto riferimento alla possibilità per le parti di un accordo sulla giurisdizione, invalido o inefficace, di farne valere il relativo vizio non soltanto in via d'eccezione, nell'ambito del giudizio in cui rileva l'efficacia prorogatoria o derogatoria del patto, ma anche in via di autonoma azione. È allora il caso di effettuare una digressione per trattare *ex professo* del problema dell'ammissibilità di una simile azione e di altre questioni a questa strettamente correlate.

Una prima generale obiezione all'ammissibilità di una azione attinente alla validità ed efficacia¹⁴⁶ di un accordo sulla giurisdizione potrebbe fondarsi sul rilievo che essa non sarebbe strettamente necessaria allo scopo di tutelare la parte che vuole far valere il vizio del patto. Invero, si potrebbe osservare che gli effetti di un accordo sulla giurisdizione, a differenza di quelli di un contratto, vengono in rilievo solo in sede processuale, per cui la parte avrebbe "interesse" ad allegare il vizio dell'accordo solo se un processo sia effettivamente instaurato, "interesse" che trova adeguata tutela mediante l'attribuzione del solo potere d'eccezione. In contrario si deve però obiettare che in un processo potrebbero esser dedotte solo alcune delle contro-

¹⁴⁵ Qualora si tratti poi di atti compiuti, in pendenza del giudizio di interdizione o inabilitazione, dall'interdicendo o inabilitando, cui sia stato nominato il tutore o il curatore provvisorio si applicherà rispettivamente l'art. 427, c. 1, ultima parte e c. 2, ultima parte c.c., ove si prevede che, nel caso intervenga la sentenza di interdizione o inabilitazione, siano annullabili su istanza del tutore dell'interdetto, dell'incapace, dei suoi eredi o aventi causa rispettivamente gli atti compiuti dall'interdetto e gli «atti eccedenti l'ordinaria amministrazione fatti dall'inabilitato senza l'osservanza delle prescritte formalità».

¹⁴⁶ Si tratterà, più, specificatamente di un'azione dichiarativa, ove vengano in rilievo la nullità, la simulazione o l'inefficacia dell'accordo; di un'azione costitutiva volta a caducare il negozio, qualora si chieda, invece, l'annullamento del patto.

versie rientranti nell'ambito oggettivo di un accordo sulla giurisdizione, per cui, attribuendo alla parte la sola eccezione, le si garantirebbe certamente la possibilità di "paralizzare" l'accordo rispetto alle controversie dedotte in giudizio, ma non, invece, rispetto a tutte le altre liti che costituiscono oggetto del patto. Tuttavia, l'ordinamento potrebbe riconoscere come meritevole di tutela anche l'interesse della parte ad ottenere una pronuncia che – una volta per sempre e con effetti vincolanti – statuisca sulla (in)validità o sulla (in)efficacia dell'accordo in ordine a tutte le controversie che ne costituiscono l'oggetto, e così attribuire alla parte, accanto all'eccezione di nullità, annullabilità, simulazione, inefficacia, anche le corrispondenti azioni. Per cui quello che si deve determinare è se in concreto il nostro diritto positivo reputi tale interesse degno di protezione, e si ritorna così alla questione, da cui si era partiti, circa l'ammissibilità di simili azioni.

Tale questione non sembra mai aver occupato la nostra dottrina¹⁴⁷ e giurisprudenza¹⁴⁸ che invece hanno affrontato quella analoga dell'ammissibilità di un'azione concernente la validità e l'efficacia di una convenzione arbitrale.

¹⁴⁷ Per un cenno in senso negativo v. però MERLIN, «Anti suit-injunctions» e ordine pubblico internazionale: un sorprendente arrêt della Corte di Cassazione francese, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 1151 s., sulla base del fatto che gli accordi sulla giurisdizione non sono «fonte di diritti ed obblighi tendenti a beni della vita suscettibili di godimento al di fuori della vicenda processuale».

¹⁴⁸ Diversa è invece la situazione nella dottrina tedesca, ove si discute se sia ammissibile una azione di accertamento relativa alla validità, efficacia e "ampiezza" di un *Prozessvertrag*. Il § 256 ZPO ammette l'azione di accertamento dell'esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico (*Rechtsverhältnis*) allorché sussista all'uopo un interesse giuridico. Il problema è capire se per rapporto giuridico si debba intendere soltanto una relazione tra le parti riconosciuta e regolata esclusivamente dal diritto sostanziale o anche una retta dal diritto processuale (in questo secondo senso v. NEUNER, *Privatrecht* cit., pp. 116 s.; SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen* cit., pp. 161 ss.; H.J. HELLWIG, *Zur Systematik* cit., p. 128, i quali perciò ammettono una azione di accertamento relativa a un *Prozessvertrag*, purché sussista un interesse giuridico, che di regola tuttavia mancherà qualora già penda un giudizio in cui viene in rilievo l'accordo processuale; *contra* nel senso dell'inammissibilità dell'azione BECKER-EBERHARD, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, Band 1, cit., sub § 256, p. 1406; J. KOHLER, *Über processrechtliche Verträge* cit., p. 220, che accoglie tuttavia una soluzione diversa in ordine agli accordi arbitrari, poiché questi non sarebbero fonti – come gli altri *Prozessverträge* – di una mera *processrechtliche Situation*, ma di un vero e proprio *Rechtsverhältnis*).

Sulla questione, con specifico riguardo agli accordi sulla giurisdizione, si è pronunciato poi GEIMER, *Internationales* cit., p. 601; ID., (SCHÜTZE), *Europäisches* cit., pp. 470 s., che ha concluso per la sicura ammissibilità dell'azione a fronte dell'interesse della parte a ottenere una statuizione con efficacia di giudicato sulla validità ed efficacia di un accordo sulla giurisdizione. Statuizione che non si può invece ravvisare – alla stregua del diritto tedesco – nella (e così ottenere colla) pronuncia del giudice (investito di una delle liti potenzialmente oggetto

L'ostacolo che si deve superare per affermare la ritualità di consimili azioni è costituito dal principio generale per cui oggetto d'accertamento possono essere solo situazioni soggettive di diritto sostanziale e non questioni di consistenza meramente processuale¹⁴⁹, come quella della validità o efficacia di negozi processuali, quali sono indubbiamente sia gli accordi sulla giurisdizione, sia le convenzioni arbitrali. Principio che ammette certamente delle deroghe, le quali però debbono trovare un qualche fondamento nel diritto positivo.

La dottrina favorevole all'ammissibilità di azioni relative alla validità ed efficacia di un accordo compromissorio ha cercato di superare quest'ostacolo in diversi modi. Taluno ha rilevato che un simile accordo è un contratto a contenuto processuale, per cui sarebbe sicuramente possibile un'azione sulla sua validità, allo stesso modo in cui si può chiedere al giudice di pronunciarsi sulla validità di un contratto "a contenuto sostanziale"¹⁵⁰. Si è tuttavia già rilevato che la classificazione della convenzione arbitrale come contratto a contenuto processuale appare intimamente contraddittoria, se per contratto, in base all'art. 1321 c.c., si intende un accordo relativo a un rapporto giuridico patrimoniale¹⁵¹.

Altri, invece, ha rilevato che l'ammissibilità di una simile azione si giustifica in ragione degli effetti sostanziali (in particolare il sorgere del credito al pagamento degli onorari degli arbitri) che l'accordo compromissorio

dell'accordo) sulla propria giurisdizione, in cui egli ha conosciuto *incidenter* del patto sulla competenza giurisdizionale. Tale interesse – ad avviso dell'A. – deve ravvisarsi non solo in ordine agli accordi relativi a rapporti di durata, ma anche per quelli attinenti a rapporti "istantanei" (*Einzelrechtsverhältnisse*).

In Inghilterra, nel senso che sia ammissibile ottenere dal giudice inglese un *declaratory judgment* in ordine a un accordo sulla giurisdizione a favore del foro inglese, v. RAPHAEL, *The Anti-suit* cit., pp. 344 ss.; JOSEPH, *Jurisdiction* cit., pp. 456 s., 460 s., il quale sottolinea la necessità che l'azione sia volta a perseguire uno *useful purpose*; BRIGGS, *Agreements* cit., p. 337, il quale sembra però ritenere che la decisione non riguardi direttamente l'accordo, quanto invece la competenza giurisdizionale del giudice inglese fondata su tale accordo.

¹⁴⁹ Nel senso della eccezionalità e tipicità delle ipotesi di accertamento di situazioni giuridiche non sostanziali v. E.F. RICCI, voce «Accertamento giudiziale», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 22; BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1996, p. 341.

¹⁵⁰ Cfr. REDENTI, voce «Compromesso cit.», p. 795; BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1998, pp. 701 s.; ID., *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1999, pp. 414 s.; DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, p. 415, nota 108.

¹⁵¹ Cfr. primo volume, cap. I, § 7.

produrrà una volta concluso il contratto d'arbitrato¹⁵². Sembra però che tali effetti debbano ricondursi esclusivamente al contratto d'arbitrato e quindi siano idonei piuttosto a giustificare l'ammissibilità di un giudizio vertente sulla validità ed efficacia di tale contratto e non invece della convenzione arbitrale.

Altri ancora, infine, e più convincentemente, ha rilevato che la competenza arbitrale, concepita come interesse delle parti ad un giudizio con un decidente personalizzato ed emanazione più o meno diretta delle parti stesse, è un bene della vita in sé, seppur di consistenza strumentale e inautonoma¹⁵³. Appare allora giustificato ammettere un giudizio sulla validità o efficacia di un negozio che tale peculiare bene della vita viene a fondare.

La questione comunque dovrebbe ritenersi ora definitivamente risolta a seguito della più recente novella sull'arbitrato. L'art. 819-ter, c. 3, c.p.c. stabilisce che «[I]n pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato» e dunque *a contrario* ammette simili azioni prima dell'inizio del processo arbitrale¹⁵⁴ ¹⁵⁵. Ecco allora trovato l'implicito ma inequivocabile fondamento positivo dell'ammissibilità di tali azioni.

¹⁵² Cfr. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pp. 250 ss.

¹⁵³ Così, quasi letteralmente, CONSOLO, *Litispendenza e concessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, pp. 671 s.; ID., *Concorrenza cit.*, pp. 499 s., ove l'Autore ricorda l'*actio nullitatis sententiae* come ulteriore ipotesi in cui il nostro ordinamento prevede la possibilità di adire il giudice con una «domanda volta all'accertamento di una questione di consistenza processuale che diviene però, a sua volta, un autonomo bene della vita»; sostanzialmente nel medesimo senso PUNZI, *Disegno cit.*, I, p. 639, il quale rileva che è degno di tutela innanzi al giudice statale l'interesse del soggetto a sciogliere lo stato di incertezza sulla preclusione o meno dell'azione giudiziaria a seguito dell'opzione esercitata nel senso di far decidere da arbitri le controversie oggetto dell'accordo arbitrale.

¹⁵⁴ In tal senso v. LUIO, *Rapporti fra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 775; BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 361; ID., *La giustizia cit.*, p. 62; BOCCAGNA, in CONSOLO (diretto da), *Codice cit.*, III, *sub art.* 819 *ter*, p. 1932; ID., in BENEDETTI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *Commentario cit.*, *sub art.* 819 *ter* c.p.c., p. 283; *contra*, tuttavia, NELA, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, II, *sub art.* 819 *ter*, pp. 1820 s.; CAPPONI, in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, tomo II, Padova, 2009, *sub art.* 819 *ter*, pp. 885 s., il quale ritiene che una simile domanda sia inibita dalla regola generale dell'art. 100 c.p.c. e comunque la sentenza ottenuta non sarebbe opponibile all'arbitro, che resta il solo giudice della propria competenza.

¹⁵⁵ La norma italiana si ispira al § 1032, Abs. 2, ZPO che prevede: «[B]ei Gericht kann bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit

Le raggiunte conclusioni in tema di convenzione arbitrale possono essere trasposte nell'attiguo campo degli accordi sulla giurisdizione per mezzo dell'*analogia iuris*. Infatti, se l'ordinamento italiano riconosce come meritevole di tutela l'interesse ad ottenere una pronuncia che, una volta per sempre e con effetti vincolanti, statuisca sulla (in)validità o sull'(in)efficacia di un accordo arbitrale in ordine a tutte le controversie che ne costituiscono l'oggetto, analoga tutela dovrà accordare all'interesse a un *dictum* irreattabile sullo strutturalmente analogo accordo sulla giurisdizione. Anche qui, del resto, si può ravvisare un bene della vita, seppur sempre strumentale, ossia l'interesse delle parti a una decisione proveniente dai giudici dello Stato prescelto, secondo le proprie norme di conflitto e all'esito di un proce-

eines schiedrichterlichen Verfahrens gestellt werden». La norma tedesca è peraltro più chiara della nostra nel sancire l'ammissibilità di una tale azione che tuttavia – secondo la lettera della legge – ha ad oggetto non già la validità ed efficacia della convenzione di arbitrato, ma l'ammissibilità o meno del procedimento arbitrale (sulla norma v., SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., sub § 1032, pp. 439 s.; MÜNCH, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, cit., Band 3, sub § 1032, pp. 171 s.; SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 82 s.; CONSOLO, *Concorrenza* cit., pp. 509 ss.; HABSCHEID, *Il nuovo diritto dell'arbitrato in Germania*, in *Riv. arb.*, 1998, pp. 180 s.).

Guardando ad altri ordinamenti, la section 32 dell'*Arbitration Act 1996* inglese ammette una *application* per la determinazione di ogni questione attinente la *substantive jurisdiction of the arbitral tribunal* solo qualora vi sia il consenso di tutte le altre parti del procedimento arbitrale o il permesso degli arbitri e l'*application* è stata presentata senza ritardo e appare giustificata una decisione della questione da parte del giudice statale anziché dell'arbitrato (sulla disciplina inglese v. in Italia ZUFFI, *L'arbitrato* cit., pp. 119 ss.; CONSOLO, *Concorrenza* cit., pp. 509 s., nota 52; si consideri poi la section 72 che ammette senza limiti di sorta chi è «alleged to be a party to arbitral proceedings» ma nondimeno «takes no part in the proceedings» a chiedere al giudice statale una *declaration* in ordine alla validità dell'accordo compromissorio). Tuttavia queste limitazioni non sono state sinora ritenute operanti allorchè penda all'estero un giudizio davanti al giudice statale «concorrente» rispetto al procedimento arbitrale con sede in Inghilterra (v. High Court, Queen's Bench Division, *Navigation Maritime Bulgare v Rustal Trading Ltd (The Ivan Zagubanski)* [2002] 1 Lloyds Rep 106; Court of Appeal, *Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd v New India Assurance Co Ltd* [2005] 1 Lloyds Rep 67; RAPHAEL, *The Anti-Suit* cit., p. 346, il quale rileva però che in questi casi non è mai stata contestata l'ammissibilità della richiesta *declaration* sulla base dei limiti posti dalla section 32. L'A. in nota 16 ricorda peraltro quanto afferma – sia pure in *obiter* – Toulson J in High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 28 luglio 1999, *XL Insurance Ltd v Owens Corning* [2000] 2 Lloyds Rep 500, ossia «[U]nder the Arbitration clause and the provisions of the Act, it will be for the arbitral tribunal to rule on the validity of the arbitration agreement»). In Francia, invece si ritiene inammissibile un'azione relativa alla validità ed efficacia di un accordo arbitrale in ragione della *compétence-compétence* riconosciuta all'arbitro nell'ordinamento francese (Cour de Cassation, 5 gennaio 1999, in *Rev. arb.*, 1999, p. 260, con nota di FOUCHARD, in tema di arbitrato internazionale). Per la situazione in altri ordinamenti si rinvia a POUURET, BESSON, *Comparative law* cit., pp. 412 ss.

dimento, modellato dalle precipue norme processuali di tale Stato. Si può allora ritenere ammissibile un'azione relativa alla validità o all'efficacia di un accordo sulla giurisdizione, ma con limiti analoghi a quelli stabiliti per l'azione in campo arbitrale e, dunque, finché non sia stato instaurato il processo nel foro prorogato^{156 157 158}.

¹⁵⁶ È questa infatti l'unica ipotesi analoga a quella dell'instaurazione del processo arbitrale contemplata dall'art. 819-ter, c. 3, c.p.c.: in entrambe si ha l'esercizio dell'azione innanzi al giudice (statuale o arbitrale) che fonda la sua *potestas iudicandi* nell'accordo delle parti.

¹⁵⁷ Ciò chiaramente solo se venga in rilievo un accordo ex art. 23/25 Reg., o un patto di proroga ex art. 4, c. 1, l. n. 218/1995, non invece allorché si abbia a che fare con una deroga riconosciuta dall'art. 4, c. 2, l. n. 218/1995. In quest'ultimo caso infatti - come si vedrà appena *infra* - il giudizio avrà riguardo esclusivamente alla deroga (o, se si vuole, all'effetto derogatorio dell'accordo considerato unitariamente da un punto di vista fattuale) e la decisione che lo concluderà non potrà perciò avere alcun rilievo nel foro prescelto, ove ci si dovrà interrogare esclusivamente sulla sussistenza del correlato patto di proroga. Proprio l'inidoneità di tale decisione ad influenzare la pronuncia del giudice del foro prorogato esclude la possibilità che l'azione attinente all'accordo di deroga possa essere proposta con intenti (efficacemente) abusivi e conduce perciò a negare l'inammissibilità dell'azione attinente la deroga, allorché già penda il giudizio nel foro prescelto dalle parti.

¹⁵⁸ È il caso di fare qualche ulteriore precisazione in ordine all'ammissibilità di una azione sulla validità o sull'efficacia di un accordo ex art. 23/25 Reg. In mancanza di una norma europea sul punto, si deve ritenere che la questione sia rimessa alla libera valutazione dei diritti nazionali, coinvolgendo il problema dell'idoneo oggetto dell'accertamento giudiziale, che deve esser risolto in ogni paese in base alla *lex fori*. Per cui nulla vieta che una consimile azione sia ammessa in Italia e non invece in altri paesi dell'Unione.

Ci si può però chiedere se comunque il diritto europeo mantenga una qualche "voce in capitolo" e in particolare se la norma nazionale che sancisce l'ammissibilità di una simile azione impedisca l'effetto utile della disciplina europea, o sia comunque contraria ai principi che la informano. La Corte di giustizia ha infatti già più volte escluso l'operare di norme processuali nazionali per simili ragioni (v. Corte di Giustizia, 27 aprile 2004, C-159/02, *Turner c. Grovit*, in *Int'l lis*, 2005, p. 14, con nota di MERLIN, ove si è ritenuto incompatibile col sistema di Bruxelles una *anti-suit injunction* emanata dai giudici di uno Stato contraente e volta a impedire l'instaurazione o la prosecuzione di un processo in un altro Stato contraente; Corte di giustizia, 1 marzo 2005, C-281/02, *Owusu* cit., che ha sancito l'inapplicabilità della dottrina inglese del *forum non conveniens* nei casi in cui la giurisdizione del giudice inglese rinvenga il proprio fondamento nella Conv. Bruxelles; Corte di Giustizia, 10 febbraio 2009, C-185/07, *Allianz Spa c. West Tankers Inc.*, cit. ove si è dichiarata l'incompatibilità col sistema comunitario - e in particolare col principio di mutua fiducia tra giudici dei diversi Stati membri che ne sta alla base - di una *anti-suit injunction* volta a impedire la continuazione di un giudizio, pendente in uno Stato membro, instaurato in (presunta) violazione di un accordo arbitrale). Nel caso in questione, si potrebbe dubitare della "legittimità europea" di un'azione sulla validità o sull'efficacia di un accordo sulla giurisdizione, non tanto per il fatto che tali questioni sarebbero valutate da un giudice diverso da quello prorogato: come ha infatti rilevato il *Kirchberg*, tutti i giudici comunitari hanno pari titolo per pronunciarsi sulla validità ed efficacia di

Si deve precisare che l'azione avrà un diverso oggetto a seconda che venga in rilievo un patto *ex art. 23/25 Reg.* o una convenzione di cui all'art. 4 l. n. 218/95. Nella prima ipotesi essa riguarderà – ove si abbia a che fare con un *exclusive jurisdiction agreement* – l'accordo globalmente considerato e dunque sia nel suo aspetto prorogatorio, sia in quello derogatorio delle altre giurisdizioni europee. La sentenza che porrà capo a quest'azione sarà poi idonea alla circolazione in tutti gli Stati membri¹⁵⁹, quale decisione pur sempre di merito, ossia relativa a un *quid* idoneo a essere autonomo oggetto d'accertamento giurisdizionale. Conseguentemente, tutti i giudici dell'Unione saranno vincolati all'accertamento compiuto dal giudice italiano circa la validità o l'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione.

Quando, invece, si ha che fare con un patto sulla giurisdizione *ex art. 4 l. n. 218/1995*, l'azione riguarderà soltanto la proroga o la deroga della giurisdizione italiana, non anche rispettivamente l'eventuale deroga o la proroga delle giurisdizioni straniere alle prime connesse. In altre parole, l'azione ha ad oggetto soltanto l'effetto prorogatorio o l'effetto derogatorio dell'accordo – concepito, da un punto di vista fattuale, come unitario – e lascia invece impregiudicata la questione sul se il patto possa produrre, ovviamente in Stati diversi dall'Italia, l'effetto speculare a quello esplicato nel nostro Paese. È chiaro, allora, che una tale decisione è assolutamente irrilevante al di fuori dei nostri confini, per cui non avrebbe alcun senso pensare alla sua riconoscibilità, pur astrattamente possibile in base al Regolamento n. 44/2001.

un accordo sulla giurisdizione, senza che si possa in alcun modo postulare una posizione di priorità per il giudice prorogato (cfr. Corte di giustizia, 9 dicembre 2003, *Erich Gasser* cit.). Il punto di frizione sembra piuttosto un altro: una simile azione condurrebbe a una decisione sulla validità ed efficacia dell'accordo che vincolerebbe tutti i giudici europei, impedendo loro quella (libera) cognizione di tali questioni, che il sistema di Bruxelles implicitamente garantisce. Peraltro è dubbio che ciò possa costituire un vero e proprio *vulnus* al sistema europeo sulla competenza giurisdizionale, considerato che i giudici del Lussemburgo hanno recentemente stabilito che una decisione con cui un giudice europeo declini la competenza giurisdizionale, sulla base di un accordo di deroga della giurisdizione, è riconoscibile in base al Regolamento n. 44/2001, vincolando i giudici degli altri Stati membri a ritenere operante la *electio fori* a prescindere dall'autorità di cosa giudicata conferita alla decisione dalla legge processuale dello Stato membro d'origine, o dello Stato membro richiesto (Corte di giustizia, 15 novembre 2012, C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG c. Samskip GmbH*: il caso atteneva ad una pronuncia belga che aveva declinato la competenza giurisdizionale, previo rilievo della sussistenza di un accordo sulla giurisdizione a favore del giudice di uno Stato terzo, ma contraente la Conv. Lugano, ossia l'Islanda) confermando una posizione già emersa in dottrina e giurisprudenza, sia pur per il caso in cui venisse in rilievo un accordo *ex art. 23* (v., per i riferimenti, primo volume, cap. II, § 5, nota 75).

¹⁵⁹ V. in tal senso GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches* cit., p. 471.

Una volta ritenuta ammissibile nell'ordinamento italiano un'azione relativa alla validità o all'efficacia di un accordo sulla giurisdizione, ci si deve interrogare su due ulteriori questioni che essa pone all'interprete: la prima relativa alla disciplina della giurisdizione; la seconda agli strumenti per attuare il coordinamento tra una tale azione e i giudizi in cui rilevano gli effetti dell'accordo sulla giurisdizione.

Quanto al primo problema, bisogna anzitutto chiedersi se simili azioni debbano necessariamente proporsi dinanzi al giudice prorogato in via esclusiva¹⁶⁰. Ciò chiaramente si potrà verificare soltanto se la volontà delle parti di scelta del foro abbia effettivamente avuto riguardo pure a tali azioni¹⁶¹. In un simile caso, si dovrà ritenere non già che l'accordo sulla giurisdizione ricomprenda nel suo oggetto anche simili azioni¹⁶², ma piuttosto che le parti abbiano pattuito, accanto ad esso, un accordo "di secondo grado", o sulla *Kompetenz-Kompetenz*¹⁶³, relativo alle sole azioni sulla validità ed efficacia

¹⁶⁰ In tal senso v. GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches* cit., p. 471, sempre che non risulti una contraria volontà delle parti; RAPHAEL, *The Anti-suit* cit., p. 347; sembra presupporlo anche JOSEPH, *Jurisdiction* cit., 456 ove afferma che è possibile che il giudice inglese pronunzi un *declaratory judgement* con riguardo a una clausola a favore dell'Inghilterra.

¹⁶¹ Vi è da chiedersi se la volontà delle parti possa aver ad oggetto anche le azioni relative ad accordi di deroga preveduti dall'art. 4, c. 2, l. n. 218/1995. Sarebbe infatti poco ragionevole ritenere che esse vogliano rimettere al foro prorogato anche tali azioni che attengono esclusivamente alla deroga.

¹⁶² Così si è invece pronunciata High Court, Queen Bench Division, 26 febbraio 2010, *A.P. Moller-Maersk A/S (trading as "Maersk Line") v. Sonaec Villas Cen Sad Fadoul*, [2010] All ER (D) 283 (Mar); [2010] I.L.Pr. 32.

¹⁶³ Di un simile accordo si è parlato in Germania in ambito arbitrale, al fine di attribuire agli arbitri la *Kompetenz-Kompetenz* in ordine alla verifica circa la validità, efficacia ed "ampiezza" del patto compromissorio. Esso è stato inizialmente teorizzato da HABSCHIED, *Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages und ihre Auswirkungen*, in *KTS*, 1955, pp. 37 s. (che ha però ricevuto le critiche di BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff* cit., pp. 245 ss.; SCHWAB, *Die Entscheidung* cit., pp. 23 s.; LORENZ, *Die Rechtsnatur* cit., p. 287, testo e nota 66) ed è stato poi riconosciuto dalla giurisprudenza (v. BGH, 5 maggio 1977, in *NJW*, 1977, p. 1379; in *ZZP* 91 (1978), p. 470, con nota critica di LEIPOLD; BGH, 26 maggio 1988, in *JZ*, 1989, p. 201, con nota critica di BOSCH; BGH, 6 giugno 1991, in *NJW*, 1991, p. 2215). Tale posizione giurisprudenziale è stata variamente accolta in dottrina (in senso favorevole v. SCHLOSSER, *Das Recht* cit., pp. 425 s.; ID., in STEIN, JONAS, *Kommentar zur ZPO*, 21. Aufl., Band 7/2, Tübingen, 1994, sub § 1037, pp. 249 ss.; critici invece LEIPOLD, nota cit., p. 83; SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar*, 5. Aufl., München, 1995, pp. 54 s.; BAUR, *Rechtshängig – Schiedshängig*, in *Festschrift für Hans W. Firsching zum 65. Geburtstag*, Wien, 1988, p. 87; HEIERMANN, *Die Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichte und die Einrede des Schiedsvertrags*, in *Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1994, pp. 132 s.). Tuttavia dopo l'entrata in vigore della *Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (SchiedsVfG)* si è per solito negata

del primo accordo. Se così non fosse vi sarebbe nel processo una totale – e assolutamente singolare – sovrapposizione tra rito e merito: il giudice, infatti, per risolvere una questione di rito, qual è quella della sussistenza della propria giurisdizione, dovrebbe conoscere della validità ed efficacia dell'accordo ossia della medesima questione su cui l'attore ha chiesto un accertamento con efficacia di giudicato e che costituisce pertanto il merito della causa. Se invece si ravvisano due distinti accordi, nell'affrontare la questione di rito, il giudice dovrà conoscere solo dell'accordo sulla *Kompetenz-Kompetenz*, senza alcuna necessità di confrontarsi già qui con la questione relativa alla validità ed efficacia dell'accordo "principale". Va comunque rilevato che i due accordi, pur separati e distinti tra loro, sono conclusi contestualmente e sono regolati dalle medesime norme, perché ambedue accordi processuali a favore del medesimo foro, sicché di regola essi avranno un medesimo destino quanto a validità ed efficacia¹⁶⁴ e perciò il giudice prorogato si potrà pronunciare nel merito, solo quando entrambi risultino validi ed efficaci¹⁶⁵.

Nel caso invece di invalidità di questi due accordi rientreranno in gioco le ordinarie regole di giurisdizione per stabilire quale giudice sia competente per statuire (a questo punto solo) sulla invalidità o inefficacia dell'accordo "principale". Sempre a tali regole ci si dovrà riferire allorché non si possa in concreto ravvisare una volontà delle parti di devolvere alla decisione del giudice da loro prescelto anche le azioni relative alla validità ed efficacia del loro patto.

Verrà così anzitutto in rilievo il *forum rei* e perciò l'azione relativa sia a un accordo *ex art. 4 l. n. 218/1995*, sia a un patto riconosciuto dall'art.

l'ammissibilità di un tale accordo (v. ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 1039; SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 9, *sub* § 1032, p. 436; MÜNCH, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, cit., Band 3, *sub* § 1040, p. 256; SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 57 e, in giurisprudenza, BGH, 13 gennaio 2005, in *NJW*, 2005, p. 1125, in *JZ*, 2005, p. 958; nel senso della perdurante ammissibilità di un accordo *esplicito* delle parti in tal senso cfr. invece G. WAGNER, *Prozessverträge*, cit., pp. 334 s.; HABSCHIED, *Zur Kompetenz-Kompetenz nach dem neuen Schiedsrecht*, in *Grenzüberschreitungen, Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2005, pp. 253 ss.).

¹⁶⁴ V. in tal senso, con riguardo a una clausola di *Kompetenz-Kompetenz* a favore dell'arbitro, LEIPOLD, nota cit., p. 482

¹⁶⁵ Una soluzione diversa si può ammettere solo se le parti non abbiano stipulato contestualmente i due patti, o abbiano "rinnovato" il loro accordo sulla *Kompetenz-Kompetenz* in occasione dell'instaurazione del giudizio attinente la validità e l'efficacia di un accordo principale (queste mi sembrano infatti le ipotesi – cui fa riferimento LEIPOLD, nota cit., p. 483 – più probabili in cui il vizio dell'accordo "principale" non è comune anche al secondo).

23/25 Reg. sarà sicuramente proponibile in Italia, *ex art. 2, c. 1, Reg.* se qui è domiciliato il convenuto¹⁶⁶ o se questi, domiciliato al di fuori dell'Unione, abbia nel nostro paese la residenza o un rappresentante processuale *ex art. 77 c.p.c. (art. 3, c. 1, l. n. 218/1995)*.

Ci si può chiedere se, oltre al *forum rei*, possa venire in gioco anche il *forum destinatae solutionis* di cui all'art. 5, n. 1, Reg. Secondo la Corte di giustizia, la materia contrattuale, cui l'art. 5 n. 1 Reg. e Conv. hanno riguardo, si estende a tutti i casi in cui vi sia un impegno liberamente assunto da una parte nei confronti dell'altra¹⁶⁷. In un accordo sulla giurisdizione si ha sicuramente una libera assunzione ma, non già di un impegno ossia di un obbligo, bensì soltanto di un onere¹⁶⁸. Tuttavia, al di là della differenza tra le posizioni soggettive, entrambe hanno ad oggetto un comportamento che la parte deve tenere se non vuole incorrere in conseguenze a lei sfavorevoli (la responsabilità contrattuale, nel caso di obbligo; il rigetto in rito della domanda per difetto di giurisdizione, ove si abbia a che fare con un onere). Pertanto sembra legittimo ritenere che la materia contrattuale possa essere estesa anche alle azioni sulla validità ed efficacia degli accordi sulla giurisdizione. Del resto una simile conclusione si lascia apprezzare anche da un punto di vista pratico, perché – come vedremo – permette di giungere a un risultato non altrimenti attingibile: il riconoscimento della giurisdizione del giudice prorogato, che sembra difficile non ritenere il “giudice naturale” di tali azioni.

Ove si ammetta l'applicabilità della norma, essa opererebbe in Italia - in forza del rinvio disposto dall'art. 3, c. 2, prima parte, l. n. 218/1995 - anche nell'ipotesi di domicilio extraeuropeo del convenuto. Non venendo qui in rilievo un contratto di compravendita di beni e servizi si dovrebbe far riferimento all'obbligazione o meglio, nel caso di specie, alla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio. Per individuarla è necessario distinguere tra gli accordi *ex art. 23/25 Reg.*, gli accordi di proroga *ex art. 4, c. 1, l. n. 218/1995* e, infine, gli accordi di deroga di cui all'art. 4, c. 2, l. n. 218/1995. Nelle prime due ipotesi la situazione giuridica dedotta in giudizio dovrà

¹⁶⁶ V., con riguardo a una domanda sulla validità di un accordo per arbitrato estero, CONSOLO, *Soprassalti cit.*, p. 929

¹⁶⁷ Cfr. Corte di giustizia, 17 giugno 1992, C-26/91, *Handte c. TMCS*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 451.

¹⁶⁸ Nel medesimo senso anche CONSOLO, *Soprassalti cit.*, p. 929 che dubita della possibilità di applicare l'art. 5 n. 1 Reg. a una domanda sulla validità di un accordo per arbitrato estero in ragione del fatto che da questo scaturiscono effetti meramente processuali, soggezioni e non obbligazioni.

individuarsi nel potere di azione nei confronti del giudice prorogato, che costituisce l'effetto principale di un accordo *ex art. 23/25 Reg.*¹⁶⁹ e l'unico effetto di una proroga riconosciuta dall'art. 4, c. 1, l. n. 218/1995. È chiaro che il *locus "destinatae solutionis"* di una simile posizione giuridica dovrà localizzarsi nello Stato la cui giurisdizione è stata prorogata, con conseguente riconoscimento della *potestas iudicandi* del giudice prorogato. Nel caso invece di deroga *ex art. 4, c. 2, l. n. 218/1995*, le parti hanno fatto venir meno il potere di azione nei confronti del giudice italiano, per cui la "situazione giuridica" dedotta in giudizio può individuarsi nel loro onere di *non adire* il giudice italiano. *Locus "solutionis"* di un simile onere di contenuto negativo dovrà individuarsi, analogamente a quanto accade per le obbligazioni di *non facere* "a proiezione geografica limitata", ove si può porre in essere il comportamento che ne costituirebbe violazione¹⁷⁰. Anche in quest'ultimo caso si dovrà allora affermare la sussistenza della giurisdizione italiana¹⁷¹.

Vi è poi da chiedersi se il foro presso cui è stato instaurato un giudizio in cui rilevano gli effetti di un accordo abbia *sempre* giurisdizione sulla domanda, proposta dall'attore o dal convenuto, relativa alla validità ed efficacia dell'accordo stesso.

Credo che la risposta debba essere di regola positiva.

Se le parti hanno stipulato un valido ed efficace accordo sulla *Kompetenz-Kompetenz* ed il foro concretamente adito sia quello prorogato *ex art. 23/25 Reg.*, o *ex art. 4, c. 1, l. n. 218/1995*, questi avrà giurisdizione su tali azioni

¹⁶⁹ Come si è sottolineato nel primo volume, cap. II, § 5.

¹⁷⁰ V. DE CRISTOFARO, (PENASA), in CONSOLO (diretto da), *Codice cit.*, I, *sub art. 4*, pp. 246 s.; GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches cit.*, *sub Art. 5 EuGVVO*, pp. 218 s. In giurisprudenza Cass., sez. un., 14 giugno 1980, n. 3798, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1861; Cass., sez. un., 13 dicembre 1993, n. 12263, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 693; Cass., sez. un., 6 agosto 1998, n. 7714, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 583; Cass., 24 luglio 2007, n. 16296, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1218. Nel caso invece di obblighi di *non facere* "a proiezione geografica illimitata" si è esclusa l'operatività del foro contrattuale (v. Corte di Giustizia, 19 febbraio 2002, C-256/00, *Besix SA c. WABAG, Plafog*, in *Int'l lis*, 2002, p. 113, con nota adesiva di DE CRISTOFARO, *Obbligazioni di non fare a proiezione geografica illimitata e forum destinatae solutionis*)

¹⁷¹ Rispetto agli accordi sulla giurisdizione, non si pone il problema che si manifesta relativamente ai contratti, ossia quello dell'individuazione dell'obbligazione dedotta in giudizio nel caso di azioni di nullità o tendenti all'ablazione del vincolo contrattuale (su cui v. per tutti DE CRISTOFARO, *Il foro cit.*, pp. 428 ss.; FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale, L'art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Padova, 2006, pp. 269 ss.), poiché le posizioni giuridiche nascenti da uno *jurisdiction agreement* sono normalmente speculari, ossia hanno lo stesso contenuto per entrambe le parti del patto.

in base all'accordo stesso. La competenza giurisdizionale deve invece essere negata qualora la domanda sia proposta davanti al giudice derogato¹⁷².

Ove invece non si possa ravvisare alcun accordo sulla *Kompetenz-Kompetenz*, o questo sia invalido o inefficace, la questione dovrà esser risolta alla stregua delle regole ordinarie sulla competenza giurisdizionale. Perciò, qualora il giudice concretamente adito sia quello del *forum rei*, o del foro prorogato, o del foro derogato, in ipotesi di patto di deroga *ex art. 4, c. 2, l. n. 218/1995*, non si pone alcun problema, atteso che questi fori sono muniti di *potestas iudicandi* su un'azione relativa alla validità ed efficacia di un accordo sulla giurisdizione, in virtù dell'art. 2 o 5, n. 1, Reg. Più difficile è invece trovare un fondamento normativo per la giurisdizione del giudice di uno Stato europeo, davanti al quale sia fatta valere l'efficacia derogatoria di un accordo di proroga *ex art. 23/25 Reg.* All'uopo però si potrebbero seguire due differenti percorsi argomentativi.

L'uno dà rilievo al principio generale della *Kompetenz-Kompetenz*, per cui ogni giudice è giudice della propria competenza giurisdizionale. Tale principio risulterebbe (almeno in parte) vulnerato, qualora si negasse al giudice di decidere una questione – segnatamente quella relativa alla validità o all'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione – che si pone come pregiudiziale rispetto a quella di giurisdizione. Per poter essere a pieno titolo giudice della propria giurisdizione, questi deve, invece, poter conoscere di una simile questione, e così deve poterla anche decidere con efficacia di giudicato, in presenza di una domanda in tal senso di una delle parti. Alternativamente si può far riferimento all'art. 5, n. 1 Reg. È vero che, come si è osservato poco sopra, nel caso di *jurisdiction agreement ex art. 23/25 Reg.*, la posizione giuridica dedotta in giudizio è il potere di azione nei confronti del giudice prorogato, ma ove l'azione sia proposta nell'ambito di un giudizio in cui rileva l'efficacia derogatoria dell'accordo si potrebbe sostenere che quest'azione si rivolga *in primo luogo* contro tale efficacia, con la conseguenza che, eccezionalmente, la situazione giuridica dedotta in giudizio sia da individuarsi nell'onere di non adire il giudice derogato, onere il cui *locus "solutionis"* deve essere individuato nello Stato la cui giurisdizione risulta esclusa.

Sembra dunque di poter concludere che la competenza giurisdizionale su di un'azione relativa alla validità o all'efficacia di un accordo *ex art. 23/25 Reg.*, del giudice davanti a cui viene in rilievo l'effetto derogatorio di un si-

¹⁷² Si ricordi però quanto si è detto *supra*, alla nota 161, in ordine alla difficoltà che l'accordo di "secondo grado" possa aver riguardo altresì alle azioni attinenti ai patti di deroga riconosciuti dall'art. 4, c. 2, l. n. 218/1995.

mile accordo, rinvenga un adeguato fondamento di diritto positivo, qualora trovino applicazione le norme ordinarie in tema di giurisdizione.

Passiamo ora al secondo problema sopra individuato, ossia quello del coordinamento tra l'azione sulla validità o sull'efficacia di un accordo sulla giurisdizione e il giudizio in cui rilevano gli effetti dell'accordo medesimo.

Iniziamo da un patto riconosciuto dall'art. 23 Reg. Nel caso di contemporanea pendenza in due diversi Stati dell'Unione¹⁷³ di un'azione attinente la validità o l'efficacia di un simile patto e di un'azione rientrante nell'orbita oggettiva dell'accordo, troverà applicazione la disciplina dettata per la connessione delle cause. Per cui, se prima sia stata instaurata l'azione sulla validità o sull'efficacia, l'altra potrà essere sospesa *ex art. 28 Reg.* Attesa la forte connessione tra i due processi e segnatamente la dipendenza della *quaestio iurisdictionis* che si pone nella seconda azione rispetto alla decisione (di merito) che pronuncerà il primo giudice, si dovrebbe ritenere che il giudice prevenuto *debba* sospendere il processo, sempre che non rilevi che la prima azione sia stata proposta con intenti abusivi, ossia al solo fine di ritardare i tempi per ottenere la tutela nel merito nel secondo giudizio, di cui si prevedeva l'imminente instaurazione. Potrà poi applicarsi l'art. 28, c. 2, Reg., ove il secondo giudice verifichi che il primo abbia giurisdizione in ordine alla o alle controversie dedotte nel processo prevenuto.

Nel caso, invece, in cui l'azione attinente alla validità o alla efficacia dell'accordo venga proposta successivamente, essa sarà sospesa *ex art. 28, c. 1 Reg.*^{174 175} o, se sussistono tutte le condizioni richieste dal secondo comma

¹⁷³ Se la contemporanea pendenza si verifica innanzi a differenti giudici del medesimo Stato opereranno gli strumenti di coordinamento decisorio preveduti dalla *lex fori*. In Italia verranno allora in rilievo l'art. 40 e l'art. 295 c.p.c., sempre che si ritenga che tali norme possano applicarsi anche in questa peculiare ipotesi in cui una questione di merito è (eventualmente) pregiudiziale rispetto ad una di rito.

¹⁷⁴ In tal maniera il primo giudice non dovrà attendere il responso del secondo quanto alla validità ed efficacia dell'accordo sulla giurisdizione, ma dovrà egli stesso conoscerne senza limiti di sorta al fine di risolvere la *quaestio iurisdictionis* relativa alle controversie a lui sottoposte. Sicché la decisione del secondo giudice potrà rilevare solo rispetto alle altre controversie oggetto dell'accordo sulla giurisdizione che non siano ancora *sub iudice*. La sospensione in questo caso si rivela allora un ottimo strumento per evitare condotte ostruzionistiche e abusive di uno dei litiganti, venendo così incontro alle medesime esigenze che ha inteso soddisfare l'introduzione dell'art. 819-ter, c. 3, c.p.c.

¹⁷⁵ Tale ipotesi va però riferita all'instaurazione dell'azione sulla validità o efficacia dell'accordo in Stati dell'UE diversi dall'Italia. Nel nostro Paese, infatti, una simile azione deve ritenersi inammissibile in forza dell'applicazione analogica dell'art. 817-ter, c. 3, c.p.c., perché proposta dopo l'instaurazione del processo innanzi al giudice prorogato. Conseguentemente

di questa norma, sarà oggetto di una declinatoria di giurisdizione, funzionale a permetterne la riproposizione innanzi al primo giudice e così l'instaurazione del *simultaneus processus*.

Quando risulterà applicabile il nuovo Regolamento n. 1215/2012, dovrà escludersi la operatività della norma sulla connessione di cause, in tutte le ipotesi in cui l'azione relativa alla validità ed efficacia dell'accordo sia promossa davanti al giudice "derogato". Il nuovo art. 31, cc. 2 ss. Reg. stabilisce infatti che, nel caso di instaurazione di un processo davanti al giudice prorogato, «qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro sospende il procedimento fino a quando l'autorità giurisdizionale adita sulla base dell'accordo dichiara di non essere competente ai sensi dell'accordo». Come si è già avuto di osservare nella introduzione di questo secondo volume, per «qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro» si deve intendere qualsiasi giudice di uno Stato membro – differente da quello eletto in via esclusiva – innanzi al quale vengano in rilievo gli effetti dell'accordo. Si tratterà di regola del giudice che abbia visto eccepito il difetto della propria competenza giurisdizionale in base all'*electio fori*; ma si potrebbe anche trattare del giudice innanzi al quale sia stata esercitata un'azione sulla validità ed efficacia dell'accordo. Anche in questa ipotesi il giudice dovrà necessariamente sospendere il processo in attesa della pronuncia del giudice "prorogato", con conseguente inoperatività della norma sulla connessione europea^{176 177}. Continuerà ad operare tale disciplina nel caso opposto in cui

il giudice italiano dovrà rigettare in rito la domanda e non si porrà allora alcuna questione circa l'applicabilità dell'art. 28 Reg.

¹⁷⁶ Si potrebbero sollevare due obiezioni avverso l'applicabilità *in casu* dell'art. 31, c. 2, Reg. n. 1215/2012. Anzitutto, si potrebbe osservare che, nell'introduzione, si è ammessa l'operatività della norma nel solo caso di giudizi tra loro identici *europaeo iure*, mentre qui siamo in presenza di processi tra loro soltanto connessi. A ciò si deve però rispondere che in quella sede, si aveva riguardo alla sola ipotesi di connessione tra processi relativi a differenti rapporti giuridici sostanziali, qui invece si ha a che fare con una connessione affatto particolare: infatti dall'esito di un processo – segnatamente quello in cui è esercitata l'azione di accertamento della validità ed efficacia dell'accordo – dipende la soluzione della *quaestio iurisdictionis* che si pone nell'altro. La peculiarità della connessione qui rilevante può giustificare un eccezionale ampliamento dell'operatività del nuovo art. 31, c. 2, Reg., tenuto altresì conto che l'applicazione della disciplina della connessione – nella misura in cui prevede una sospensione meramente discrezionale – non esclude una decisione con efficacia di giudicato del giudice "derogato" sulla validità ed efficacia di un accordo sulla giurisdizione e perciò un esito del tutto contrario alla priorità che il novellato Regolamento riconosce – sia pure entro certi limiti – al giudice "prorogato", di pronunciarsi sulla *electio fori*.

Inoltre, con riguardo al caso in cui il processo davanti al giudice "prorogato" risulti preveniente, si potrebbe essere indotti ad escludere l'applicazione della norma perché – come si è

l'azione sulla validità ed efficacia dell'accordo sia stata invece istaurata davanti al giudice "prescelto": non siamo qui in presenza di «un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro al quale un accordo di cui all'articolo 25 conferisce competenza esclusiva», poiché la giurisdizione è di regola determinata in base alle ordinarie norme sulla competenza giurisdizionale. L'art. 31, c. 2, Reg. n. 1215/2012 non si applicherà neppure qualora sia stato pattuito un accordo "di secondo grado" o sulla *Kompetenz-Kompetenz*, poiché lo «accordo» cui ha riguardo la disposizione è quello che ha rilievo nell'ambito del giudizio pendente davanti al giudice "derogato" e, in quest'ultimo, si ha unicamente riguardo all'accordo "di primo grado".

Si deve infine considerare l'ipotesi della contemporanea pendenza di due azioni sulla validità o sull'efficacia di un accordo ex art. 23 Reg., l'una proposta "in via autonoma" e l'altra nell'ambito di un giudizio in cui vengono in rilievo gli effetti dell'accordo medesimo. Qualora sia proposta per seconda l'azione "autonoma", il giudice di questa dovrà fare applicazione dell'art. 27 Reg. Nel caso contrario, sarà il giudice del processo relativo a una o più delle controversie oggetto dell'accordo a dover applicare la norma europea sulla litispendenza. Ma, si badi, solo in ordine all'azione sulla validità ed efficacia dell'accordo davanti a lui proposta; relativamente alle altre azioni opererà, invece, l'art. 28 Reg. nel modo già veduto innanzi, con la conseguenza che dove il giudice ritenesse abusiva la proposizione in un altro Stato dell'azione "autonoma" e così decidesse di non sospendere il processo, potrebbe egli stesso conoscere (ma non invece decidere) della validità dell'accordo: si comporterebbe, insomma, come se la parte avesse proposto soltanto un'eccezione relativa alla validità o all'efficacia dell'accordo. Quando sarà applicabile il Regolamento n. 1215/2012, in quest'ultimo caso la soluzione

rilevato nell'introduzione: v. pp. 20 s. – questa opera nei soli confronti del giudice "derogato" primo adito. Si deve però osservare che tale conclusione veniva tratta perché già la disciplina della litispendenza permette di perseguire gli scopi avuti di mira dal legislatore europeo con l'introduzione dell'art. 31, c. 2, Reg. n. 1215/2012. Nel peculiare caso con cui abbiamo ora a che fare, non può invece entrare in gioco il regime della litispendenza, bensì quello della connessione, che prevede una sospensione del processo non già doverosa, ma meramente discrezionale. Non si garantisce perciò *a priori* al giudice eletto la priorità a pronunciarsi sulla validità ed efficacia dell'accordo sulla giurisdizione. In ragione di ciò si dovrà anche qui ammettere l'operare dell'art. 31, c. 2, Reg. n. 1215/2012.

¹⁷⁷ In questa peculiare ipotesi si dovrà escludere che il giudice innanzi al quale sia stata proposta l'azione di accertamento della validità ed efficacia dell'accordo sulla giurisdizione debba – prima di sospendere il processo – verificare la validità ed efficacia *europaeo iure* dell'accordo.

sarà diversa, ove il secondo processo sia stato instaurato innanzi al giudice “prorogato” in via esclusiva: nel giudizio preveniente si dovrà fare infatti applicazione dell’art. 31, c. 2, Reg. ed è perciò escluso che nell’altro possa operare la norma europea sulla litispendenza.

Veniamo ora a un accordo *ex art. 4 l. n. 218/1995*. Se all’estero pende un’azione sulla validità o sull’efficacia di un simile accordo e in Italia un giudizio avente ad oggetto delle controversie cui tale accordo si riferisce, si deve ritenere che i due processi non risultino legati da alcuna connessione giuridicamente rilevante, con la conseguente inapplicabilità sia dell’art. 28 Reg., sia dell’art. 7, c. 3, l. n. 218/1995. Infatti l’azione proposta all’estero avrà ad oggetto i soli effetti che l’accordo esplica nello Stato del giudice adito, per cui non può avere alcun rilievo nell’ambito del giudizio instaurato in Italia, ove il patto viene in gioco soltanto nella misura in cui incide sulla giurisdizione dei nostri giudici. In forza di tali considerazioni, non può neppure predicarsi l’identità tra due azioni relative alla validità o all’efficacia di un accordo sulla giurisdizione italiana *ex art. 4 l. n. 218/1995* proposte in Stati differenti, per cui, in simili ipotesi, si deve escludere l’applicabilità della disciplina della litispendenza, internazionale o europea che sia.

Capitolo Quarto

L'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti delle parti e dei terzi

1. Gli accordi ex art. 4 l. n. 218/1995. L'efficacia di un accordo sulla giurisdizione rispetto alle parti è subordinata al fatto che queste si affermino titolari dei rapporti che costituiscono oggetto dell'accordo

Tema di questo capitolo è l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti delle parti e dei terzi: per cui, da una parte, si stabiliranno quali siano le condizioni perché tali patti producano effetti rispetto a coloro che li hanno conclusi e, dall'altra, si esaminerà se e in quali ipotesi essi possono aver efficacia anche nei confronti dei terzi, ossia – in base a quanto acquisito nel precedente capitolo – di soggetti che non ne siano autori *in senso giuridico*.

Il tema è stato trattato in un ampio studio sull'efficacia *ultra partes* degli accordi arbitrali¹ – sulla scia di Enrico Redenti² – *sub specie* di legittimazione delle parti a compromettere, intesa quale titolarità del potere di concludere un accordo compromissorio avente effetti nella propria o (anche) nell'altrui sfera giuridica. Si è così fatto uso di una nozione che risulta assai controversa nell'ambito della teoria generale del negozio giuridico³. Ed è proprio la non

¹ Ci si riferisce a E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., pp. 244 ss.

² Cfr. REDENTI, voce «*Compromesso*» cit., pp. 793, 801 s. L'Autore parla della legittimazione solo come condizione di efficacia dell'accordo compromissorio nei confronti delle parti che l'hanno concluso. È invece E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., in part. 277 ss., che – utilizzando una terminologia di chiara ascendenza processualistica – pone accanto alla legittimazione ordinaria a compromettere pure una legittimazione straordinaria, consistente nel potere di concludere un accordo compromissorio efficace nell'altrui sfera giuridica.

³ La nozione di legittimazione è stata "importata" dal campo degli studi processualistici, ove è stata elaborata, a quello della teoria generale del negozio ad opera di Francesco Carnelutti, che l'ha configurata come una *species* del *genus* qualificazione dei rapporti giuridici, la quale consisterebbe nella «combinazione tra due rapporti dei quali uno (*prius*) si chiama rapporto

pacificità di tale categoria dogmatica, che sconsiglia di impostare il discorso sull'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti delle parti e dei terzi in termini di legittimazione. Ciò, del resto, non avrà riflessi sugli esiti dell'indagine, che coincideranno in gran parte con quelli attinti nel recente studio sopra ricordato. Esiti che, peraltro, potranno essere agevolmente "tradotti" in termini di legittimazione perché, ogni qualvolta si riconoscerà agli accordi sulla giurisdizione efficacia rispetto alle parti e ai terzi, si dovrà necessariamente affermare la titolarità in capo alle parti del potere di concluderli (dato che il potere altro non è che l'attitudine di un soggetto a compiere efficacemente un atto) e con ciò la loro legittimazione.

Per maggior chiarezza espositiva è opportuno procedere a una trattazione separata delle due generali tipologie di accordi che il nostro ordinamento conosce. Nel presente e nei successivi paragrafi si prenderanno pertanto in considerazione i patti riconosciuti dall'art. 4 l. n. 218/1995, mentre le questioni in parte differenti che pongono gli accordi *ex art. 23/25 Reg.* saranno esaminate a partire dal nono paragrafo.

qualificante e il secondo (*posterius*) rapporto qualificato» (CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 182 ss.; v. anche ID., *Sistema del diritto processuale civile*, II, cit., p. 142; ID., *Legittimazione a comprare*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, pp. 502 ss.). Tale categoria dogmatica ha poi trovato una importante sistemazione quale presupposto soggettivo-oggettivo del negozio ad opera di Emilio Betti (BETTI, *Teoria generale del negozio* cit., pp. 149 ss.). L'illustre Maestro definisce la legittimazione come competenza della parte negoziale a ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento d'interessi avuto di mira, competenza che risulta da una specifica posizione del soggetto rispetto agli interessi che si tratta di regolare. Tale nozione ha avuto da principio ampio accoglimento in dottrina (v., ad es., FALZEA, *Il soggetto* cit., pp. 184 ss.; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio* cit., pp. 641 ss.; GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936, pp. 18 ss.; più di recente, BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 64 ss.). Successivamente si sono però levate varie voci critiche rispetto alla configurazione della legittimazione quale autonoma categoria nell'ambito della teoria generale del negozio giuridico. Si è rilevato anzitutto che tale nozione manca di univocità, dato che la dottrina vi ha ricondotto ipotesi eterogenee e non riconducibili ad unità (cfr. RESCIGNO, voce «*Legittimazione (diritto sostanziale)*», in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, pp. 718, 720; ID., voce «*Legittimazione*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 523; DI MAJO, voce «*Legittimazione negli atti giuridici*», in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 60). Si sottolinea, poi, che quand'anche si usasse il termine "legittimazione" soltanto per indicare che i privati sono, in linea di principio, abilitati a regolare e a disporre dei propri interessi, non si farebbe altro che definire il concetto di autonomia privata (v. DI MAJO, voce «*Legittimazione* cit., p. 56) e la relativa nozione si rivelerebbe allora un inutile "doppione", privo di reale autonomia dogmatica. Per un recente e più ampio panorama del dibattito dottrinale su questo tema v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., pp. 246 ss.; EAD., *Note sulla legittimazione compromettere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 1128 ss.

Sarà chiaramente la legge italiana, nella sua veste di legge regolatrice dei patti riconosciuti dal nostro sistema di diritto processuale civile internazionale, a disciplinarne l'efficacia nei confronti delle parti e dei terzi.

Occupiamoci anzitutto dell'efficacia rispetto alle parti e, più in particolare, delle condizioni che debbono sussistere perché questa si produca. Non essendovi alcuna norma che si occupi specificatamente della questione si dovrà ricorrere all'analogia, facendo così riferimento al principio di relatività dei contratti – consacrato all'art. 1372 c.c. – secondo il quale essi di regola esplicano i loro effetti nella sfera giuridica delle sole parti. Ciò implica che, affinché un negozio possa produrre effetti, le posizioni giuridiche che ne costituiscono l'oggetto debbono appartenere alla sfera giuridica delle parti del negozio medesimo.

Si può allora dire che un accordo sulla giurisdizione avrà effetti nei confronti delle parti solo se queste sono titolari (attualmente o anche solo potenzialmente) dell'azione e della *Gerichtspflichtigkeit*, che ne costituiscono l'oggetto. Titolare dell'azione è, anzitutto, chi ha la legittimazione ordinaria e dunque chi si afferma soggetto (attivo o passivo) del rapporto giuridico cui l'azione medesima attiene⁴. Titolare della *Gerichtspflichtigkeit* è colui al quale è riconosciuta la *legitimatio ad causam* passiva, ossia colui che, nella prospettiva di chi agisce in giudizio, è la controparte nel rapporto giuridico ivi fatto valere⁵.

Questa regola generale dovrà adattarsi alle differenti *species* di accordi sulla giurisdizione. Così, un patto relativo a una azione determinata sarà efficace solo ove il futuro attore (almeno implicitamente) da una parte si affermi soggetto del rapporto (risultando così titolare dell'azione oggetto del negozio), dall'altro prospetti il futuro convenuto come sua controparte nel medesimo rapporto (sì che quest'ultimo sia soggetto al doveroso esercizio del potere giurisdizionale del giudice italiano)⁶.

Un accordo sulla giurisdizione relativo ad azioni determinabili, concernenti un rapporto giuridico non contrattuale, produrrà effetti nei confronti

⁴ V., per tutti, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., p. 191; ATTARDI, *L'interesse cit.*, p. 219; ID., *Diritto cit.*, pp. 316 s.; LUISO, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., I, cit., p. 214; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., I, cit., p. 57.

⁵ Cfr. per ogni altro CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., p. 191; ATTARDI, *Diritto cit.*, pp. 316 s.; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., I, cit., p. 58.

⁶ Cfr., nel medesimo senso, rispetto al compromesso, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione cit.*, pp. 268 s., la quale ritiene che legittimati ordinari siano coloro che si affermano titolari della situazione sostanziale dedotta nel patto compromissorio.

delle parti se queste si affermino (e si riconoscano reciprocamente) come le titolari (attive o passive) del rapporto stesso.

Infine, una clausola sulla giurisdizione relativa a un contratto, potrà spiegare i suoi effetti solo ove conclusa dalle parti (intese come autrici in senso giuridico) del contratto stesso⁷. Queste infatti, sia pur implicitamente, si affermano e (si prospettano vicendevolmente) come titolari (attivi o passivi) dei rapporti giuridici nascenti dal contratto, attesa la normale correlazione tra i soggetti dell'atto e i soggetti investiti dai relativi effetti.

Qualora però tale correlazione eccezionalmente non si dia e, dunque, si abbia a che fare con un contratto volto a produrre effetti (anche) nei confronti di un terzo, la clausola sulla giurisdizione conclusa dalle parti contrattuali e relativa a tutte le controversie attinenti al contratto non potrà *sic et simpliciter* ritenersi efficace in ordine alle azioni (e alle correlative soggezioni alla giurisdizione) relative alle posizioni giuridiche che al terzo derivano dal contratto. Si tratta infatti di azioni che non pertengono alla sfera delle parti, perché relative a rapporti che esse stesse configurano in capo a terzi. Pertanto delle due l'una: o si individua nel nostro ordinamento una specifica norma che, in deroga al principio di relatività dei negozi, ammetta eccezionalmente l'efficacia di una clausola siffatta anche rispetto alle azioni (e *Gerichtspflichtigkeiten*) relative agli effetti contrattuali che investono il terzo⁸; oppure si dovrà affermare che in simili casi la clausola sulla giurisdizione avrà un ambito di efficacia rigorosamente limitato alle azioni (e alle correlative soggezioni alla giurisdizione) relative a quei soli effetti contrattuali di cui le parti si attribuiscono, per implicito, la titolarità⁹.

⁷ Rispetto alla clausola compromissoria è la stessa interpretazione dell'art. 808 c.p.c. che conduce a questa conclusione. La norma stabilisce infatti che «[L]e parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri» e col termine «parti» sembra riferirsi proprio agli autori (in senso giuridico) delle dichiarazioni contrattuali. Cfr., in tal senso, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 270, che mostra come questa non sia altro che la trasposizione, nello specifico campo delle clausole compromissorie, della regola generale sulla legittimazione ordinaria a compromettere.

⁸ Come si vedrà *infra*, § 4, tale norma dovrebbe essere individuata nell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c., dettato in ordine alle clausole compromissorie, ma suscettibile di applicazione analogica alle clausole sulla giurisdizione.

⁹ È appena il caso di sottolineare che un accordo sulla giurisdizione efficace nei confronti delle parti vincolerà anche coloro che agiscono in giudizio quali rappresentanti processuali di queste ultime. Questa non è però una ipotesi di efficacia *ultra partes* degli accordi sulla giurisdizione, poiché – come si è già considerato *supra* nel cap. III, § 1 – il rappresentan-

2. L'inefficacia dell'accordo sulla giurisdizione concluso dal solo sostituto processuale e l'efficacia dell'accordo pattuito dal legittimato ordinario nei confronti di quello straordinario

Abbiamo dunque concluso che un accordo sulla giurisdizione è efficace tra le parti se queste abbiano la *legitimatio ad causam* attiva o passiva con riguardo alle controversie cui l'accordo si riferisce. Bisogna ora chiedersi se eguale efficacia si possa riconoscere quando una delle parti dell'accordo sia un legittimato straordinario ad agire o, detto altrimenti, un sostituto processuale e abbia dunque, per espressa previsione di legge (*ex art. 81 c.p.c.*)¹⁰,

te (sostanziale o processuale) compie un'attività che deve essere imputata giuridicamente al rappresentato.

¹⁰ La sussistenza in capo a un soggetto della legittimazione straordinaria ad agire, secondo una parte della dottrina, deve essere vagliata alla stregua della *lex fori*: in tal senso cfr. ALLORIO, *Per la chiarezza di idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, c. 968; ID., *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 133 s.; MICHELI, *Considerazioni sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 581 s.; ATTARDI, voce «*Legittimazione ad agire*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 532, i quali, partendo dall'esatta premessa che la *legitimatio ad causam* è una questione di rito, deducono l'applicabilità della *lex fori* quale legge regolatrice del processo. Sul presupposto, invece, che la legittimazione costituisca una questione preliminare di merito, altra parte della dottrina conclude per l'operatività della *lex causae* (così SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, c. 177; BETTI, *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, c. 766; BARATTA, in *Commentario cit.*, in *Le nuove leg. civ. comm.*, 1996, sub art. 12, p. 1010; RUFFINI, *Sulla legge regolatrice della legittimatio ad causam*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 1178 ss.). Si veda poi la recente peculiare posizione di B. UBERTAZZI, *La capacità cit.*, p. 381; EAD., *La capacità processuale cit.*, p. 145, secondo la quale la legittimazione ad agire dovrebbe essere annoverata tra le capacità speciali contemplate dagli artt. 20, c. 2 e 21, c. 2, l. n. 218/1995 e sarebbe perciò soggetta alla *lex substantiae actus*. L'Autrice non individua quale sia in concreto questa legge, tuttavia si dovrebbe trattare pur sempre della *lex fori*, poiché questa è la legge regolatrice della "sostanza" dell'*actus* che qui viene in rilievo, ossia della domanda giudiziale.

Vi è da chiedersi se, una volta ritenuta la legittimazione ad agire una questione di rito, si debba necessariamente concludere per l'indiscriminato imperio della *lex fori*, o si debbano invece fare delle debite distinzioni. Come rilevato nel primo volume, cap. II, § 1, l'operatività della *lex fori* rispetto alle questioni di natura processuale costituisce soltanto la regola, soggetta a eccezioni, esplicite nel caso di espresso richiamo di una legge straniera, o implicite, ove vengano in rilievo istituti processuali caratterizzati da forti nessi col diritto sostanziale. Nel caso della legittimazione straordinaria ad agire ci troviamo proprio all'interno di questa seconda categoria di ipotesi, tutte le volte in cui essa sia attribuita per tutelare un interesse sostanziale del legittimato straordinario (si pensi, nel diritto italiano, all'azione surrogatoria *ex art. 2900 c.c.*, conferita al creditore a tutela della garanzia patrimoniale generica del suo credito, o alla *confessoria* e *negatoria servitutis* riconosciute dall'art. 1012, c. 2, c.c. all'usufruttuario allo scopo di assicurargli il pieno godimento del bene oggetto del suo diritto). Pertanto,

il potere di dedurre in giudizio una posizione giuridica soggettiva (che egli stesso afferma essere) altrui.

Di primo acchito, sembrerebbe potersi rispondere in senso positivo. Si è già veduto che un accordo sulla giurisdizione ha efficacia nei confronti delle parti, solo se queste sono titolari delle azioni che ne costituiscono l'oggetto. Il legittimato straordinario è titolare di un proprio potere d'azione, autonomo e distinto rispetto a quello che sta in capo al legittimato ordinario, per cui egli dovrebbe aver la possibilità di concludere un accordo sulla giurisdizione che espliciti effetti sulla propria azione.

Si deve però considerare che nel nostro ordinamento vige una (implicita) regola che, nel caso di sostituzione processuale, impone il litisconsorzio necessario con il sostituito¹¹. Pertanto, qualora il legittimato straordinario de-

in tutti i casi di legittimazione straordinaria ad agire dettata da ragioni di diritto sostanziale, la sussistenza della medesima andrà vagliata non già alla stregua della *lex fori*, ma della legge individuata sulla base delle norme di conflitto del foro (nel medesimo senso, nella dottrina tedesca, RIEZLER, *Internationales cit.*, p. 427; GEIMER, *Internationales cit.*, p. 786; SCHÜTZE, *Deutsches cit.*, pp. 115 s.; SCHACK, *Internationales cit.*, pp. 213 s.; NAGEL, GOTTWALD, *Internationales cit.*, p. 248; FRAGISTAS, *Die Prozesstandschaft im internationalen Prozessrecht*, in *Festschrift Hans Lewald*, Basel, 1953, p. 481; BIRK, *Die Einklang fremder Rechte (action oblique, azione surrogatoria, acción subrogatoria) im internationalen Privat- und Prozeßrecht*, in *ZZP*, 1969, p. 84; MOCK, *Die actio pro socio im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, in *RabelsZ*, 2008, p. 293). Diversamente si dovrà concludere nei casi di sostituzione processuale giustificata da ragioni di diritto processuale (si pensi, in Italia, alle ipotesi previste dall'art. 108 e 111 c.p.c., su cui v. *infra*, note 11 e 14): qui viene meno l'eccezione, riprendendo così a vigere la regola della normale operatività della *lex fori* (GEIMER, *Internationales cit.*, p. 789; SCHÜTZE, *Deutsches cit.*, pp. 114 s.; SCHACK, *Internationales cit.*, p. 214; NAGEL, GOTTWALD, *Internationales cit.*, p. 248).

¹¹ V., per tutti, PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, pp. 100 ss., 634 s.; ID., *Dell'esercizio dell'azione*, in ALLORIO (diretto da), *Commentario cit.*, Libro I, Tomo II, cit., *sub art.* 102, pp. 1111 s.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., pp. 409, 417 s.; ATTARDI, *Diritto cit.*, pp. 323, 356. A tale regola generale si può derogare solo per espressa previsione di legge e così nell'ipotesi dell'art. 108 c.p.c., ove si stabilisce che, a seguito dell'estromissione del garantito dal giudizio che lo oppone al molestante, il garante diviene suo sostituto processuale; e in quella dell'art. 111, cc. 1 e 2, c.p.c., in cui si prevede la sostituzione processuale del dante causa o dell'erede rispetto al successore a titolo particolare rispettivamente *inter vivos* o *mortis causa*, stabilendo soltanto che questi possano intervenire nel processo. In questo caso, tuttavia, si potrà parlare di sostituzione processuale solo a patto che il dante causa o l'erede modifichi la domanda originariamente proposta deducendo così in giudizio il rapporto facente ora capo all'avente causa (cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., p. 445, 455). Tutto ciò chiaramente implica l'accoglimento della teoria della rilevanza – su cui v. qualche cenno *infra*, Cap. V, § 7, pp. 239 s., testo e nota 59 – altrimenti si potrebbe ravvisare un caso di sostituzione processuale solo nel terzo comma dell'art. 111, nella parte in cui prevede la possibilità di estromettere il dante causa o l'erede: così ATTARDI, *Diritto cit.*, p. 339).

duca in giudizio una posizione giuridica altrui, dovrà convenire in giudizio pure il legittimato ordinario e, in mancanza, il giudice dovrà ordinare l'integrazione del contraddittorio, secondo quanto dispone l'art. 102 c.p.c. Se ne deduce che l'azione attribuita al sostituto processuale deve necessariamente essere esercitata nei confronti, non solo della (prospettata) controparte del rapporto dedotto in giudizio, ma anche del legittimato ordinario ad agire e che dunque titolare della correlativa *Gerichtspflichtigkeit* è altresì quest'ultimo soggetto¹². Un accordo sulla giurisdizione avente ad oggetto l'azione del sostituto processuale dovrà allora essere concluso da tutti i titolari della correlativa *Gerichtspflichtigkeit*, per cui qualora vi partecipi il solo sostituto e non invece il sostituito, non potrà avere alcuna efficacia, neppure nei confronti del solo legittimato straordinario^{13 14}.

La norma processuale che prescrive il litisconsorzio necessario del sostituto opererà quand'anche il potere d'azione del sostituto trovi fondamento in una legge diversa da quella italiana. Il che è ben possibile ove si accolga quanto rilevato alla nota precedente in ordine all'operare non già della *lex fori*, bensì della legge applicabile alla stregua delle norme di conflitto del foro, con riguardo alla legittimazione straordinaria giustificata da ragioni di diritto sostanziale). Infatti la legge straniera richiamata si limiterà a stabilire se *in casu* sussista o meno il potere di azione del sostituto processuale, mentre spetterà comunque alla legge italiana stabilire se il sostituito debba o meno partecipare necessariamente al processo. Tale partecipazione è infatti giustificata da ragioni eminentemente processuali di tutela (nel massimo grado) del diritto di difesa del sostituito a fronte della decisione della legge di vincolarlo al giudicato che concluderà il processo, a sua volta ispirata all'esigenza di evitare che chi è stato convenuto dal sostituto possa poi affrontare un nuovo processo *de eadem re* instaurato dal legittimato ordinario, evidentemente insoddisfatto dall'esito del primo giudizio (sulla *ratio* della previsione del litisconsorzio necessario del sostituto, con particolare riguardo all'ipotesi di azione surrogatoria *ex art. 2900 c.c.*, cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., p. 211) .

¹² Si potrebbe affermare che l'azione del sostituto processuale è plurisoggettiva, poichè deve necessariamente essere esercitata nei confronti di una pluralità di soggetti: per una tale nozione v. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, pp. 183 ss., che tuttavia non annovera l'ipotesi di cui si discorre nel testo nell'ambito di questa categoria.

¹³ Nel medesimo senso, rispetto alle convenzioni arbitrali, ma con argomenti differenti da quelli qui utilizzati, cfr. CARLEO, *Le vicende* cit., p. 105. L'Autore, trattando dell'azione surrogatoria rileva che il *creditor creditoris* non può compiere alcun atto di disposizione in ordine ai diritti nei quali intende surrogarsi ed è perciò privo della necessaria capacità di compromettere richiesta dall'allora vigente art. 807 c.p.c.

¹⁴ Vien fatto di chiedersi cosa accada nelle eccezionali ipotesi (v. *supra*, nota 11) in cui la nostra legge non ritiene necessaria la partecipazione al giudizio del sostituito e non si possa allora invocare, in capo al sostituito, la titolarità di una *Gerichtspflichtigkeit*, per negare al sostituto processuale la possibilità di concludere un efficace accordo sulla giurisdizione. Si deve osservare che, nel caso di estromissione del garantito, risulta poco verisimile che il garante e il "molestante" concludano un accordo sulla giurisdizione (relativo all'azione sul rapporto molestante-garantito), sia prima dell'instaurazione del giudizio, poichè allora il garante non era

In tema di sostituzione processuale, si pone anche l'ulteriore questione se l'accordo sulla giurisdizione stipulato dai legittimati ordinari abbia efficacia rispetto all'azione di cui è titolare il sostituto processuale.

All'uopo è necessario individuare i rapporti che sussistono tra l'azione concessa al legittimato ordinario e quella attribuita al legittimato straordinario ad agire. Entrambe hanno ad oggetto lo stesso rapporto giuridico, quello tra sostituito e terzo, e sono pertanto eguali se riguardate dal punto di vista oggettivo. Esse si differenziano, invece, sotto il profilo soggettivo, poiché di una è titolare il legittimato ordinario e dell'altra il sostituto processuale. Dunque se ne potrà predicare l'identità o la differenza a seconda che assuma preminenza il loro aspetto oggettivo o invece soggettivo. Così, si afferma pacificamente l'identità delle due azioni ai fini dell'applicazione delle norme sulla litispendenza e sul giudicato, con la conseguenza che, in ipotesi di contemporanea pendenza di due giudizi, l'uno instaurato dal legittimato ordinario e l'altro dal sostituto processuale, trova applicazione la norma sulla litispendenza a prescindere da quale dei due processi sia stato instaurato per primo¹⁵; e che la cosa giudicata sostanziale formatasi a seguito dell'azione

ancora sostituto processuale, sia *lite pendente*, una volta verificatasi l'estromissione del garantito, perché il molestante in linea di principio aspira a una pronuncia sul merito e dunque non consentirebbe – almeno nella normalità dei casi – a un atto che l'emanazione di una siffatta pronuncia venga ad escludere. Non pare pertanto necessario domandarsi se il garante, nella veste di sostituto del garantito, possa concludere un efficace accordo sulla giurisdizione.

Un discorso sostanzialmente analogo può esser fatto anche per l'altra ipotesi di sostituzione processuale senza litisconsorzio necessario, ossia quella preveduta dall'art. 111 c.p.c. Da una parte, è improbabile che il dante causa e la parte che "subisce" l'evento successorio stipolino, prima dell'instaurazione del processo che li vedrà contrapposti, un accordo sulla giurisdizione in ordine all'azione – eccezionalmente attribuita al dante causa – relativa al rapporto del successore: in quel momento non soltanto il (futuro) dante causa non è ancora sostituto processuale, ma non si è neppure verificata alcuna successione nel rapporto. Dall'altra parte, non si può credere che un simile accordo possa essere stipulato neppure dopo che sia stato dedotto in giudizio il rapporto del successore: se infatti il dante causa è l'attore non avrebbe alcuna ragione di preferire un giudice diverso da quello cui egli stesso si è rivolto; se il dante causa è il convenuto, allora sarà la parte che ha "subito" l'evento successorio ad opporsi a un accordo che privi della giurisdizione il giudice adito. Diversa è invece la questione circa l'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione, stipulato dal dante causa e relativo alle azioni sul rapporto di cui questi è (asseritamente) titolare, rispetto alle azioni relative al rapporto dell'avente causa, questione che sarà ampiamente discussa nel Cap. V, cui dunque si rinvia.

¹⁵ V. FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, pp. 102 ss.; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in ALLORIO (diretto da), *Commentario cit.*, Libro II, Tomo I, Torino, 1980, pp. 174 s.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., I, cit. p. 211. V. però la diversa posizione di ATTARDI, *Diritto cit.*, p. 138, che ritiene in tal caso operante la disciplina dettata in tema di continenza.

esperita dal legittimato, ordinario o straordinario, potrà esser fatta valere per paralizzare l'azione successivamente proposta dall'altro, col rigetto in rito della domanda per *ne bis in idem*¹⁶. Questa affermazione è perfettamente logica, poiché ciò che rileva ai fini dell'applicazione delle norme sulla litispendenza e sul giudicato, è l'oggetto del giudizio e del giudicato e quindi il profilo oggettivo dell'azione.

Si tratta, allora, di determinare se, ai fini dell'applicazione delle norme sulla giurisdizione, si deve tenere in prevalente considerazione il profilo soggettivo o oggettivo di tali azioni. Sicuramente in questo campo assume centrale rilievo l'oggetto del giudizio, perché le norme sulla giurisdizione attribuiscono ai giudici di un determinato Stato il dovere di decidere con efficacia di giudicato *su determinati oggetti di giudizio*; sia perché, più in particolare, tutte le norme sulla giurisdizione – ad esclusione di quelle che istituiscono dei fori generali – danno specifico rilievo alla posizione giuridica dedotta in giudizio. Ne segue che, anche ai fini dell'applicazione delle norme sulla giurisdizione, si deve guardare soltanto all'oggetto delle azioni di cui sono titolari il sostituto processuale e il sostituito e dunque affermarne l'identità, nonostante le già rilevate differenze soggettive.

La ravvisata identità tra le due azioni conduce a ritenere che un accordo sulla giurisdizione, stipulato dal legittimato ordinario, esplica i suoi effetti anche rispetto all'“identica” azione del sostituto processuale¹⁷. Si ottiene così un medesimo risultato rispetto a quello raggiunto dalla dottrina pressoché unanime nell'attiguo campo delle convenzioni arbitrali¹⁸.

¹⁶ Cfr. GARBAGNATI, *La sostituzione* cit., pp. 280 s.

¹⁷ L'identità tra le due azioni non potrebbe invece essere “sfruttata” per affermare l'efficacia dell'accordo concluso dal solo sostituto nei confronti del sostituito, perché un simile patto, come già considerato, non ha efficacia neppure nei confronti del legittimato straordinario ad agire e dunque *a fortiori* non potrà averla rispetto al legittimato ordinario.

¹⁸ Nel senso che la convenzione arbitrale conclusa dal legittimato ordinario ad agire abbia efficacia anche nei confronti del sostituto processuale cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 363. V. anche MURONI, *La pendenza* cit., pp. 152 s., che afferma l'ammissibilità della sostituzione processuale nel giudizio arbitrale, rilevando come, a tal fine, conti soltanto che la parte sostanziale del processo, e dunque il sostituito, sia parte dell'accordo compromissorio, non risultando invece necessario che parte sia il sostituto, al quale invece – verrebbe fatto di aggiungere – si estendono gli effetti del patto concluso dal legittimato ordinario. Il resto della dottrina si è pronunciata facendo esclusivo riferimento all'efficacia dell'accordo compromissorio rispetto al creditore che agisca in surrogatoria, giustificata però sulla base del fatto che il surrogante non esperisce una azione autonoma, ma esercita la stessa azione che poteva essere esercitata dal suo debitore: v. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, cit., p. 106; CODOVILLA, *Del compromesso* cit., pp. 275 ss.; BENATTI, *Sulla circolazione* cit., pp. 20 s.; MURONI, *L'ambito soggettivo di efficacia della clausola*

D'altronde, anche altre considerazioni (di carattere pratico) spingono alla medesima conclusione. Se infatti si ritiene che un accordo, poniamo di deroga alla giurisdizione italiana *ex art. 4, c. 2, l. n. 218/1995*, concluso dal legittimato ordinario, non abbia efficacia anche nei confronti del sostituto, quest'ultimo potrebbe benissimo dedurre in giudizio la posizione giuridica del sostituito in Italia, senza che gli si possa fondatamente opporre l'esistenza della deroga. L'iniziativa del sostituto processuale, quindi, ove si escluda una chiusura in rito del processo italiano, vanificherebbe gli effetti dell'*electio fori* del legittimato ordinario e così verrebbe sostanzialmente a negargli il potere di disporre della propria azione nei confronti del giudice italiano per mezzo di un accordo sulla giurisdizione. Per salvaguardare tale potere è invece necessario postulare l'efficacia del patto concluso dal legittimato ordinario rispetto al sostituto processuale¹⁹.

compromissoria e la sua opponibilità al creditore attore in surrogatoria, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 1527; CONSOLO, *Postilla: Su arbitrato, azione surrogatoria e designazione degli arbitri*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 1529; SALVANESCHI, *L'arbitrato cit.*, pp. 111 s.; PUNZI, *Disegno cit.*, I, pp. 548 ss.; FESTI, *La clausola cit.*, pp. 288 s. Nel medesimo senso in giurisprudenza v., sia pure *in obiter*, Cass., 25 maggio 1995, n. 5724, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 1523, con nota di MURONI, *L'ambito soggettivo cit.*, e postilla di CONSOLO, *Postilla cit.*; in *Corr. giur.*, 1995, p. 1373, con nota di CECHELLA, *I limiti soggettivi di efficacia del patto compromissorio. Contra CARLEO, Le vicende cit.*, pp. 103 ss.

¹⁹ Analoghe considerazioni possono farsi per un accordo di proroga della giurisdizione italiana riconosciuto dall'art. 4, c. 1, l. n. 218/1995 (tra soggetti con domicilio extraeuropeo, che sarà rilevante nei giudizi instaurati sino al 9 gennaio 2015, o relativo a liti escluse dall'ambito di applicazione dei Regolamenti sulla giurisdizione). Se si ritiene che un simile accordo, concluso dal legittimato ordinario, non abbia efficacia anche nei confronti del sostituto, quest'ultimo potrebbe benissimo dedurre in giudizio la posizione giuridica del sostituito innanzi a uno dei giudici derogati (ove la legge che questi debbono applicare riconosca al soggetto in questione il potere di dedurre in giudizio un rapporto giuridico altrui). Se si tratta, più in particolare, del giudice di uno Stato non appartenente all'Unione Europea (o anche di un giudice europeo, allorché la controversia oggetto dell'accordo, come anche del giudizio, esuli dall'ambito di applicazione dei Regolamenti sulla giurisdizione), un successivo processo instaurato in Italia dal legittimato ordinario dovrebbe esser sospeso per litispendenza internazionale *ex art. 7, c. 1, l. n. 218/1995*. Per evitare ciò a nulla varrebbe rilevare che la sentenza non sarebbe riconoscibile perché pronunciata da un giudice che, per aver visto derogata la propria giurisdizione, non poteva conoscere della causa secondo i principi dell'ordinamento italiano: la deroga – in base alle premesse accolte in via di mera ipotesi – non vincolerebbe infatti il sostituto processuale. Insomma, l'iniziativa del legittimato straordinario, impedendo al giudice italiano prorogato di pronunciarsi sul merito della controversia, verrebbe anche qui a negare al sostituito il potere di disporre della propria azione. Per far salvo un simile potere si deve invece affermare l'efficacia del patto concluso dal legittimato ordinario nei confronti del sostituto processuale. Così facendo, si nega – in forza dell'art. 64, c. 1, lett. a, l. n. 218/1995 – la riconoscibilità in Italia della sentenza che il giudice straniero eventualmente dovesse pronunciare neglignendo la proroga della giurisdizione italiana e si esclude pertanto

Abbiamo così individuato un primo caso di efficacia *ultra partes* dell'accordo sulla giurisdizione. Si tratta però di un'ipotesi piuttosto peculiare perché qui, a differenza degli altri casi che si prenderanno in considerazione, l'accordo sulla giurisdizione non ha ad oggetto l'altrui azione, ma soltanto l'azione di chi è parte dell'accordo, ossia il legittimato ordinario. Nondimeno un simile patto estende la sua efficacia anche all'azione, identica quanto all'oggetto, facente capo al sostituto processuale.

3. Gli accordi sulla giurisdizione relativi ad azioni su rapporti giuridici plurisoggettivi. I casi di *litisconsorzio necessario* propter opportunitatem

Sin qui si è trattato degli accordi sulla giurisdizione relativi a rapporti giuridici bilaterali, è giunto il momento di considerare i rapporti che intercorrono tra una pluralità di parti. Tali patti pongono due distinte questioni: anzitutto, se sia sempre necessaria la partecipazione all'accordo di tutti i soggetti titolari della relazione plurisoggettiva o se sia talora sufficiente la conclusione di tali patti *inter pauciores*; inoltre, se tale necessaria partecipazione si imponga per il fatto che il rapporto sia prospettato come plurilaterale o perché questo intercorra *effettivamente* tra una pluralità di parti.

Con riguardo al primo punto, si è veduto nel primo paragrafo di questo capitolo che un accordo sulla giurisdizione ha effetti nei confronti delle parti solo se queste sono titolari (attualmente o anche soltanto potenzialmente) dell'azione e della *Gerichtspflichtigkeit*, che ne costituiscono l'oggetto. L'interrogativo qui posto risulta allora di agevole soluzione: se l'accordo sulla giurisdizione è relativo a una azione e a una *Gerichtspflichtigkeit* di cui più soggetti sono titolari (e perciò se l'azione che viene in rilievo deve essere

l'applicabilità dell'art. 7, c. 1, l. n. 218/1995, garantendo dunque l'effettività della scelta compiuta dal legittimato ordinario in favore del giudice italiano.

Analoga efficacia si rende necessario ammettere onde evitare che il sostituto processuale vanifichi l'accordo di proroga *ex art. 4, c. 1, l. n. 218/1995*, concluso dal legittimato ordinario, instaurando il giudizio – attinente a una controversia ricompresa nell'orbita applicativa del Regolamento n. 44/2001 – in uno Stato europeo diverso dall'Italia. Solo così facendo, infatti, si potrà affermare che il primo giudice abbia l'obbligo di sospendere il processo in forza dell'art. 23, c. 3 Reg. poiché si è in presenza di un accordo sulla giurisdizione – quello concluso dal sostituto – che può produrre effetti rispetto al giudizio instaurato dal legittimato straordinario. Tale obbligo avrà la prevalenza su quello del giudice italiano prevenuto di applicare l'art. 27 Reg. e così permetterà a quest'ultimo di procedere anzitutto all'esame della validità ed efficacia del patto sulla giurisdizione e poi, nel caso di esito positivo, alla verifica circa la fondatezza della domanda proposta dal legittimato ordinario. Sarà in tal modo salvaguardata la scelta effettuata da quest'ultimo in favore del giudice italiano.

esercitata da o nei confronti di più soggetti congiuntamente²⁰), dovrà essere pattuito da tutti questi soggetti; se invece si riferisce a una azione e a una correlativa *Gerichtspflichtigkeit* “monosoggettive”, il patto sulla giurisdizione intercorrerà tra due soggetti soltanto.

Occorre allora stabilire se, quando nel campo del diritto sostanziale venga in rilievo un rapporto giuridico con pluralità di parti, si abbia sempre – nell’attiguo campo processuale – un’azione o una *Gerichtspflichtigkeit* di cui sono contitolari più soggetti, o se invece questa correlazione non si verifichi immancabilmente e sia così possibile che il rapporto sostanziale plurimo possa esser calato in differenti giudizi tra due parti soltanto (o comunque *inter pauciores*, ossia tra un minor numero di parti rispetto a quello dei contitolari del rapporto, dal lato attivo o passivo).

Nel nostro ordinamento si dovrebbe anzitutto escludere la sussistenza di azioni di cui sono contitolari più soggetti. Si ritiene infatti che, in presenza di un rapporto plurilatero, l’azione non debba essere esercitata congiuntamente da parte dei più contitolari, potendo invece ognuno di essi dedurre in giudizio disgiuntivamente l’intero rapporto giuridico²¹. Vi è però da chiedersi se in questi casi – come nelle ipotesi in cui la pluralità di parti si ravvisa dal lato del rapporto opposto rispetto a quello dell’attore – la domanda debba essere proposta nei confronti di più soggetti, sussistendo allora una contitolarità nella *Gerichtspflichtigkeit*. Ciò si dà in ogni ipotesi in cui l’ordinamento italiano prescriva il litisconsorzio necessario per ragioni di diritto sostanziale, o *secundum tenorem rationis*.

Il problema si traduce allora in quello consueto dell’ambito di applicazione di questa tipologia di litisconsorzio necessario. Ora, a prescindere dalla posizione che si accogla su tale questione, si può già dire che ogni qualvolta la legge impone il litisconsorzio necessario, l’accordo sulla giurisdizione

²⁰ FABBRINI, *Contributo cit.*, pp. 184 ss. impiega il termine “azione plurisoggettiva” per indicare l’azione che deve essere esercitata nei confronti di più soggetti.

²¹ Cfr. FABBRINI, *Contributo cit.*, pp. 196 ss.; PROTO PISANI, *Opposizione cit.*, pp. 641 ss. in nota 434. Entrambi questi Autori sottolineano che la sanatoria dell’art. 102 c.p.c. consiste in una attività di coloro che già son parti del giudizio, non in una attività del litisconsorte necessario pretermesso, come invece dovrebbe ammettersi, ove si ritenga che la legge prescriva l’esercizio congiunto dell’azione da parte dei plurimi contitolari del rapporto giuridico. Nel medesimo senso anche LUISO, *Diritto processuale civile*, 6^a ed., I, cit., pp. 301 s., il quale precisa che, ove sia prescritto il litisconsorzio necessario, si dovranno convenire tutti gli altri contitolari attivi del rapporto: il comportamento in giudizio di costoro – ossia il loro affiancarsi od opporsi alla domanda dell’attore – rileverà non già in punto di rito, ma ai fini del merito e le sue possibili conseguenze sulla fondatezza della domanda sono determinate dal diritto sostanziale.

dovrà essere pattuito tra tutti i (prospettati) titolari del rapporto giuridico plurisoggettivo²².

Ci si può a questo punto chiedere quando sia in concreto prescritta una simile plurima partecipazione ai patti sulla giurisdizione, anche se la questione ha scarsa rilevanza pratica. Invero, gli accordi più frequenti sono le clausole sulle giurisdizione che di regola sono concluse contemporaneamente al contratto cui si riferiscono e perciò dalle stesse (eventualmente plurime) parti del contratto. In ordine a tali clausole non vi sarà allora alcun problema di conclusione dell'accordo tra un minor numero di soggetti rispetto a quelli che debbono essere necessariamente convenuti in un giudizio relativo a un rapporto contrattuale plurilatero. La questione si può porre invece con riguardo agli accordi sulla giurisdizione aventi ad oggetto azioni determinate relative a rapporti giuridici (prospettati come) plurisoggettivi, ove questi non siano conclusi da tutti i contitolari, attivi e passivi, il che, peraltro, non dovrebbe avvenire di frequente, sia per la maggior rarità di accordi sulla giurisdizione con oggetto determinato, sia perché appare improbabile che – nonostante la prospettazione plurilaterale del rapporto – il patto intervenga *inter pauciores*.

Qualora comunque la questione dovesse porsi, per la sua soluzione si dovranno richiamare i vari orientamenti espressi in tema di estensione del litisconsorzio necessario, nel caso in cui sia dedotto in giudizio un rapporto sostanziale tra più parti.

Al riguardo, due sono le alternative fondamentali che si contendono il campo.

La prima risale a Giuseppe Chiovenda²³ ed è caratterizzata da un approccio restrittivo, in base al quale l'esistenza di un rapporto giuridico plurisoggettivo è elemento certamente necessario, ma non sufficiente perché possa darsi un processo in cui è prescritta la presenza congiunta di più parti. A

²² Identica è la conclusione rispetto agli accordi compromissori: cfr. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., pp. 57 s.; PUNZI, *Disegno* cit., I, pp. 569 s.; SALVANESCHI, *L'arbitrato* cit., pp. 273 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., pp. 393 ss.; A.A. ROMANO, *Arbitrato rituale e litisconsorzio necessario*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 231. In Germania v. MÜNCH, in RAUSCHER, WAX, WENZEL (hrsg. von), *Münchener Kommentar* cit., Band 3, sub § 1029, p. 118; LASCHET, *Die Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit*, in BÖCKSTIEGEL, GLOSSNER (hrsg. von), *Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, p. 92; SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 71; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 1033.

²³ V. CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necessario*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993, rist. ed. 1931, pp. 427 ss., in part. 436 ss.

tal fine si richiede altresì che gli effetti richiesti dall'attore possano essere conseguiti solo mediante la partecipazione al processo di tutti i titolari della situazione plurisoggettiva²⁴. Per Chiovenda il litisconsorzio necessario si sarebbe dovuto limitare alla sola ipotesi di azioni costitutive volte a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici tra più parti²⁵; la dottrina successiva, che pur si è mantenuta su posizioni restrittive, ha ritenuto inaccettabile una restrizione basata sul tipo di provvedimento richiesto e ha così affermato l'operatività dell'art. 102 c.p.c. anche in azioni di accertamento di un rapporto plurisoggettivo, qualora l'interesse ad agire sia costituito da un'apparenza giuridica²⁶, mentre più ritrosia ha mostrato rispetto alle azioni di condanna.

Il secondo orientamento ha come capostipite Enrico Redenti²⁷ e si concentra sulla sola posizione giuridica dedotta in giudizio: se essa è bilaterale, bilaterale sarà anche il processo, se invece è plurilaterale, il giudizio in cui sarà accertata si svolgerà tra tutti i soggetti che ne sono titolari^{28 29}. Alla stre-

²⁴ Cfr. CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio* cit., pp. 436 s., 443 s. L'illustre Maestro, in particolare, ritiene che il litisconsorzio necessario si dia nei casi di impossibilità giuridica di pronunciare separatamente nei confronti di alcuni soltanto dei litisconsorti, ossia «quando la sentenza resa rispetto a un solo fra i più non ha per sé alcun valore, *inutiliter datur*». La concezione chiovendiana è stata in tempi più recenti ripresa e approfondita da COSTANTINO, *Contributo* cit., *passim* che ha eletto l'utilità della sentenza (ossia la sua idoneità a produrre gli effetti perseguiti dall'attore con la domanda) a criterio fondamentale per determinare i casi di litisconsorzio necessario, giungendo però a risultati meno restrittivi di quelli attinti da Chiovenda.

²⁵ Cfr. CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio* cit., pp. 440 ss.

²⁶ Cfr. COSTANTINO, *Contributo* cit., pp. 354 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., p. 416; LUISO, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., I, cit., pp. 298 s.

²⁷ V. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960, rist. ed. del 1911, *passim*.

²⁸ Tale posizione è stata accolta da FABBRINI, *Contributo* cit., pp. 178 ss., 193 s.; ATTARDI, *Diritto* cit., pp. 360 ss.; FRASCA, *Note sui presupposti del litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, in part. 745 ss. PROTO PISANI, *Opposizione* cit., p. 632; ID., *Dell'esercizio dell'azione*, cit., *sub* art. 102, pp. 1108 ss., in un primo tempo, ha aderito a tale orientamento per poi volgere su tesi più restrittive e sostenere così che l'art. 102 c.p.c. opera solo quando sia dedotto in giudizio un rapporto plurisoggettivo e non possa applicarsi (evidentemente in via analogica) l'art. 1306 c.c., che sancisce l'efficacia nei confronti del condebitore o del concreditore solidale della sentenza favorevole ad altro debitore o creditore (cfr. PROTO PISANI, *Appunti sul litisconsorzio necessario e sugli interventi*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pp. 357 s.). Questa più recente posizione è sostanzialmente analoga a quella già espressa da MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, I, Milano, 1993, *passim*, per il quale la regola, quando nel processo vengono fatte valere situazioni giuridiche plurisoggettive, è non già il litisconsorzio necessario, bensì quello unitario, con efficacia della sentenza *secundum eventum litis* nei confronti delle parti del rapporto rimaste estranee al giudizio.

²⁹ È appena il caso di rilevare che il panorama qui offerto è assolutamente sintetico e non tiene conto di altre posizioni non inquadrabili nella fondamentale alternativa delineata nel testo. Si

gua di questa posizione, null'altro si richiede per aversi litisconsorzio necessario *secundum tenorem rationis* che il carattere plurisoggettivo del rapporto che costituisce oggetto del giudizio.

Con riguardo agli accordi sulla giurisdizione, l'accoglimento del primo orientamento conduce ad affermare che solo in determinate ipotesi essi debbono veder la partecipazione di tutti le parti del rapporto plurisoggettivo; al contrario, se si abbraccia la seconda posizione, ogni qualvolta si abbia a che fare con azioni relative a un rapporto giuridico tra più soggetti, questi dovranno tutti intervenire nella conclusione del patto sulla giurisdizione.

Passando ora alla seconda questione, vi è da osservare che, nell'ambito del processo, è dubbio se la necessaria partecipazione di una pluralità di soggetti sia prescritta solo quando l'attore ha dedotto in giudizio un rapporto giuridico tra più parti, ma abbia poi proposto la propria domanda nei confronti di talune soltanto di esse³⁰; o anche quando l'attore ha prospettato la situazione giuridica come bilatera, ma la pluralità delle parti consti al giudice a seguito delle difese del convenuto o del rilievo d'ufficio di fatti risultanti *ex actis*³¹. Rispetto agli accordi sulla giurisdizione, un simile problema deve essere risolto nel senso che quel che conta è la configurazione data al rapporto dalle parti. Se queste hanno prospettato un rapporto plurilaterale sarà necessaria la congiunta partecipazione di più soggetti perché questo abbia efficacia³². Quando invece il rapporto è affermato come bilaterale una

pensi, ad es., all'orientamento di DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in ID., *Dall'azione cit.*, pp. 110 s.; ID., *Sentenza "inutiliter data" e litisconsorzio necessario*, in ID., *Dall'azione cit.*, pp. 115 s., il quale configura il litisconsorzio necessario come fenomeno tipico, che si verifica nei soli casi contemplati dalla legge.

³⁰ Così DENTI, *Appunti cit.*, p. 107 ss.; PROTO PISANI, *Opposizione cit.*, pp. 651 ss.; ID., *Dell'esercizio dell'azione, cit., sub art. 102*, pp. 1115 ss.; ID., *Appunti cit.*, p. 355 in nota 1; ATTARDI, *Diritto cit.*, pp. 357 ss.

³¹ In tal senso v. COSTANTINO, *Contributo cit.*, pp. 420 s.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, p. 412; TOMEI, *Alcuni rilievi in tema di litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 694 ss.; FRASCA, *Note cit.*, p. 408.

³² Chiaramente, se si segue l'orientamento restrittivo in tema di litisconsorzio necessario, la partecipazione di più soggetti sarebbe richiesta soltanto qualora l'accordo abbia a oggetto un'azione relativa a un rapporto giuridico (configurato come) plurilaterale e tale azione sia volta a ottenere una sentenza che si rivelerebbe *inutiliter data* ove pronunciata nei confronti di talune soltanto delle parti.

Ad accogliere la diversa posizione che fa capo a Redenti, invece, la conclusione dell'accordo ad opera di una pluralità di parti si imporrebbe per il solo fatto che in esso si è prospettato un rapporto giuridico, non già bilatero, ma tra più soggetti. In quest'ottica, giocherebbe allora un ruolo fondamentale la prospettazione della parte e non dovrebbe invece venire in rilievo il modo in cui il diritto sostanziale configura il rapporto. A mio avviso, tuttavia, far riferimento

simile partecipazione non può essere in alcun modo richiesta, neppure se il rapporto “reale” è plurilaterale. Si potrebbe affermare il contrario solo ove si ritenesse che, in tale ipotesi, si verificasse un mutamento *ex lege* dell’oggetto dell’accordo, che non sarebbe più quello individuato dalla volontà delle parti, ossia l’azione sulla situazione giuridica bilaterale, ma invece l’azione relativa alla situazione plurisoggettiva realmente esistente. Mutamento che però non rinverrebbe alcun fondamento nel diritto positivo. Questa soluzione risulta preferibile anche perché evita un *vulnus* al rapporto di pregiudizialità tra questione di giurisdizione e merito della causa, che si avrebbe necessariamente qualora – seguendo la posizione qui rifiutata – al giudice fosse imposto, in sede di verifica della validità ed efficacia di un accordo sulla giurisdizione, di stabilire se il rapporto giuridico cui le parti hanno avuto riguardo sia effettivamente bilatero o invece plurilatero.

Dunque, se il rapporto è prospettato come bilaterale, l’accordo varrà ad attribuire o negare la giurisdizione sul rapporto così come soggettivamente configurato e non anche sul diverso rapporto plurilaterale in realtà esistente. Avrà insomma rilievo soltanto in un giudizio in cui l’attore, perpetuando l’errore già compiuto nell’accordo, configuri il rapporto come bilaterale. Se poi si ritiene che anche in un simile caso operi l’art. 102 c.p.c., il giudice ordinerà l’integrazione del contraddittorio nei confronti del litisconsorte necessario pretermesso e si avrà così un mutamento – si potrebbe dire *ultra petita* – dell’oggetto del giudizio, che sarà rappresentato anche dal rapporto intercorrente non già soltanto tra attore e convenuto, ma tra questi due soggetti e chi è stato originariamente pretermesso. Il giudice dovrà allora verificare la sussistenza della propria giurisdizione anche su questo nuovo *thema decidendum* e non potrà pertanto prendere in considerazione l’accordo sulla giurisdizione, attinente alle sole azioni sul rapporto giuridico bilaterale.

alla prospettazione della parte non mette completamente fuori gioco il diritto sostanziale: a questo dovrebbe darsi rilievo in sede di interpretazione dell’accordo sulla giurisdizione. Qualora, infatti, esso sia relativo a un rapporto (prospettato come) plurilatero, ma sia stato concluso da due parti soltanto, non si dovrà *sic et simpliciter* escluderne l’efficacia, ma ci si dovrà chiedere se il diritto sostanziale – e dunque la legge applicabile al merito della lite in base alle norme di conflitto del foro – preveda accanto al rapporto plurisoggettivo “di cornice”, una pluralità di rapporti bilateri. In un caso siffatto, nell’ottica di un’interpretazione *magis ut valeat* e sempre che non emergano precise indicazioni di una volontà contraria delle parti, si potrà affermare che oggetto dell’accordo sia, non già l’azione relativa alla situazione giuridica tra più soggetti, ma quella sulla singola relazione intercorrente tra coloro che hanno concluso l’accordo. Si potrà così riconoscere l’efficacia del patto, almeno rispetto ai processi in cui sia dedotta la singola relazione bilaterale, che si innesta sul più comprensivo rapporto plurilaterale.

Abbiamo sin qui trattato di patti relativi a controversie in cui il litisconsorzio necessario è prescritto per ragioni di diritto sostanziale, vale la pena, prima di concludere il paragrafo, considerare cosa accade qualora la congiunta partecipazione di più parti sia imposta per ragioni di mera opportunità. Ci si intende riferire alle ipotesi in cui la legge processuale impone la partecipazione di più soggetti al giudizio non già perché questi siano parti del rapporto sostanziale ivi dedotto, ma semplicemente perché sono titolari di situazioni giuridiche in qualche modo connesse con quella che costituisce oggetto del processo. In Italia questo è un fenomeno tipico, che si dà nei soli casi previsti dalla legge. Si consideri, ad es., l'art. 1113, c. 3, c.c. che impone la necessaria partecipazione al giudizio di divisione di un immobile sia dei creditori iscritti dei comunisti, sia di coloro che hanno acquistato diritti sull'immobile, in base ad atti trascritti prima della domanda giudiziale di divisione. In questo specifico caso non avrebbe senso però chiedersi se un accordo sulla giurisdizione debba essere pattuito da tutti i litisconsorti necessari, perché un simile patto verrebbe a derogare alla competenza esclusiva prevista dall'art. 22, n. 1, Reg. per le controversie in materia di diritti reali immobiliari, nel cui ambito debbono essere ricompresi pure i giudizi di divisione di un bene immobile.

Ora, a prescindere da questa peculiare ipotesi, ci si deve domandare se quando per una controversia è prescritto il litisconsorzio necessario *propter opportunitatem*, l'accordo sulla giurisdizione ad essa relativo debba essere concluso, a pena di inefficacia, da tutti i soggetti che la legge vuole partecipi al giudizio.

A stretto rigore la risposta dovrebbe essere positiva, poiché i litisconsorti necessari *propter opportunitatem* sono anch'essi contitolari della *Gerichtspflichtigkeit* (correlativa all'azione) oggetto dell'accordo. Si deve tuttavia considerare che si tratta di mere parti accessorie, che la legge ritiene eccezionalmente meritevoli di una tutela "rafforzata" rispetto a quella di cui godrebbero, ove fosse loro concessa la sola possibilità di svolgere intervento adesivo dipendente ai sensi dell'art. 105 c.p.c. Sembra incongruo che questa eccezionale tutela, oltre a determinare la necessaria partecipazione di questi soggetti a un processo relativo a un rapporto altrui, giungesse a far dipendere dal consenso di costoro l'efficacia di una *electio fori* su cui già concordano coloro che saranno le parti principali di un eventuale e futuro giudizio. In tal modo si conferirebbe a delle mere parti accessorie un "potere di veto" su una decisione – quella del giudice davanti al quale litigare – che deve invece spettare solo alle parti principali.

Si può allora concludere che i litisconsorti necessari *propter opportunitatem* non debbano esser parti di un accordo sulla giurisdizione e che sono perciò soggetti all'efficacia dell'accordo concluso tra le parti principali. Questa soluzione appare in armonia con quanto attinto in ordine alla efficacia dell'*electio fori* nei confronti del sostituto processuale: se un soggetto, cui la legge conferisce il potere di dedurre in giudizio un rapporto altrui, è vincolato dal patto sulla giurisdizione stipulato dai titolari (asseriti) di questo rapporto, *a fortiori* ciò varrà per dei soggetti che debbono semplicemente partecipare al giudizio su un rapporto altrui.

4. *L'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti dei terzi si esplica, in base al principio di relatività dei negozi, in casi tipici, legislativamente previsti. L'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. conduce ad affermare che la clausola sulla giurisdizione relativa a un contratto con effetti nei confronti del terzo esplica pure essa efficacia rispetto al terzo*

Si è dunque concluso che un accordo sulla giurisdizione relativo a una determinata azione è efficace solo se le sue parti si affermino (e siano prospettate dalla controparte come) titolari, dal lato attivo o passivo, del rapporto sostanziale che di tale azione è oggetto; non sarà invece efficace un patto concluso dal solo sostituto processuale, il quale, anzi, è soggetto agli effetti dell'accordo concluso dal legittimato ordinario. È ora tempo di trattare dell'efficacia *ultra partes* dei patti sulla giurisdizione, ossia quando questi possano esplicare effetti rispetto ad azioni e *Gerichtspflichten* spettanti a terzi³³. La questione dovrà ovviamente essere risolta alla stregua della legge italiana, quale legge regolatrice degli accordi di cui all'art. 4 l. n. 218/1995^{34 35}.

³³ D'ora innanzi, per non appesantire eccessivamente il testo, si menzioneranno le sole azioni e non altresì le *Gerichtspflichten* dei terzi, nondimeno tutto quello che si dirà in ordine alle prime varrà anche per le seconde. Solo nei casi in cui si renda necessario distinguere le une dalle altre, si considereranno separatamente entrambe queste posizioni soggettive.

³⁴ Nel caso in cui si abbia a che fare con accordi compromissori a favore di arbitrato estero, sarà anzitutto necessario determinare la legge che disciplina l'efficacia *ultra partes* di tali patti. Qui infatti non si verte *stricto sensu* né in tema di capacità delle parti, né in tema di validità della convenzione arbitrale, che sono le uniche questioni rispetto alle quali la Convenzione di New York individua – quantomeno in modo implicito – la legge applicabile. Il primo problema che si pone è allora se la disciplina dettata da tale Convenzione sia esaustiva e dunque idonea a determinare la legge applicabile ad ogni questione che pongano i patti compromissori

A tal riguardo, si dovrà distinguere tra due differenti ipotesi: la prima si ha quando l'accordo abbia ad oggetto (espressamente o almeno implicitamente) azioni altrui, ossia relative a rapporti giuridici di cui le parti prospettano come titolare (attivo o passivo) un terzo; la seconda si ha quando le parti concludono un patto che ha esclusivamente ad oggetto delle azioni di cui esse sono titolari, ma del quale, nondimeno, si ammette l'efficacia nei

per arbitrato estero. Si è già rilevato (v. *supra* Cap. III, § 2, nota 19) che è preferibile ritenere che la Convenzione abbia posto delle norme di conflitto uniformi, atte a individuare la legge applicabile ad ogni aspetto delle convenzioni a favore di arbitrato estero (v. però nell'opposto senso per cui la questione dell'ambito soggettivo di efficacia di un accordo arbitrale sia regolata dai singoli diritti nazionali SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., *sub* Anhang § 1061, Art. II UNÜ, p. 644; HAUSMANN, *Schiedsvereinbarungen*, cit., p. 2122 s.; SCHRAMM, GEISINGER, PINSOLLE, in KRONKE, NACIMIENTO, OTTO, PORT (ed. by), *Recognition* cit., p. 62; meno chiara la posizione di SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 471, che si limitano ad affermare l'operatività del diritto applicabile all'accordo arbitrale). Per cui si dovrebbe escludere l'applicabilità della legge italiana, quale *lex fori*, e in tal modo negare l'identità di regime, a questi effetti, tra gli accordi di deroga a favore di giudici stranieri e quelli a favore di arbitri esteri. A questo punto si tratta di capire se l'efficacia dell'accordo compromissorio nei confronti dei terzi debba annoverarsi tra le questioni relative alla capacità delle parti o piuttosto tra quelle attinenti alla validità degli accordi. Come ho già rilevato (v. *supra* Cap. III, § 2, nota 19) è preferibile ritenere che la capacità delle parti debba intendersi in senso lato e così ricomprendere tutti gli aspetti soggettivi dei patti a favore di arbitrato estero, incluse perciò le questioni attinenti all'ambito soggettivo di efficacia di tali accordi. Si dovrà allora procedere a un "adeguamento" della norma della Convenzione di New York, che richiama la legge applicabile alle parti: qui non ha infatti senso che operi una simile legge, ma piuttosto quella "applicabile al terzo", ossia la legge che disciplina la posizione del terzo medesimo rispetto al rapporto sostanziale, le controversie sul quale sono state compromesse in arbitri (in tal senso, seppure in base al diritto tedesco e non in forza di una autonoma regola ricavabile dalla Convenzione di New York, SCHLOSSER, *Das Recht* cit., p. 323; ID., in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., *sub* Anhang § 1061, Art. II UNÜ, p. 644; HAUSMANN, *Schiedsvereinbarungen*, cit., pp. 2122 s.) così, ad es., qualora si debba determinare se la clausola compromissoria relativa a un contratto a favore del terzo, espliciti i propri effetti anche nei confronti di quest'ultimo si dovrebbe aver riguardo alla legge che disciplina il beneficio di natura sostanziale che a tale soggetto deriva dal contratto, ossia alla *lex contractus* (così, sia pure sulla base di diverse premesse, SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., *sub* Anhang § 1061, Art. II UNÜ, p. 644; HAUSMANN, *Schiedsvereinbarungen*, cit., p. 2123). Alla luce di ciò si deve escludere che tale questione rientri invece nell'ambito della validità degli accordi arbitrali sia pur latamente intesa e sia perciò disciplinata dalla legge scelta dalle parti o, in mancanza, da quella dello Stato ove il lodo verrà pronunziato.

³⁵ Non avrà rilievo a tali fini il fatto che le parti abbiano scelto una legge regolatrice del loro accordo diversa da quella italiana. Simile scelta attiene alle sole questioni relative alla validità dell'accordo (così come intesa dall'art. V, c. 1, lett. a, Conv. New York) tra le quali non dovrebbe rientrare quella della efficacia *ultra partes* dei patti sulla giurisdizione (v. nota precedente).

confronti di azioni spettanti al terzo, che pur non rientrano nell'orbita della volontà negoziale espressa dalle parti.

Nel primo caso si pone soltanto un problema di efficacia dell'accordo nei confronti del terzo; nel secondo, invece, accanto a tale problema, viene in rilievo quello dell'allargamento dell'ambito oggettivo del patto al di là della volontà delle parti (si dovrà allora discorrere di un'efficacia non soltanto *ultra partes*, ma pure *ultra voluntatem partium*). Comunque, in entrambi i casi, una simile efficacia potrà ammettersi solo in presenza di un saldo fondamento di diritto positivo atteso che si ha a che fare – sempre – con una deroga al principio di relatività dei negozi (ricavabile per analogia da quello sancito per i contratti dall'art. 1372 c.c.) e, nella seconda ipotesi altresì con un'eccezione al principio per cui l'oggetto del contratto, come più in generale del negozio, è determinato dalla volontà delle parti.

Ora ci occuperemo specificatamente della prima categoria di ipotesi. Quanto alla seconda, si è già veduto il caso dell'efficacia del patto stipulato dal legittimato ordinario nei confronti del sostituto processuale; nel capitolo successivo si tratterà poi dell'efficacia, nei confronti del successore nel rapporto, del patto stipulato dalle parti originarie di questo stesso rapporto^{36 37}.

La legge italiana non prevede *espressamente* alcun caso in cui le parti possano efficacemente concludere un accordo sulla giurisdizione relativo alle azioni spettanti a un terzo. Questa circostanza, tuttavia, non può condurre ad affermare che il nostro ordinamento non conosce nessuna ipotesi di efficacia *ultra partes* delle convenzioni sulla giurisdizione. Simili ipotesi si possono, infatti, ricavare in virtù dell'applicazione analogica, da una parte, delle norme dettate per i contratti in generale e, dall'altra, delle norme relative alle convenzioni arbitrali. Si rende allora necessario considerare, nel presente e nei successivi paragrafi, i vari casi in cui si debba riconoscere l'operatività dell'*analogia legis*.

Viene anzitutto in rilievo l'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c., ove si prevede che «il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria». Ciò, *inter alia*, significa che chi ha l'attitudine

³⁶ V. *infra*, cap. V, § 6, ove si mostra che la regola più congrua in forza della quale affermare l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore è quella che estende alle azioni relative al rapporto del successore, gli effetti del patto stipulato dal suo autore e relativo alle azioni concernenti il rapporto di cui quest'ultimo si afferma titolare attivo o passivo.

³⁷ Nel sesto capitolo si considererà poi, l'ipotesi – da taluno ammessa – di efficacia dell'accordo concluso tra creditore e debitore principale rispetto alle azioni relative all'obbligazione fideiussoria: v. *infra*, cap. VI, § 7.

a concludere un contratto con effetti nella sfera giuridica di terzi, ha altresì l'attitudine a stipulare una clausola compromissoria che vincoli detti terzi³⁸. La sua applicazione analogica rispetto alle clausole sulla giurisdizione consente di affermare che le parti di un contratto, che produce effetti nella sfera giuridica del terzo, potranno efficacemente stipulare una clausola relativa a quel contratto che comprenda pure le azioni sugli effetti contrattuali che investono il terzo stesso³⁹.

Chiaramente sarà la *lex contractus* a stabilire quando un contratto può produrre effetti *ultra partes*, per cui sarà tale legge, in ultima analisi, a determinare quando una clausola sulla giurisdizione che a quel contratto si riferisce avrà efficacia nei confronti del terzo.

In tal modo si risolverà pianamente il problema dell'efficacia nei confronti del terzo della clausola sulla giurisdizione relativa al contratto stipulato in suo favore⁴⁰. Se infatti la *lex contractus* riconosce la possibilità di concludere

³⁸ Cfr. primo volume, Cap. II, § 8, pp. 179 ss. Nel senso che l'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c., disciplini (anche) la legittimazione straordinaria a concludere una clausola compromissoria v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., in part. pp. 270 ss., 304 ss.; EAD., in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., *sub* art. 806, pp. 131 ss.

³⁹ Si deve osservare che, solo se l'effetto contrattuale si può (astrattamente) produrre in capo al terzo, l'azione a questo relativa potrà considerarsi ricompresa nella sfera di efficacia della clausola sulla giurisdizione. Se invece il contratto risulta inidoneo ad incidere nella sfera di costui, l'azione concernente l'esistenza o meno dell'effetto contrattuale non sarà in alcun modo soggetta al vincolo della clausola. Pertanto, l'applicazione di una tal regola, che riconnette l'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione, all'esistenza di una situazione giuridica sostanziale – qual è l'effetto contrattuale che investe il terzo – potrà produrre una parziale sovrapposizione tra *quaestio iurisdictionis* e merito. Infatti il giudice, per stabilire se la clausola abbia efficacia nei confronti del terzo, dovrà preliminarmente verificare se il contratto possa (in astratto) produrre effetti nella sfera giuridica di quest'ultimo e cioè conoscere di una questione che, secondo i principi, dovrebbe venire in rilievo ai soli fini della decisione di merito. Va però precisato che l'efficacia della clausola rispetto al terzo non dipende dall'*attuale* esistenza dell'effetto contrattuale nella sfera di questi, ma soltanto dalla *circostanza che le parti contrattuali avessero il potere di produrre quest'effetto* in capo al terzo stesso. Così, ad es., nel caso di contratto a favore del terzo, non varranno ad escludere l'efficacia della clausola sulla giurisdizione rispetto all'azione sull'effetto contrattuale vantaggioso per il terzo né la nullità o inefficacia (per ragioni diverse dal difetto del potere delle parti di incidere nella sfera del terzo) del contratto, nè l'eventuale revoca della stipulazione o il rifiuto del beneficiario di profittarne: quello che rileva a tal fine è soltanto la sussistenza del potere delle parti di produrre l'effetto giuridico favorevole al terzo (potere che nel diritto italiano è riconosciuto in via generale dall'art. 1411 c.c.).

⁴⁰ In ordine all'analogo problema dell'efficacia, nei confronti del terzo beneficiario, della clausola compromissoria relativa al contratto stipulato in suo favore, il dibattito è ancora aperto in dottrina. Nel senso che il beneficiario sia vincolato dalla clausola pattuita tra sti-

pulante e promittente, v. SALVANESCHI, *L'arbitrato* cit., pp. 117 s.; BENATTI, *Sulla circolazione* cit., pp. 18 s.; RESCIGNO, *Arbitrato* cit., pp. 29 s.; BIANCA, *Se il terzo a favore del quale sia stato stipulato il contratto possa avvalersi della clausola compromissoria contenuta nel contratto medesimo*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, II, pp. 923 ss.; CARLEO, *Le vicende* cit., pp. 101 s.; FESTI, *La clausola* cit., p. 295 ss.; PUNZI, *Disegno* cit., I, p. 551; MURONI, *L'ambito soggettivo* cit., c. 1526; nella dottrina tedesca K. HELLWIG, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, II, Leipzig, 1919, p. 116; SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen* cit., p. 160; H.J. HELLWIG, *Zur Systematik* cit., p. 125 (questi ultimi due Autori hanno riguardo in generale ai *Prozessverträge*); SCHLOSSER, *Das Recht* cit., p. 323; ID., in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 9, sub § 1029, p. 403; SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 76; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 1033; MASSURAS, *Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt a.M., 1998, pp. 108 s.; AHRENS, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, Frankfurt a.M., 2001, pp. 75 s.; NIKLAS, *Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen: Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 2008, pp. 159, salvo il caso di rifiuto del beneficio da parte del terzo; tra gli Autori francesi v. LARROUMET, *Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2005, p. 915). Nell'ambito di quest'orientamento si possono distinguere sostanzialmente tre posizioni. Vi è chi ritiene che la clausola sia efficace in forza del disposto dell'art. 1413 c.c., ove si prevede che «[I] promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto, ma non quelle fondate su altri rapporti tra promittente e stipulante» (così Rescigno e Salvaneschi). Secondo altri, invece, il terzo è vincolato alla clausola compromissoria solo una volta che ha dichiarato di voler profittare della stipulazione a suo favore (in tal senso Ahrens, Punzi e Muroni, che tuttavia sembra oscillare tra il primo e il secondo orientamento). Una terza tesi – assai seguita in Germania – rileva che il terzo acquista il diritto nella forma stabilita dalle parti nel contratto e così – *in casu* – “assoggettato” alla clausola compromissoria (così K. e H.J. Hellwig, Schiedermair, Schlosser, Massuras, Niklas, Larroumet). A mio avviso, nessuna di queste prospettive merita accoglimento. La prima e la terza perché dimenticano l'autonomia della clausola compromissoria (su cui v. primo volume, cap. I, § 8): più in particolare la prima non considera che l'*exceptio compromissi* non è fondata sul contratto da cui il terzo deriva il suo diritto, ma sul diverso e autonomo negozio compromissorio (cfr., in tal senso, CAVALLINI, *Il trasferimento della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, pp. 484 ss.; ID., *L'arbitrato rituale, clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano, 2009, p. 77; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 340; EAD., in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., sub art. 806, p. 51); la terza non tiene conto che la clausola arbitrale non incide sui diritti derivanti dal contratto, ma sulle azioni a questi attinenti e perciò i suoi effetti sono autonomi rispetto a quelli che trovano fonte nel contratto. La seconda invece deve essere respinta poiché la dichiarazione del terzo di voler profittare del contratto non può contenere *sempre e inequivocabilmente* una sua adesione alla clausola compromissoria. Ciò deve essere verificato caso per caso, mediante gli strumenti di ermeneutica negoziale: se la *quaestio voluntatis* si risolve nel senso della sussistenza di tale consenso e questo sia rivestito della forma richiesta dall'art. 807 c.p.c., l'efficacia della clausola nei confronti del beneficiario si spiega perché questi ha aderito alla convenzione arbitrale che aveva ad oggetto anche le azioni dello stesso beneficiario e allora non ha più senso parlare di efficacia della clausola nei confronti del *terzo*; se invece un tal consenso non sia ravvisabile, non si capisce su che base – ponendosi nell'ottica della posizione in esame – si possa affermare che la clausola compromissoria tra stipulante e promittente vincoli anche il terzo beneficiario. Una volta esclusa la validità di tutti e tre questi orientamenti, due sono le possibili alternative: o si afferma che la

un contratto che abbia effetti favorevoli nei confronti del terzo (come, ad es., la legge italiana: v. art. 1411 c.c.), in forza dell'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c., si dovrà riconoscere alle parti del contratto la possibilità di convenire una clausola sulla giurisdizione che produca effetti anche rispetto alle azioni relative agli effetti giuridici che il contratto ha prodotto nella sfera del terzo. Con la conseguenza che il terzo beneficiario, da un lato, potrà agire davanti al giudice italiano invocando la clausola di proroga della giurisdizione italiana relativa al contratto stipulato a suo favore, dall'altro, potrà vedersi opporre una clausola di deroga della giurisdizione italiana attinente al medesimo contratto, senza poter fondatamente obiettare che egli non vi è vincolato, perchè terzo rispetto al patto concluso tra stipulante e promittente.

Analogo discorso deve essere ripetuto in ogni altra ipotesi in cui la *lex contractus* preveda la possibilità che un contratto produca effetti diretti nella sfera giuridica del terzo. Così, se viene in rilievo la legge italiana, si dovrà ammettere l'efficacia nei confronti del terzo della clausola sulla giurisdizione che si riferisce, ad esempio, al contratto di vendita di beni mobili concluso dal mandatario senza rappresentanza⁴¹; o alla compravendita di beni ogget-

clausola non ha alcuna efficacia nei confronti del terzo (in tal senso CAVALLINI, *Il trasferimento* cit., pp. 484 ss.; ID., *L'arbitrato* cit., pp. 78 s.; PERLINGIERI, *Sulla legittimazione ad adire il collegio arbitrale della Achille Lauro Armatore – Lauro Lines S.p.a.*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, II, pp. 927 ss.; nella giurisprudenza francese Cour de Cassation, 4 giugno 1985, in *Rev. trim. droit civ.*, 1986, p. 593, con osservazioni di MESTRE; in *Rev. arb.*, 1987, p. 139, con nota di GOUTAL, il quale afferma addirittura che il terzo non può invocare nei confronti del promittente la clausola compromissoria relativa al contratto concluso in suo favore), o invece si interpreta l'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. nel senso del testo e si conclude così per l'efficacia nei confronti del beneficiario della clausola pattuita tra promittente e stipulante (così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., pp. 338 s.; EAD., in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., sub art. 806, pp. 50 s.).

La giurisprudenza maggioritaria tende ad affermare l'efficacia della clausola compromissoria nei confronti del beneficiario, subordinandola però a una sua manifestazione di volontà di profittare del contratto (v. Cass., 10 ottobre 2000, n. 13474; Cass., 18 marzo 1997, n. 2384, in *Giur. it.*, 1998, II, 1, c. 29; Trib. Milano, 3 ottobre 2002, n. 11656). Nel senso, invece, che la soggezione del beneficiario alla clausola discenda semplicemente dall'art. 1413 c.c., cfr. Cass., 1 aprile 1994, n. 3207, in *Riv. arb.*, 1995, p. 69, con nota di CORAPI, *Perizia contrattuale e arbitrato. Clausola arbitrale e contratto a favore di terzo*.

⁴¹ Sempre che si ritenga che la compravendita conclusa dal mandatario ad alienare abbia l'effetto di trasferire la proprietà del bene direttamente dal mandante al terzo acquirente, in virtù di un potere di disposizione attribuito dal mandante al mandatario (in tal senso v. CALVO, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996, pp. 184 ss.; CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, pp. 67 ss.; ID., *I negozi* cit., pp. 53 s.; GRAZIANI, *Sul mandato senza rappresentanza*, in ID., *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, pp. 104 ss.; MENGONI, *Gli acquisti*

to di un contratto estimatorio, concluso dall'*accipiens* dei beni medesimi⁴².

a non domino, 3^a ed., Milano, 1975, pp. 5 ss.) e dunque si rinunci a configurare il fenomeno come una doppia alienazione, dal mandante al mandatario e da questi al terzo contraente (all'interno di questo orientamento deve poi ulteriormente distinguersi tra chi ritiene che l'effetto traslativo dal mandante al mandatario si verifichi in virtù di un atto di trasferimento che il primo sarebbe obbligato a compiere in virtù del mandato: così MINERVINI, *Il trasferimento nel mandato ad alienare in proprio nome*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, pp. 494 s.; ID., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, 1952, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. VIII, tomo I, pp. 123 ss.; DOMINEDÒ, voce «Mandato (diritto civile)», in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 121; CARPINO, *I contratti speciali, Il mandato, la commissione, la spedizione*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIV, p. 31; e chi invece ritiene che tale effetto derivi dallo stesso contratto di mandato e sia sospensivamente condizionato al verificarsi dell'alienazione gestoria al terzo: v. in tal senso, CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, pp. 89 ss.; LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2000, p. 130; SANTAGATA, *Del mandato, Disposizioni generali*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1985, sub art. 1705, pp. 251 ss.). In tal caso la clausola sulla giurisdizione contenuta nel contratto di compravendita tra mandatario e terzo produrrebbe i suoi effetti nei confronti del mandante, con riguardo alle azioni relative ai diritti nascenti in capo al terzo, nel caso di mancata o inesatta attuazione dell'effetto traslativo (si pensi al diritto al risarcimento del danno sofferto a causa dell'evizione: nel senso che in tal caso sia responsabile non solo il mandatario, ma anche il mandante cfr. CALVO, *La proprietà* cit., 191 s.), o nel caso di vizi della cosa venduta.

Nel testo non si fa riferimento all'ipotesi opposta della clausola sulla giurisdizione relativa al contratto di compravendita di beni mobili concluso dal mandatario col terzo nel caso di mandato ad acquistare. In tale ipotesi, infatti, la dottrina maggioritaria non ritiene che il contratto di vendita abbia direttamente effetti nei confronti del mandante, determinando il trasferimento della proprietà in via diretta dall'alienante a questi, *omisso medio* (ossia il mandatario) (in tal senso v. però l'opinione pressoché isolata di RAVÀ, *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1952, I, pp. 271 ss.). Al contrario si ritiene che in questo caso si abbia un doppio trasferimento, dal terzo al mandatario, in virtù del contratto di compravendita, e dal mandatario immediatamente al mandante, o in base allo stesso contratto di mandato (LUMINOSO, *Il mandato*, cit., pp. 106 s., 109; CARRARO, *Il mandato* cit., pp. 10 ss.; SANTAGATA, *Del mandato* cit., sub art. 1706, pp. 376 ss.; GALGANO, *Il negozio* cit., p. 417 testo e nota 39), o in base alla legge (PUGLIATTI, *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, in ID., *Studi* cit., pp. 488 ss., in part. pp. 492 s.; MINERVINI, *Il mandato* cit., pp. 103 s.; CAMPAGNA, *Il problema* cit., pp. 83 ss.; CARPINO, *I contratti speciali, Il mandato* cit., p. 31). Va inoltre registrata la posizione di chi reputa che l'effetto traslativo tra mandatario e mandante richieda – in ogni caso (e non solo nelle ipotesi di immobili e mobili registrati) – un atto di trasferimento, cui il mandante sarebbe obbligato in virtù dello stesso mandato (cfr. CALVO, *La proprietà* cit., pp. 110 ss., in part. 118).

⁴² Ciò qualora si consenta con quella parte della dottrina la quale ritiene che l'alienazione compiuta dall'*accipiens* dei beni oggetto del contratto estimatorio abbia l'effetto di trasferire la proprietà direttamente dal *tradens* al terzo acquirente, in virtù di un potere di disposizione concesso dal *tradens*, che rimane pur sempre proprietario dei beni finché la compravendita non sia conclusa (in tal senso, sia pure con diversità di accenti con riguardo alla configurazione della posizione soggettiva che legittima l'*accipiens* alle alienazioni, v. DE MARTINI,

Se poi si ammette che anche nel nostro ordinamento abbia cittadinanza la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo, si dovrà ritenere che questo possa essere fonte di un diritto del terzo non già al conseguimento della prestazione principale (come accade nel contratto a favore del terzo), ma alla sua esecuzione con una diligenza tale da evitare danni al terzo stesso; diritto che, ove violato, attribuirà al terzo un credito risarcitorio nei confronti del contraente inadempiente, retto dalle regole sulla responsabilità contrattuale⁴³. Le azioni relative a un tale credito, che trova fonte nel

Profilo della vendita commerciale e del contratto estimatorio, Milano, 1950, pp. 458 ss.; SALV. ROMANO, *La vendita* cit., pp. 309 s.; GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXIV, tomo 1, Milano, 1960, p. 117; ID., voce «Contratto estimatorio», in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 89; COTTINO, *Del contratto estimatorio, della somministrazione*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1970, sub artt. 1556-1558, pp. 18 ss.; GRAZIADEI, voce «Contratto estimatorio», in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 107; SARALE, *Il contratto estimatorio tra vendita e atipicità*, Milano, 1991, pp. 51 s.; LUMINOSO, *Vendita, contratto estimatorio*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, sez. II, tomo 3.I, Torino, 2004, pp. 398. Chiaramente la clausola sulla giurisdizione potrà avere effetto rispetto a controversie tra acquirente e *tradens* nei casi di vizi della cosa (più difficile è invece pensare a casi di evizione, dato l'operare per i beni mobili, oggetto del contratto estimatorio, dell'art. 1153 c.c.), sempre che in tali casi si configuri una responsabilità (anche) del *tradens* nei confronti del terzo (si occupano soltanto della responsabilità del *tradens* nei confronti dell'*accipiens* nel caso in cui contro quest'ultimo abbia agito il terzo acquirente, CARNEVALI, voce «Contratto estimatorio», in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, p. 6 e LUMINOSO, *Vendita*, cit., p. 415).

Non si potrà invece affermare alcuna efficacia della clausola sulla giurisdizione nei confronti del *tradens* in applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ult. parte, c.p.c. se si accolgono quelle ricostruzioni – invero minoritarie – che postulano, anziché un trasferimento diretto tra *tradens* e terzo, un doppio trasferimento dal *tradens* all'*accipiens* e da questi al terzo (v. BALBI, *Il contratto estimatorio*, 2ª ed., in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. VIII, Tomo II, fasc 2º, Torino, 1960, pp. 22 ss.; FORCHIELLI, *Il contratto estimatorio nella più recente dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 452 ss., i quali ritengono che al momento della conclusione del contratto estimatorio passi la proprietà dal *tradens* all'*accipiens*; MENTI, *Il contratto estimatorio*, Padova, 1986, pp. 89 ss., che concepisce tale contratto come un particolare tipo di contratto di opzione).

⁴³ Per un'ampia panoramica della dottrina e della giurisprudenza tedesca in ordine alla disputata figura del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo e sulla sua (non auspicabile) recezione in Italia, v. MAGGIOLLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 39 ss. Nel senso che il terzo, nell'esercizio dell'azione risarcitoria per responsabilità contrattuale, è vincolato dalla clausola compromissoria relativa al contratto, salvo che l'interpretazione della volontà negoziale non conduca ad escludere una simile azione dall'oggetto della clausola stessa v. NIKLAS, *Die subjektive Reichweite* cit., pp. 162 s. L'Autore afferma che il terzo "protetto" è soggetto alle *Haftungsbeschränkungen* derivanti dalla legge e dal contratto, dovendosi annoverare tra quest'ultime altresì quelle che trovano fonte nella

contratto, saranno allora soggette agli effetti della clausola sulla giurisdizione che a questo si riferisce, in forza dell'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte c.p.c.

È il caso di osservare che, in tutte queste ipotesi, non si potrà *sic et simpliciter* affermare l'efficacia della clausola sulla giurisdizione nei confronti del terzo per il mero fatto che questi è investito da uno o più effetti del contratto. L'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. si limita infatti ad attribuire alle parti contrattuali il potere di concludere una clausola che abbia ad oggetto pure le azioni del terzo. Per cui, prima di affermare senz'altro l'efficacia della clausola nei suoi confronti, bisognerà esaminare se, nel caso concreto, le parti abbiano effettivamente esercitato siffatto potere e dunque se l'interpretazione della volontà negoziale possa condurre a ritenere che queste abbiano fatto oggetto della clausola pure le azioni relative all'effetto contrattuale del terzo. Se non si compisse questa previa verifica in ordine all'effettivo oggetto della clausola, si ammetterebbe una sua efficacia non soltanto *ultra partes*, ma altresì *ultra voluntatem partium*⁴⁴.

Nel recente studio monografico già ricordato, dedicato all'efficacia della convenzione arbitrale nei confronti dei terzi, è stata enucleata, accanto all'ipotesi generale di efficacia *ultra partes* della clausola compromissoria prevista dall'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c., una parallela e altrettanto generale ipotesi di efficacia nei confronti dei terzi del compromesso. Questo atto esplicherebbe i propri effetti rispetto ad azioni altrui, allorché sia posto in essere da un soggetto che abbia, sul piano sostanziale, il potere di disporre del diritto (parimenti altrui) cui tali azioni si riferiscono⁴⁵. In altre parole, si sostiene che la disponibilità sostanziale del diritto altrui comporti altresì la possibilità di disporre delle relative azioni mediante un compromesso.

Tale tesi si fonda, da una parte, sulla disciplina che il nostro ordinamento riserva ad alcuni atti ritenuti assimilabili, almeno a tali fini, al compromesso e, dall'altra, su uno specifico argomento di diritto positivo.

clausola. In tal modo viene però negletta l'autonomia degli accordi arbitrali (su cui v. primo volume, cap. I, § 8).

⁴⁴ Una simile efficacia, anche al di là della volontà delle parti, è stata invece ammessa dalla giurisprudenza inglese che si è pronunciata sull'interpretazione della *section 8, para. 1, Contracts (Rights of third parties) Act 1999*, dettata in tema di efficacia della clausola compromissoria, contenuta in un contratto, nei confronti del terzo, cui è conferito «*a right to enforce a term*» del contratto medesimo: v. *amplius infra*, § 14, nota 189.

⁴⁵ Cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione cit.*, pp. 296 ss.

Si rileva, anzitutto, che sia per il negozio di accertamento sia per la confessione è richiesta la legittimazione a disporre⁴⁶ in capo, rispettivamente, alle parti negoziali e al confitente; e da ciò si deduce che il nostro ordinamento impone siffatta legittimazione non soltanto nei casi di effettiva disposizione del diritto, ma ogni qualvolta venga in rilievo un atto che abbia un'influenza, anche indiretta, nello svolgimento dell'attività di accertamento negoziale o processuale. A questo punto, si ritiene che anche per il compromesso sia necessaria la legittimazione a disporre in capo alle parti, atteso che quest'atto può essere assimilato al negozio d'accertamento, poiché conduce anch'esso, seppur in via indiretta, all'accertamento, e alla confessione poiché «incide in modo assai penetrante sull'attività processuale, cambiando non solo il giudice, ma lo stesso mezzo processuale»⁴⁷.

L'argomento di diritto positivo posto a sostegno di questa tesi era tratto dall'art. 806 c.p.c., nella formulazione vigente prima della più recente riforma dell'arbitrato. Tale norma, nello stabilire la non arbitrabilità delle controversie che «non possono formare oggetto di transazione» sancirebbe, attraverso l'implicito rinvio all'art. 1966 c.c., l'impossibilità di compromettere in arbitri non soltanto le liti relative a diritti indisponibili *da parte di chiunque*, ma anche quelle relative a diritti indisponibili *da parte di un determinato soggetto*⁴⁸. Sarebbe dunque tale norma a stabilire inequivocabilmente la necessità della legittimazione a disporre in capo ai compromittenti⁴⁹.

⁴⁶ Pur avendo espresso riserve sull'impiego della nozione di legittimazione (v. *supra*, § 1, pp. 107 s., testo e nota 3), se ne fa qui uso per trattare la tesi in esame, perché tale nozione è stata ampiamente usata da chi questa tesi ha elaborato. È appena il caso di rilevare che con essa ci si intende riferire alla titolarità del potere di compiere un atto produttivo di effetti nella propria o nell'altrui sfera giuridica.

⁴⁷ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 300.

⁴⁸ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 301.

⁴⁹ La dottrina qui esaminata ritiene poi che i risultati raggiunti in ordine alla legittimazione a concludere il compromesso possano ben armonizzarsi con la regola stabilita dall'art. 808, c. 2, ultima parte c.p.c., in base alla quale chi ha il potere di concludere il contratto ha *eo ipso* il potere di stipulare la clausola compromissoria che a questo si riferisce. Si rileva, infatti, che chi ha il potere di compiere un atto che dà origine a una situazione giuridica è in grado di incidervi in quel momento e pertanto tale potere – che costituisce il presupposto della legittimazione a stipulare la clausola compromissoria – equivarrebbe in sostanza al potere di disposizione, che rappresenta invece il presupposto della legittimazione a concludere un compromesso. Sempre unica sarebbe, allora, la regola della legittimazione a compromettere qualsiasi delle due *species* di accordo arbitrale venga in rilievo (v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit. p. 308). Vien fatto però di dubitare della correttezza di tale ricostruzione. Se infatti la regola della legittimazione a pattuire la clausola compromissoria dovesse uniformarsi a quella che – secondo la posizione in esame – vige per la legittimazione a concludere

Una simile tesi mi sembra di difficile accoglimento e varie sono le critiche che possono esserle mosse.

Anzitutto, in un'ottica generale, non si capisce perché, al soggetto cui la legge riconosce il potere di disporre del diritto altrui, debba essere *eo ipso* riconosciuto il potere di compromettere in arbitri le azioni che a quel diritto sono relative. Diritto e azione astratta sono due situazioni giuridiche separate e distinte, per cui il potere di disporre dell'uno non può necessariamente implicare il potere di disporre dell'altra.

Neppure gli argomenti invocati a favore di questa tesi appaiono convincenti. In primo luogo, non è corretto ammettere l'estensione al compromesso della regole dettate per il negozio di accertamento e la confessione. La prescrizione della legittimazione a disporre in capo a coloro che pongono in essere simili atti si spiega in ragione del fatto che essi, pur non essendo in senso stretto dispositivi, vengono comunque a incidere su posizioni giuridiche sostanziali, o direttamente, nel caso del negozio di accertamento, o indirettamente nell'ipotesi di confessione⁵⁰. Al contrario, il compromesso non incide in alcun modo sul piano sostanziale, ma soltanto su quello processuale, esplicando i propri effetti sulle azioni relative a un diritto e non sul diritto stesso. Non vi è allora nessuna necessità di estendergli una regola dettata per atti che invece incidono, in via diretta o indiretta, su diritti.

Quanto poi al fondamento di diritto positivo di questa tesi, va rilevato che l'art. 806 c.p.c. è stato novellato a seguito della recente riforma dell'arbitrato e ora non prevede più l'incompromettibilità delle «controversie che

un compromesso, si dovrebbe pur sempre aver riguardo al potere di disporre degli effetti contrattuali e non al potere di concludere l'atto produttivo di tali effetti. In altre parole, si dovrebbe riconoscere la legittimazione alla stipulazione della clausola compromissoria a colui che ha il potere di disporre dei rapporti giuridici derivanti dal contratto, e non – come invece fa l'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. – a colui che ha il potere di concludere il contratto. Si deduce, allora, l'irriducibile differenza tra le regole di legittimazione che – secondo la tesi in esame – operano per le due diverse *species* di accordi compromissori. Differenza che non potrebbe essere annullata in base al rilievo che il potere di compiere un atto costitutivo di una determinata situazione giuridica equivale «nella sostanza» al potere di disporre di quella situazione giuridica una volta sorta. Si tratta invero di poteri diversi e tra loro non assimilabili, tanto che per il nostro ordinamento l'uno non implica necessariamente l'altro.

⁵⁰ Cfr. FURNO, voce «Confessione, b) Diritto processuale civile», in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 883, che giustifica la prescrizione, in capo al confitente, della legittimazione (come anche della capacità) a disporre del diritto cui i fatti confessati si riferiscono, in ragione dell'effetto (processuale) probatorio legale conseguente alla dichiarazione confessoria, che equivale, di fatto sul piano pratico, a quelli che, sul piano giuridico, conseguirebbero a un vero e proprio atto di disposizione. Nel medesimo senso v., GARBAGNATI, *La sostituzione cit.*, p. 237, nota 79.

non possono essere oggetto di transazione» ma di quelle che «abbiano per oggetto diritti indisponibili». Dopo le modifiche, tuttavia, la disposizione sembrerebbe ancor più idonea a giustificare la tesi in esame. Si potrebbe, infatti, affermare che essa faccia riferimento non soltanto ai diritti di cui nessun soggetto può disporre, ma anche a quelli di cui non può disporre un soggetto determinato⁵¹. Tuttavia, per comune opinione, tale norma fissa un limite soltanto oggettivo all'arbitrabilità delle controversie⁵² e dunque, ove parla di diritti indisponibili, non può che riferirsi esclusivamente all'indisponibilità per tutti i soggetti dell'ordinamento. E ciò a più forte ragione, ove si consideri che il requisito soggettivo-oggettivo della legittimazione è già regolato da un'altra parte di questa stessa disposizione: quella in cui si stabilisce che «le parti possono far decidere da arbitri le controversie *tra di loro insorte*», ove si ricollega la legittimazione a compromettere all'esser parte della controversia (o, il che è lo stesso, alla titolarità dell'azione) oggetto del compromesso.

Si deve comunque osservare che, anche a ritenere persuasivi gli argomenti portati a sostegno di tale tesi, questi varrebbero non tanto ad affermare una regola sulla legittimazione straordinaria a concludere un compromesso, ma una regola generale sulla legittimazione, sia ordinaria, che straordinaria. Condurrebbero, in altre parole, non già soltanto a riconoscere, a colui che ha il potere di disporre *del diritto altrui*, il potere di stipulare un compromesso con effetti nei confronti del titolare di tale diritto, ma piuttosto ad affermare che solo chi ha il potere di disporre *del diritto proprio o altrui* può concludere un compromesso in ordine alle azioni che a quel diritto si riferiscono. A questo punto non si capisce come una tal regola possa conciliarsi con quella – peraltro accolta anche dalla dottrina in esame⁵³ – relativa alla legittimazione ordinaria a compromettere. Alla stregua di quest'ultima regola, infatti, la legittimazione va riconosciuta sol che il compromittente si affermi titolare della posizione giuridica compromessa in arbitri; in base alla prima regola, sarebbe invece necessario che questi ne sia effettivamente il titolare.

⁵¹ Infatti l'Autrice che ha elaborato questa tesi l'ha riproposta anche dopo la novellazione dell'art. 806 c.p.c.: cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., sub art. 806, p. 50.

⁵² Cfr. RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 713 ss.; G.F. RICCI, *Dalla «transigibilità» alla «disponibilità» del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2006, pp. 267 s.; ID., *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pp. 759 ss.; BARLETTA, *La «disponibilità» dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 997 ss.

⁵³ V. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., pp. 268 s.

Non essendovi ragione per mettere in dubbio quanto raggiunto *in puncto* di legittimazione ordinaria a compromettere, si dovrà allora rigettare la regola della generale corrispondenza tra potere di concludere un compromesso e potere di disporre del diritto, che verrebbe peraltro a confliggere con il carattere necessariamente pregiudiziale delle questioni di rito (tra cui è inclusa quella della validità ed efficacia della convenzione arbitrale) rispetto a quelle di merito⁵⁴.

In base a tutte queste considerazioni, non è possibile accogliere questa tesi e dunque non vale neppure la pena discutere di una sua possibile applicazione analogica nell'attiguo campo degli accordi sulla giurisdizione. Ulteriori ipotesi di efficacia *ultra partes* di tali patti dovranno essere reperite *aliunde*.

5. Gli accordi sulla giurisdizione a favore del terzo

È necessario ora verificare se la legge italiana preveda ulteriori ipotesi di efficacia *ultra partes* degli accordi sulla giurisdizione, riguardanti non solo i patti ad oggetto determinato, ma pure le clausole sulla giurisdizione, ove queste non esplichino già effetti nei confronti del terzo in base alla regola ricavabile dall'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. Quest'indagine potrebbe ritenersi oziosa, o almeno di scarso rilievo pratico, poiché è difficile pensare a un soggetto che stipuli un accordo sulla giurisdizione in ordine a un'azione altrui, non potendosi comprendere quale interesse (da intendersi qui in senso meramente fattuale), lo possa muovere ad agire in tal modo. Nondimeno la pratica, che è molto più fantasiosa della teoria, potrebbe fornire degli esempi in tema di contratti collegati conclusi tra parti parzialmente diverse, o di contratti a favore di terzo: si può, ad es.

⁵⁴ Innanzi a queste critiche si potrebbe allora limitare il rilievo del potere di disposizione alla sola ipotesi della legittimazione straordinaria a compromettere, e così, tenendo ferma la regola sulla legittimazione ordinaria, affermare che può efficacemente concludere un compromesso avente ad oggetto azioni altrui chi ha il potere di disporre del diritto (pure esso altrui) cui le azioni stesse si riferiscono. In contrario si deve però ribadire che tutte le argomentazioni messe in campo dalla dottrina in esame valgono a far assurgere il potere di disposizione a criterio generale di attribuzione della legittimazione a compromettere e non consentono invece di confinarne la rilevanza al ristretto campo della legittimazione straordinaria. Del resto, non si capirebbe la ragione di una differenza di disciplina tra legittimazione ordinaria e straordinaria, tale per cui nella seconda, ma non nella prima, l'efficacia del compromesso sarebbe subordinata all'esistenza del potere di disposizione del diritto in capo alla parte.

pensare allo stipulante che, dopo aver concluso un contratto a favore del terzo, pattuisca con il promittente e senza la partecipazione del beneficiario, un accordo sulla giurisdizione avente ad oggetto le controversie, nel frattempo insorte tra promittente e terzo, in ordine alle posizioni giuridiche che quest'ultimo ha acquisito in forza del contratto.

Le norme dettate in ordine al compromesso non potranno essere d'aiuto in quest'indagine, dato che non prevedono alcun caso di efficacia di quest'atto rispetto ai terzi. Si dovrà piuttosto far riferimento alle norme stabilite per i contratti in generale. All'uopo vengono in rilievo gli art. 1411 ss. c.c. che riconoscono l'ammissibilità nel nostro ordinamento del contratto a favore del terzo. Analogamente si dovrà ritenere possibile la stipulazione di un accordo sulla giurisdizione a favore del terzo⁵⁵. Bisogna allora individuare gli effetti che producono gli accordi riconosciuti dall'art. 4 l. n. 218/1995, al fine di stabilire quali tra questi possano dirsi favorevoli al terzo e dunque idonei a fare automatico ingresso nella sua sfera giuridica.

Un accordo di deroga alla giurisdizione italiana concluso tra due soggetti, poniamo Tizio e Caio, avrà normalmente effetti speculari nei confronti di entrambi e così estinguerà o impedirà il sorgere, da una parte, dell'azione, nei confronti del giudice italiano, di Tizio e così pure della *Gerichtspflichtigkeit* di Caio, e dall'altra dell'azione, nei confronti del medesimo giudice, di Caio e della correlativa *Gerichtspflichtigkeit* di Tizio. Se ora poniamo che quest'ultimo non sia parte dell'accordo (che viene concluso tra Caio e Sempronio) ci si rende subito conto che il primo degli effetti del patto di deroga non gli è sicuramente vantaggioso, perché lo priva o gli impedisce di

⁵⁵ Nel campo degli accordi arbitrali, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., pp. 286 s., esclude l'applicazione degli artt. 1411 ss. c.c. e dunque la possibilità di una convenzione arbitrale a favore del terzo. L'Autrice, a fondamento della Sua opinione, pone essenzialmente il rilievo che lo schema del contratto a favore del terzo è "calibrato" sui contratti sinallagmatici e mal si adatta al patto compromissorio, attesa la «strumentalità» e «processualità» delle posizioni giuridiche che da questo discendono. A me sembra tuttavia che simili rilievi escludano soltanto l'applicazione diretta delle norme in tema di contratto a favore di terzo, non anche la loro operatività in via analogica, che deve essere ammessa ove si ravvisino degli effetti processuali degli accordi (arbitrali o sulla giurisdizione) sicuramente vantaggiosi per il terzo.

Favorevoli invece a un accordo compromissorio a favore del terzo si mostrano invece AHRENS, *Die subjective Reichweite* cit., p. 72, ove si sia in presenza di un *Optionsschiedsvereinbarung* a favore del terzo; SANDROCK, *Arbitration Agreements and Groups of Companies*, in DOMINICE, PATRY, REYMOND (edite par), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive: recueil*, Bâle-Frankfurt a.M., 1993, p. 636; SCHLOSSER, *Das Recht* cit., pp. 323 s.; GOUTAL, nota a Cass., 4 giugno 1985, in *Rev. arb.*, 1987, pp. 145 s.; ID., *L'arbitrage et le tiers, Le droit des contrats*, in *Rev. arb.*, 1988, pp. 447 ss.

acquisire una posizione giuridica di vantaggio, seppur di natura processuale, quale è il potere d'azione nei confronti del giudice italiano⁵⁶.

Il discorso sembrerebbe diverso per il secondo effetto, che consiste nel venir meno (o nell'impedire la nascita) della *Gerichtspflichtigkeit* di Tizio nei confronti del giudice italiano. Se da un punto di vista strettamente giuridico si dovrebbe dire che si tratta di effetto favorevole per Tizio, perché "eliminatorio" di una sua posizione giuridica di svantaggio, qual è la soggezione al doveroso esercizio del potere giurisdizionale del giudice italiano, sotto un profilo più concretamente fattuale un simile effetto si potrebbe rivelare svantaggioso, ogni qualvolta Tizio ritenga preferibile litigare con Caio nel foro derogato⁵⁷, anziché davanti al meno gradito giudice prorogato⁵⁸. Poiché, dunque, questo secondo effetto non può dirsi *a priori* nè vantaggioso nè svantaggioso e d'altro canto il vantaggio e lo svantaggio dipendono, in ultima analisi, da mere valutazioni personali di Tizio, è più congruo ritenere che questi non sia mai investito neppure di tale secondo effetto dell'accordo di deroga, restandogli comunque sempre aperta la possibilità di dare la sua approvazione al patto *inter alios*, qualora in concreto lo reputi vantaggioso⁵⁹. Si può allora affermare che un accordo di deroga alla giurisdizione italiana *ex art. 4, c. 2, l. n. 218/1995* non può mai esplicitare effetti favorevoli rispetto a un terzo, e dunque non potrà mai essere efficace nei suoi confronti.

⁵⁶ V. GEIMER, *Zuständigkeitsvereinbarungen zugunsten und zu Lasten Dritter*, in NJW, 1985, p. 534.

⁵⁷ A nulla vale obiettare che Tizio, qualora ritenesse in concreto svantaggioso l'accordo di deroga, potrebbe sempre sottrarsi ai suoi effetti, costituendosi in giudizio senza eccepire il difetto della giurisdizione italiana. Per ammettere, infatti, che il patto, di cui egli non è parte, espliciti effetti nei suoi confronti, è necessario che questo gli sia vantaggioso e non è invece sufficiente che produca effetti eventualmente sfavorevoli, ma agevolmente da lui "paralizzabili". Si deve inoltre considerare che il difetto di giurisdizione è rilevabile d'ufficio nel caso di contumacia del convenuto, per cui se si ammettesse l'efficacia dell'accordo di deroga nei confronti di Tizio, si onererebbe costui a costituirsi in giudizio per sottrarsi a tale efficacia, qualora la ritenesse a lui sfavorevole.

⁵⁸ Effetto sicuramente favorevole per il terzo potrebbe essere soltanto il venir meno della sua soggezione al potere giurisdizionale *nei confronti di qualsiasi giudice*, il che tuttavia non potrà mai conseguire da un accordo sulla giurisdizione, che non comporta una esclusione della tutela giurisdizionale *tout court* (v. il primo volume, cap. I, § 5).

⁵⁹ Si dovrebbe ritenere che tale consenso possa esprimersi anche attraverso l'eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata davanti al giudice italiano derogato nell'accordo concluso *inter alios*. Rispetto a tale consenso non dovrebbero porsi problemi di forma, poiché l'eccezione da cui esso si desume è contenuta in un atto scritto (ossia nella comparsa di costituzione) o, se sollevata in udienza, è comunque documentata nel verbale di causa.

Passiamo ora a considerare un accordo di proroga della giurisdizione italiana *ex art. 4, c. 1, l. n. 218/1995*: qui si dovrà anzitutto distinguere tra un accordo che ha effetti nei confronti della sola azione di Tizio e un accordo che ha effetti speculari nei confronti delle parti e, quindi, rispetto alle azioni sia di Tizio che di Caio.

Nel primo caso, l'accordo è sicuramente a favore di Tizio, che anche qui ipotizziamo terzo⁶⁰. Il patto ha, infatti, il solo effetto di attribuirgli una posizione giuridica di vantaggio, ossia il potere d'azione nei confronti del giudice italiano, ampliando così le sue possibilità di scelta circa il foro ove convenire in giudizio Caio⁶¹.

Nel secondo caso, l'accordo avrà due effetti: l'uno costitutivo dell'azione nei confronti del giudice italiano in capo a Tizio e l'altro costitutivo della azione in capo a Caio. Il primo effetto è sicuramente favorevole a Tizio, per le ragioni già vedute, non altrettanto si può invece dire per il secondo che importa – sempre per Tizio – una soggezione (prima inesistente) al doveroso esercizio del potere giurisdizionale del giudice italiano^{62 63}. C'è da chiedersi se si possa ammettere la scindibilità di questi due effetti e dunque che il patto produca solo il primo, senza che a questo si accompagni il secondo.

A tale quesito dovrebbe risponderci mediante l'applicazione analogica dell'art. 1419 c.c., dettato in tema di nullità parziale del contratto. La disposizione, come è noto, stabilisce che «[L]a nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità». La norma potrà in *casu* operare poiché sussiste anche qui, come nella ipotesi espressamente contemplata della nullità parziale, l'*eadem ratio* di rispettare la volontà delle parti e di conservare quella

⁶⁰ Non ha invece nessun rilievo al fine di riconoscere efficacia nei confronti del terzo all'accordo di proroga il fatto che a questo si accompagni o meno una deroga alla giurisdizione dei giudici stranieri originariamente competenti. Come si è già considerato (cfr. il primo volume, cap. II, § 2) il diritto italiano non subordina l'effetto prorogatorio dell'accordo al prodursi in un altro ordinamento della sua eventuale efficacia derogatoria.

⁶¹ Nel medesimo senso GEIMER, *Zuständigkeitsvereinbarungen* cit., p. 553, che parla di un ampliamento delle *Klagemöglichkeiten* del terzo.

⁶² Si può obiettare che, da un punto di vista fattuale, un simile effetto è favorevole al terzo, ogni qualvolta questi preferisca litigare con la controparte nel foro prorogato. Il vantaggio o lo svantaggio dipende però da valutazioni che non è possibile prevedere *a priori*, per cui si dovrà ritenere che tale effetto non possa essere imputato al terzo, perchè non sempre a lui favorevole. Rimane chiaramente ferma la possibilità per il terzo di prestare il proprio consenso all'accordo *inter alios*, se in concreto lo reputi vantaggioso.

⁶³ Nel medesimo senso v. GEIMER, *Zuständigkeitsvereinbarungen* cit., p. 553.

parte del contenuto del negozio, che le parti hanno inteso come separabile dal resto del loro accordo, destinato a rimanere invece inefficace. L'art. 1419 c.c., applicato al caso in esame, conduce allora ad affermare che la parziale inefficacia di un accordo sulla giurisdizione rispetto al terzo non ne determina la radicale inefficacia ogni qualvolta le parti dell'accordo hanno inteso i suoi effetti come disgiungibili.

Si tratta dunque di risolvere una tipica *quaestio voluntatis* e perciò la soluzione varierà caso per caso. Si può tuttavia rilevare che il giudice, nel farsi interprete della volontà negoziale, dovrà sicuramente tener conto che l'intento delle parti era quello di far sì che nel foro prescelto venissero decise nel merito le controversie che costituivano precipuo oggetto del loro accordo sulla giurisdizione. Orbene, la realizzazione di un simile intento è resa possibile – anche se fatalmente non ineludibile – ove si riconosca al patto almeno l'effetto costitutivo del potere d'azione del terzo. Infatti se quest'ultimo, invocando l'accordo, adisce il giudice italiano prescelto dalle parti, Caio potrà qui proporre le proprie domande riconvenzionali basate sul medesimo titolo, avvalendosi del criterio di giurisdizione dettato dall'art. 6 n. 3 Reg., se ci si trova entro l'ambito di applicazione materiale del Regolamento n. 44/2001⁶⁴, o di quello sostanzialmente analogo che si deduce dal combinato disposto dell'art. 3, c. 2, ultima parte, l. n. 218/1995 e dell'art. 36 c.p.c., ove si abbia, invece, a che fare con una controversia esclusa dall'orbita di operatività *ratione materiae* del Reg. stesso⁶⁵. In tal modo anche le azioni di Caio, che di per sé non rientrano nella sfera di efficacia dell'accordo sulla giurisdizione, potranno essere ammissibilmente proposte innanzi al giudice italiano pro-

⁶⁴ Ciò anche se Tizio ha il proprio domicilio al di fuori dell'Unione Europea, atteso che l'art. 3, c. 2, prima parte, l. n. 218/1995 estende i criteri speciali di giurisdizione previsti dalla Convenzione di Bruxelles – ed oggi dal Regolamento – anche al soggetto con domicilio extraeuropeo.

⁶⁵ Sempre che si ritenga che l'art. 3, c. 2, ultima parte, l. n. 218/1995, nel rinviare ai criteri di competenza territoriale, comprenda nel richiamo pure gli artt. 31 -36 c.p.c., dettati in tema di deroga della competenza (anche per territorio) per ragioni di connessione. In senso favorevole v. ATTARDI, *La nuova* cit., p. 732; BALENA, *I nuovi limiti* cit., c. 218; LA CHINA, *Soggezione* cit., p. 45; TROCKER, *La disciplina* cit., pp. 63 ss.; PISANESCHI, *La connessione internazionale – Struttura e funzione*, Milano, 2006, pp. 291 s.; SALERNO, *Il coordinamento dei criteri di giurisdizione nella legge di riforma*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 903; BALLARINO, *Diritto* cit., p. 112. In senso contrario cfr. invece CONSOLO, *Le questioni «preliminari» e l'art. 6 della L. 31 maggio 1995, n. 218*, in *Id.*, *Nuovi problemi* cit., p. 276, in nota 8; LUZZATTO, in *Commentario* cit., in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, sub art. 3, p. 936; MERLIN, *Riconvenzione e compensazione al vaglio della Corte di Giustizia (una nozione comunitaria di «eccezione»?)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, pp. 90, 93 s.

gato e sarà così realizzato l'intento delle parti di far decidere da quest'ultimo le varie controversie oggetto dell'accordo, pur in parte inefficace.

Pertanto si deve ritenere che, ove non emergano dall'accordo sulla giurisdizione elementi in contrario, le parti abbiano ritenuto disgiungibili gli effetti che questo è volto a produrre, perché solo così sarebbe resa (almeno) possibile la realizzazione del loro intento di concentrare di fronte al giudice prescelto le varie controversie cui l'accordo si riferisce⁶⁶.

Prima di concludere il paragrafo è necessario precisare che l'art. 1411 c.c. ammette un contratto a favore di terzo, soltanto qualora lo stipulante vi abbia interesse. Dunque anche un accordo sulla giurisdizione potrà produrre un effetto favorevole nei confronti del terzo soltanto se sussiste un interesse dello "stipulante" (nell'esempio fatto si tratta di Sempronio). Questo interesse si dovrà di regola ravvisare nell'esigenza di garantire il *simultaneus processus* per le liti tra gli autori dell'accordo e quelle che contrappongono uno di questi al terzo⁶⁷. Il cumulo oggettivo di cause tra parti parzialmente diverse è possibile in Italia solo ove tra queste sussista una tra le connessioni contemplate all'art. 103, c. 1, c.p.c. Perciò si può affermare che, di regola, solo in presenza di simili connessioni tra le controversie delle parti e quelle tra una di queste e il terzo, l'accordo dalle prime concluso potrà produrre degli effetti favorevoli in capo a questo, in base all'applicazione analogica dell'art. 1411 c.c.

6. Le clausole sulla giurisdizione ex art. 4 l. n. 218/1995 contenute negli statuti societari: ammissibilità e modalità di introduzione

Dopo aver passato in rassegna varie ipotesi di efficacia *ultra partes* degli accordi sulla giurisdizione ex art. 4 l. n. 218/1995, consideriamo ora il peculiare caso delle clausole sulla giurisdizione "contenute" negli atti costitutivi

⁶⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., pp. 286 s., esclude che l'accordo arbitrale nei confronti del terzo possa produrre il solo effetto di consentirgli di (anziché obbligarlo ad) adire la via arbitrale (per le ragioni individuate *supra*, in nota 55); nel medesimo senso AHRENS, *Die subjective Reichweite* cit., p. 73; sembra invece ammettere la separabilità tra effetto favorevole ed effetto svantaggioso nei confronti del terzo dell'accordo compromissorio GOUTAL, nota cit., pp. 146 s.).

⁶⁷ Cfr. in senso analogo con riguardo agli accordi arbitrali GOUTAL, nota cit., p. 145; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 287, sia pure in senso assai dubitativo, poiché, secondo l'Autrice, la natura "neutra" delle posizioni giuridiche prodotte dall'accordo arbitrale renderebbe difficile ravvisare un vero e proprio interesse dello stipulante.

o negli statuti di società, per individuare quando qui si possa propriamente parlare di efficacia della clausola nei confronti dei terzi e, segnatamente, dei soci che non hanno dato il loro consenso alla stessa.

Prima di addentrarci nella questione, bisogna domandarsi se la legge italiana, che trova applicazione quale *lex fori* (*prorogati* o *derogati* a seconda dei casi) ammetta, in linea generale, che lo statuto o l'atto costitutivo di una società possa "contenere" una clausola sulla giurisdizione avente ad oggetto tutte o alcune delle controversie insorgenti tra i soci e tra i soci e la società. Questa, infatti, non è una normale clausola sulla giurisdizione frutto dell'incontro delle volontà dei titolari delle azioni che ne costituiscono l'oggetto e dunque della società e dei soci, ma un diverso atto riferibile alla volontà dei soli soci (fondatori), o addirittura a quella dei soli soci consenzienti (i cui voti risultano "fusi" nella delibera, espressione della volontà sociale), qualora sia possibile introdurre a maggioranza una clausola sulla giurisdizione durante la vita della società. Con tutta evidenza, siamo qui di fronte a una fattispecie differente da quella del consueto accordo sulla giurisdizione⁶⁸,

⁶⁸ Questa differenza tra fattispecie è riconosciuta dalla dottrina tedesca maggioritaria, che afferma l'ammissibilità delle clausole statutarie sulla giurisdizione non in base al § 38 ZPO, ma sul fondamento del § 1066 ZPO (che troverebbe qui applicazione analogica) (cfr. BORK, *Gerichtsstandsklauseln in Satzungen von Kapitalgesellschaften*, in *ZHR* 157 (1993), pp. 58 ss.; LINDENMAYR, *Vereinbarung* cit., pp. 166 s.; HAUSMANN, *Gerichtsstandsvereinbarungen*, in REITHMANN, MARTINY, *Internationales Vertragsrecht*, 6. Aufl., Köln, 2004, pp. 2185 s.; GEIMER, *Internationales* cit., p. 627; MÜLBERT, *Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile*, in *ZZP*, 2005, p. 338). Quest'ultima norma stabilisce che le disposizioni in materia di arbitrato dettate dalla ZPO trovano applicazione anche con riguardo agli arbitrati che sono disposti in conformità alla legge mediante atti dispositivi di ultima volontà o altri non fondati su un accordo («[F]ür Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, gelten die Vorschriften dieses Buch entsprechend»). In tal modo riconosce che un arbitrato può esser fondato anche su fattispecie diverse dall'accordo delle parti e così pure su una *satzungsmäßige Schiedsklausel* (di tale avviso è almeno la maggioritaria dottrina tedesca che fonda su tale norma – e un tempo sull'identico § 1048 ZPO – e non sul § 1029 ZPO (e un tempo sul § 1025), relativo allo *Schiedsvereinbarung* la validità di una clausola arbitrale statutaria, v. SCHIMDT, *Statutarische Schiedsklauseln zwischen prozessualer und verbandsrechtlicher Legitimation*, in *JZ*, 1989, pp. 1080 s.; ID., *Neues Schiedsverfahrensrecht und Gesellschaftsrechtspraxis*, in *ZHR* 162 (1998), p. 275; NIKLAS, *Die subjektive Reichweite* cit., pp. 94 s.; GEIMER, *Nichtvertragliche Schiedsgerichte*, in *Grenzüberschreitungen*, cit., p. 211; MÜNCH, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, Band 3, *sub* § 1066, p. 599; in giurisprudenza v. BGH, 3 aprile 2000, in *NJW*, 2000, p. 1713; nel senso invece dell'applicazione del § 1029 sullo *Schiedsvereinbarung* SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 9, *sub* § 1066, pp. 797 s.; SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 337 s.).

per cui c'è anzitutto da chiedersi se il nostro ordinamento le riconosce un'efficacia prorogatoria o derogatoria della giurisdizione italiana.

Alla questione deve risponderci in senso sicuramente positivo. Si è del resto sempre ammesso che nello statuto societario possa comparire una clausola compromissoria⁶⁹ e oggi ciò è espressamente sancito dal diritto positivo all'art. 34 d. lgs. n. 5/2003. Pertanto, come è possibile stabilire che le controversie relative ai rapporti sociali siano decise dal giudice privato, così sarà possibile attribuirne la decisione ai giudici di uno Stato diverso da quelli normalmente muniti di giurisdizione.

La legge italiana riconosce quindi a una fattispecie diversa rispetto all'accordo delle parti una efficacia prorogatoria o derogatoria della competenza giurisdizionale italiana⁷⁰. Tale fattispecie non è però disciplinata direttamente, ma tramite un implicito richiamo alla *lex societatis*, che stabilirà le modalità di conclusione dello statuto e dell'atto costitutivo e le modalità (*recte* le maggioranze necessarie) per modificarli durante la vita della società⁷¹ 72.

Occupiamoci, anzitutto, del caso in cui la clausola sia "contenuta" *ab origine* nell'atto costitutivo o nello statuto della società. Almeno qualora la *lex societatis* sia quella italiana, sarà sempre necessario – a prescindere che

⁶⁹ V., per tutti, ANDRIOLI, *La clausola compromissoria nello statuto di società commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, pp. 37 s. L'Autore pone il problema della «validità» di una clausola compromissoria contenuta nello statuto societario, rilevando che la società, pur essendo parte delle controversie che costituiscono oggetto della clausola, non è altresì parte della clausola, dato che lo statuto in cui è inserita è frutto della volontà dei soli soci. Il problema è risolto sottolineando che ai soci è attribuito il potere di regolare la vita sociale, che deve ritenersi comprensivo altresì del potere di compromettere in arbitri le controversie che sorgeranno dal contratto di società.

⁷⁰ La legge italiana, quale *lex fori*, si limita dunque a disciplinare l'ammissibilità di una clausola sulla giurisdizione statutaria. Nel senso che il § 1066 ZPO anzitutto sancisca l'ammissibilità di una *einseitige Anordnung eines Schiedsgerichts* e non sia così una *reine Verweisungsnorm* v. GEIMER, *Nichtvertragliche Schiedsgerichte*, cit., pp. 202 s.

⁷¹ In senso analogo v. MARONGIU BONAIUTI, *L'arbitrabilità delle controversie nella riforma del diritto societario tra arbitrato interno e arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 2003, pp. 55 s., il quale rileva che l'art. 34 d. lgs. n. 5/2003 disciplina le modalità di formazione della volontà sociale in ordine all'adozione della clausola compromissoria statutaria, soltanto quando la società è retta – alla stregua dell'art. 25 l. n. 218/1995 – dalla legge italiana. V. anche GIARDINA, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina dell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 239, il quale sottolinea che la disciplina dettata in tema di arbitrato societario è applicabile alla duplice condizione che la società abbia sede legale in Italia (e sia pertanto regolata dalla legge italiana) e che l'arbitrato abbia sede nel nostro Paese.

⁷² In Germania, nel senso che il § 1066 ZPO (applicato analogicamente alle clausole statutarie sulla giurisdizione) richiami la *lex societatis*, cfr. LINDENMAYR, *Vereinbarung* cit., p. 167.

si tratti di una società di persone o di capitali – che tutti i soci manifestino il proprio consenso all’atto costitutivo e così alla clausola sulla giurisdizione ivi “contenuta”. Solo ove si faccia luogo alla costituzione di una s.p.a. attraverso il procedimento per pubblica sottoscrizione previsto dagli artt. 2333 ss., c.c. è possibile che vi siano dei soci dissenzienti, atteso che l’assemblea dei sottoscrittori delibera sul contenuto dell’atto costitutivo e dello statuto a maggioranza dei presenti, sempre che non si tratti di modificazioni delle condizioni stabilite nel programma previsto dall’art. 2333 c.c., per le quali è invece richiesto il consenso unanime di tutti i sottoscrittori⁷³. A prescindere da questo caso, peraltro di ben rara verificaione, si può dire che rispetto ai soci non si pone alcuna questione di efficacia *ultra partes* della clausola sulla giurisdizione, poiché tutti debbono necessariamente dare il loro consenso alla stessa. Piuttosto si potrebbe porre una simile questione per la società che, per non essere ancora sorta al momento del perfezionamento dell’atto costitutivo, necessariamente non poteva parteciparvi. Tuttavia, l’atto costitutivo pone le regole della vita della società e viene necessariamente a vincolarla⁷⁴, sicché è difficile ravvisare in questa un soggetto *stricto sensu* terzo rispetto alla clausola. Solo impropriamente, allora, si discorrerebbe qui di efficacia *ultra partes* della clausola sulla giurisdizione.

Passiamo ora al caso in cui la clausola sulla giurisdizione originariamente non compare nell’atto costitutivo o nello statuto, ma viene inserita successivamente, nel corso della vita della società. Qui, in tanto si potrà parlare di efficacia nei confronti dei terzi, in quanto si ammetta che una simile clausola possa essere introdotta mediante una modifica dell’atto costitutivo approvata a maggioranza (semplice o qualificata che sia). In una tal ipotesi, infatti, ne sarebbero vincolati pure i soci che – assenti o dissenzienti – non hanno dato il loro consenso all’introduzione della clausola. Se invece si dovesse ritenere che questa modifica richiede l’unanime consenso di tutti i soci, nessuna questione di efficacia *ultra partes* dell’accordo potrebbe chiaramente venire in rilievo.

⁷³ È chiaro però che, se si annovera una eventuale clausola sulla giurisdizione tra «le principali disposizioni dell’atto costitutivo e dello statuto» che, in base all’art. 2333, c. 1, c.c., devono necessariamente essere contenute nel programma, non sarà mai possibile il dissenso di taluno dei sottoscrittori in ordine a essa, perché questi, attraverso la sottoscrizione delle azioni, manifestano il loro inequivocabile consenso all’intero programma, clausola sulla giurisdizione compresa.

⁷⁴ Cfr., in tal senso, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (a cura di), *Arbitrato societario*, Bologna, 2004, *sub* art. 34, p. 20; EAD., in CARPI (diretto da), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, *sub* art. 34 d. lgs. n. 5/2003, pp. 84 s.

Questa alternativa tra unanimità e maggioranza dovrà esser sciolta facendo riferimento non già alla *lex fori*, il cui ambito di operatività è limitato alla sola questione dell'ammissibilità di una clausola sulla giurisdizione "contenuta" (e così anche introdotta *ex post*) nell'atto costitutivo o nello statuto, bensì alla *lex societatis* implicitamente richiamata dalla legge italiana.

Poniamo che la legge applicabile alla società sia quella italiana. In tal caso, ci si dovrà interrogare se possa trovare applicazione analogica l'art. 34, cc. 6 e 3, d. lgs. n. 5/2003, n. 5, dettato in tema di introduzione di clausole compromissorie nello statuto delle società (escluse quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio⁷⁵ e le società semplici^{76 77}). Tale norma prevede che le modifiche dell'atto costitutivo con cui si introducono delle clausole compromissorie devono essere approvate da tanti soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. Le così introdotte clausole vincoleranno la società e tutti i soci, tuttavia a quest'ultimi, se assenti o dissenzienti, è data la possibilità di "sottrarsi" ai relativi effetti recedendo dalla società.

In dottrina è stato avanzato il dubbio sulla legittimità costituzionale di una simile previsione in relazione agli artt. 2, 24 e 25 Cost., poiché l'art. 2

⁷⁵ Ciò per espressa previsione contenuta nel primo comma dell'art. 34 d. lgs. n. 5/2003.

⁷⁶ L'art. 34 del decreto legislativo delegato, parlando genericamente di «società», non esclude espressamente dal proprio campo applicativo le società semplici. Tuttavia la legge di delega attribuiva il potere legislativo al Governo solo con riferimento alle «società commerciali», con conseguente esclusione delle società semplici. Si rende pertanto necessario ritenere in via interpretativa che la norma non riguardi anche queste società, onde salvarla da una censura di illegittimità costituzionale per eccesso di delega (cfr. in tal senso RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1528; LUISO, in ID. (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Torino, 2006, *sub art.* 34, p. 557; NELA, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo cit.*, *sub art.* 34, p. 958; MAJORANO, in COSTANTINO (a cura di), *I procedimenti cit.*, *sub art.* 34, p. 762; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrati cit.*, *sub art.* 34 d. lgs. n. 5/2003, pp. 63 s.

⁷⁷ In dottrina, poi, non vi è concordia sull'applicabilità dell'art. 34, c. 6 alle altre società di persone. In senso positivo v. ARIETA, DE SANTIS, *Diritto cit.*, pp. 604 s., nota 14; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 953; SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005, pp. 58 ss.; NELA, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo cit.*, *sub art.* 34, pp. 940 s. Nel senso che nelle società di persone l'introduzione di una clausola compromissoria è ancora regolata dall'art. 2252 c.c. v., invece, CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1292; LUISO, in ID. (a cura di), *Il nuovo cit.*, *sub art.* 34, p. 562, i quali sottolineano che la *ratio* della norma è quella di proteggere il socio avverso l'introduzione o la soppressione di una clausola compromissoria, non quella di peggiorare la sua posizione garantita da altre norme.

Cost. non consentirebbe che il soggetto, entrato a far parte di «una delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», possa essere costretto, pena l'esclusione dal "gruppo", a rinunciare a un suo diritto inviolabile qual è il diritto di agire in giudizio innanzi al giudice statale riconosciuto dal combinato disposto degli artt. 24 e 102 Cost⁷⁸.

Appare di dubbia opportunità ammettere l'applicazione analogica nel campo degli accordi sulla giurisdizione, di una norma di cui si sospetta l'incostituzionalità, oltretutto con argomenti di non poco peso⁷⁹. È perciò più prudente, almeno finché non si abbia una pronuncia "chiarificatrice" del

⁷⁸ Cfr. RUFFINI, *La riforma cit.*, pp. 1531; ID., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 516; NOVIELLO, *I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 68 s.; nel medesimo senso, seppur dubitativamente, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione cit.*, pp. 503 s.; EAD., in CARPI (diretto da), *Arbitrati cit.*, sub art. 34 d. lgs. n. 5/2003, pp. 95 s. Di contrario avviso è invece BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 483, ID., *La giustizia cit.*, pp. 329 ss., che rileva come il potere di recesso dalla società attribuito ai soci assenti o dissenzienti salvi la norma dall'illegittimità costituzionale, costituendo siffatto potere un soddisfacente punto di equilibrio tra l'esigenza (costituzionalmente imposta) di fondare il ricorso alla giustizia arbitrale sulla libera scelta del soggetto, anziché su quella del "gruppo" e l'esigenza di parità di trattamento tra tutti i soci (sostanzialmente nel medesimo senso, CAVALLINI, *L'arbitrato cit.*, p. 61).

⁷⁹ È per le medesime ragioni che nel testo non si considera neppure un altro caso di estensione *ultra partes* dell'efficacia della clausola compromissoria: quello previsto dall'art. 34, c. 4, d. lgs. n. 5/2003 a norma del quale «[G]li atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie proposte da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro». Anche questa norma ha suscitato negli interpreti fondati dubbi di legittimità costituzionale (cfr. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 714; ID., in ID. (a cura di), *Il nuovo cit.*, sub art. 34, pp. 571 s.; BOVE, *L'arbitrato cit.*, pp. 483 s.; ID., *La giustizia cit.*, p. 330; RUFFINI, *Il nuovo cit.*, p. 516, modificando la contraria opinione espressa in ID., *La riforma cit.*, pp. 1525 s.; NOVIELLO, *I limiti soggettivi cit.*, pp. 68 s.), per cui non è il caso di interrogarsi su una sua possibile applicazione analogica nel campo degli accordi sulla giurisdizione. Va rilevato che una parte della dottrina ha prospettato un'interpretazione *secundum Constitutionem* della norma, in base alla quale essa prevederebbe solo una *praesumptio iuris tantum* di consenso da parte dell'organo sociale alla clausola compromissoria, superabile attraverso l'espressa manifestazione di una volontà contraria (così CORSINI, *L'arbitrato cit.*, p. 1292; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione cit.*, pp. 519 s.; EAD., in CARPI (diretto da), *Arbitrati cit.*, sub art. 34 d. lgs. n. 5/2003, pp. 88 s.; NELA, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo cit.*, sub art. 34, pp. 940 s.). A seguire questa interpretazione, la norma non sancirebbe alcun caso di efficacia *ultra partes* della clausola compromissoria statutaria e sarebbe pertanto irrilevante ai fini della nostra ricerca.

Giudice delle leggi⁸⁰, evitare ogni riferimento all'art. 34 d. lgs. n. 5/2003 e risolvere la questione che qui ci occupa alla luce delle norme "generali" del diritto societario.

Qualora si abbia allora a che fare con delle società di persone, l'introduzione di una clausola sulla giurisdizione necessita dell'unanime consenso di tutti i soci in base all'art. 2252 c.c., dettato in ordine alla società semplice e applicabile a tutte le altre società di persone, in forza del gioco di rinvii degli artt. 2293 e 2315 c.c. La medesima norma ammette però una modifica a maggioranza del contratto sociale, qualora tutti i soci abbiano così convenuto nel contratto stesso. C'è da chiedersi se, in presenza di una simile disposizione, sia possibile introdurre una clausola di deroga a favore di un giudice non europeo⁸¹ con la maggioranza stabilita nel contratto sociale. Alla domanda dovrebbe darsi risposta negativa poiché il potere della maggioranza incontra sempre il limite generale dell'indisponibilità dei diritti individuali dei soci nei confronti della società⁸², limite che dovrebbe ricomprendere pure le posizioni giuridiche di natura processuale e così anzitutto le azioni nei confronti del giudice italiano dei soci, aventi ad oggetto rapporti intercorrenti tra questi e la società. Ed è proprio di tal potere di cui la maggioranza verrebbe

⁸⁰ Trib. Milano, 18 luglio 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 313, con nota adesiva di CERRATO, *Due questioni in tema di arbitrato endosocietario* ha affermato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, c. 6, d. lgs. n. 5/2003 sulla base di argomenti sostanzialmente analoghi a quelli di Bove (v. *supra*, nota 78). Non è detto, però, che in futuro un giudice di merito non ritenga sussistere un dubbio di costituzionalità della norma e così rimetta la questione alla decisione della Consulta.

⁸¹ Si prende in considerazione solo tale ipotesi e non quella della clausola di proroga del giudice italiano (o di un altro Stato europeo), perché in quest'ultimo caso si ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 23 Reg., avendo una delle parti della controversia oggetto della clausola la propria sede all'interno dell'Unione Europea (più in particolare in Italia, in base al presupposto che la *lex societatis* sia italiana e che perciò la sede statutaria si trovi nel nostro Paese). A più forte ragione, troverà applicazione – una volta entrato in vigore – l'art. 25 Reg. n. 1215/2012, poiché la norma opera rispetto ad ogni proroga della giurisdizione di Stati europei, a prescindere dal domicilio delle parti.

⁸² Cfr., per tutti, G. FERRI, *Delle società, Disposizioni generali - soc. semplici - soc. in nome collettivo - soc. in accomandita semplice*, Art. 2247-2324, 3ª ed., in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1981, sub art. 2252, p. 119; CAGNASSO, *La società semplice*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile, I singoli contratti*, 6, Torino, 1998, p. 95; COTTINO, *Sulla modificazione a maggioranza del contratto di società in accomandita semplice e sulla nomina di un secondo accomandatario contro la volontà del primo*, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 929; ID., *Diritto societario*, vol. I, tomo II, Padova, 2006, p. 92; FERRARA JR., CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 14ª ed., Milano, 2009, p. 282.

a disporre, ove le si riconoscesse la possibilità di introdurre una clausola di deroga alla giurisdizione italiana nel contratto sociale⁸³.

Qualora invece si abbia a che fare con una s.p.a., si pone il problema se possa trovare applicazione l'art. 2365 c.c., ove si prevede la modificabilità dello statuto mediante deliberazione dell'assemblea straordinaria, o se invece si debba ritenere che l'introduzione di una clausola sulla giurisdizione possa ammettersi solo con l'unanime consenso di tutti i soci. La seconda soluzione è sicuramente preferibile, poiché, come si è detto appena sopra, un limite al potere della maggioranza è costituito dai diritti individuali dei soci⁸⁴. Sembra dunque che l'introduzione di una clausola sulla giurisdizione durante la vita di una s.p.a. sia possibile solo in virtù della volontà dell'intera compagine sociale^{85 86}.

Analogamente è da risolvere la questione nelle s.r.l. e si deve perciò escludere che l'introduzione di una clausola sulla giurisdizione possa avvenire con la maggioranza prevista dall'art. 2479-*bis*, c. 3, ultima parte, c.c.

⁸³ Da queste rigorose conclusioni ci si potrebbe forse allontanare nel caso, verosimilmente assai raro, in cui nel contratto sociale sia presente una *specific*a disposizione relativa alla possibilità di introdurre con una determinata maggioranza la clausola di deroga alla giurisdizione. In una tale ipotesi potrebbe infatti ritenersi che la volontà prorogatoria o derogatoria della giurisdizione provenga da tutti i soci e sia stata espressa – sia pur soltanto *per relationem* (alla volontà della maggioranza) – nello stesso contratto di società.

⁸⁴ Nel senso dell'impossibilità di introdurre una clausola arbitrale in via di modifica statutaria approvata a maggioranza v. G. AULETTA, *Deferimento ad arbitri delle controversie sull'esclusione dei soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 1112. L'Autore osserva, *inter alia*, che la maggioranza non può disporre dei diritti individuali dei soci e che, salva diversa previsione di legge, «per modificare la tutela giurisdizionale accordata a un diritto deve richiedersi lo stesso procedimento e l'osservanza delle stesse garanzie stabilite per la modificazione del diritto stesso».

⁸⁵ Analoga soluzione deve ammettersi nelle s.a.p.a. e nelle società cooperative cui si applicano, nel limite della compatibilità, le norme relative alle s.p.a., in forza del rinvio effettuato rispettivamente dagli artt. 2454 c.c. e 2519 c.c.

⁸⁶ Anche in Germania si ritiene che la successiva introduzione di una clausola arbitrale statutaria richieda il consenso di tutti i soci, vuoi perché – riconducendo tale clausola a un accordo arbitrale *ex § 1029 ZPO* – si ritiene all'uopo necessaria una manifestazione di volontà di ogni singolo socio (SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 342; SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 9, *sub § 1066*, p. 798), vuoi perché la maggioranza non può incidere sul *Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte* (v. SCHIMDT, *Statutarische Schiedsklauseln* cit., p. 1082), il quale ricomprende pure la garanzia della tutela giurisdizionale dei soci innanzi al giudice statale. In giurisprudenza v. BGH, 3 aprile 2000, in *NJW*, 2000, p. 1713, ove si rimarca la necessità che la rinuncia all'accesso al giudice statale preconstituito per legge sia volontaria.

Ci si deve ora chiedere quali siano le conseguenze di una clausola statutaria sulla giurisdizione introdotta senza il consenso dell'intera compagine sociale. La dottrina commercialistica maggioritaria ritiene che la delibera assembleare (o decisione a maggioranza) con cui si dispone dei diritti individuali dei soci (e, più in generale si incide negativamente sulla loro sfera giuridica) sia inefficace nei confronti dei soci non consenzienti, in forza del generale principio che nega effetti ad atti di disposizione di posizioni giuridiche altrui⁸⁷.

Sulla scorta di ciò, la clausola sulla giurisdizione approvata a maggioranza non ha sicuramente effetto con riguardo alle azioni dei soci che non hanno consentito alla modificazione dello statuto o del contratto sociale. Rimane da chiarire se la clausola possa risultare efficace rispetto alle posizioni giuridiche processuali dei soci consenzienti e se quindi se ne possa almeno ammettere una efficacia parziale.

La questione potrebbe risolversi mediante l'applicazione dell'art. 1419 c.c. sulla nullità parziale del contratto, di cui – nel corso di questo studio – si è già ammessa l'operatività in via analogica allo scopo di regolare l'inefficacia parziale (*sub specie subiecti*) degli accordi sulla giurisdizione⁸⁸. Più in particolare, si potrebbe affermare che la clausola produce i propri effetti nei confronti dei soli soci consenzienti, se risulta che questi l'avrebbero adottata senza la parte del suo contenuto colpita dall'inefficacia.

A me sembra, tuttavia, che in questo caso l'applicazione dell'art. 1419 c.c. non sia possibile, poiché la legge configura la clausola arbitrale statutaria e così pure (implicitamente) la clausola statutaria sulla giurisdizione come

⁸⁷ V. TRIMARCHI, *L'invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, pp. 152, 163; MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, p. 194; BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, pp. 58 ss., 77; ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in COLOMBO, PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 3.2, *Assemblea*, Torino, 1993, pp. 484 ss.; COTTINO, *Diritto societario*, cit., p. 365. Si ritiene peraltro che tale inefficacia possa venir meno qualora i soci, *ab origine* non consenzienti, con una successiva manifestazione di volontà diano la loro approvazione all'atto che incide sulla loro sfera giuridica: cfr. TRIMARCHI, *L'invalidità* cit., p. 205; MIGNOLI, *Le assemblee* cit., p. 189; ZANARONE, *L'invalidità* cit., p. 491.

⁸⁸ V. *supra*, § 5. Peraltro l'applicazione analogica dell'art. 1419 c.c. è stata avanzata da una parte della dottrina commercialistica proprio per dare soluzione alla generale questione della inefficacia parziale delle delibere che incidono su diritti individuali dei soci senza il loro consenso (cfr. TRIMARCHI, *L'invalidità* cit. p. 205, che tuttavia parla di una presunzione che i soci abbiano approvato la delibera subordinatamente alla previsione della sua piena efficacia, escludendo così ogni possibilità di efficacia meramente parziale; ZANARONE, *L'invalidità* cit., p. 493).

“regola del gruppo sociale”⁸⁹, «vincolante per la società e per tutti i soci», come sancisce l’art. 34, c. 3, d. lgs. n. 5/2003. È perciò escluso che si possa riconoscere a una clausola di deroga alla giurisdizione italiana una “efficacia dimidiata”, tale per cui essa valga nei confronti di alcuni soci soltanto e non dell’intera compagine sociale. L’inefficacia parziale della clausola conduce allora *ex lege* alla totale inefficacia della stessa.

Si deve quindi concludere che, ove sia applicabile la legge italiana, una clausola di deroga può essere introdotta nell’atto costitutivo durante la vita della società solo col consenso di tutti i soci, in difetto del quale la clausola deve ritenersi radicalmente inefficace, anche nei confronti della società e dei soci consenzienti⁹⁰.

Nel caso in cui la *lex societatis* sia straniera, la disciplina potrebbe essere diversa da quella appena illustrata. Questa legge potrebbe prevedere la possibilità di introdurre a maggioranza nello statuto una clausola di deroga alla giurisdizione che produca effetti nei confronti dei soli soci che vi abbiano consentito⁹¹, oppure vincolante indistintamente rispetto a tutti i soci⁹². C’è

⁸⁹ Nel senso che la clausola compromissoria statutaria costituisca la regola del gruppo sociale v. E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 524.

⁹⁰ Tale inefficacia non potrà venir meno a seguito dell’approvazione della clausola da parte di tutti i soci originariamente non consenzienti. A parte la scarsa verosimiglianza dell’ipotesi, non è ragionevole che la clausola sia sospesa nella sua efficacia per un periodo di tempo potenzialmente illimitato, in attesa che tutti i soci che *olim* non avevano votato a favore della delibera diano *ex post* la loro approvazione. Così facendo, da una parte, verrebbe meno ogni certezza circa il giudice munito di giurisdizione (che era lo scopo perseguito attraverso l’introduzione della clausola sulla giurisdizione), che potrebbe mutare sol che lo vogliano i soci *ab origine* non consenzienti; dall’altro si lascerebbe pienamente in mano a una minoranza la possibilità di conferire efficacia a una “regola del gruppo”.

⁹¹ Una simile soluzione è accolta in Germania dalla più recente giurisprudenza e da una parte della dottrina con riguardo alla clausola arbitrale statutaria. Questa, più in particolare, sarebbe efficace nei confronti dei membri del gruppo consenzienti e inefficace nei confronti degli altri, che potrebbero però darvi assenso con una successiva manifestazione di volontà (SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar cit.*, Band 9, sub § 1066, p. 798), anche *per facta concludentia* (ad es., in virtù della mera “permanenza” – purché libera – nella *Körperschaft*): in tal senso v. NIKLAS, *Die subjektive Reichweite cit.*, pp. 100 ss., approvando *in toto* la soluzione accolta da BGH, 3 aprile 2000, in *NJW*, 2000, p. 1713.

⁹² Nel testo si presuppone che la *lex societatis* regoli anche la questione dell’ambito soggettivo di efficacia della clausola sulla giurisdizione introdotta a maggioranza. Questa è a mio avviso la soluzione più congrua per le ragioni che verranno esposte al principio del successivo paragrafo. La *lex societatis*, che preveda la possibilità di introdurre a maggioranza una clausola sulla giurisdizione vincolante nei confronti di tutti i soci, disciplinerà altresì eventuali “mezzi di reazione” a tutela della minoranza (come ad es. il diritto di recesso previsto dall’art. 34, c. 6, ultima parte, d. lgs. n. 5/2003, per il caso di clausola arbitrale statutaria introdotta a mag-

da chiedersi se, in quest'ultima ipotesi, una tal previsione possa superare positivamente il vaglio della compatibilità con l'ordine pubblico, posto dall'art. 16 l. n. 218/1995 come limite all'operatività della legge straniera in Italia.

Si deve ricordare che l'ordine pubblico internazionale è una nozione dai limitati confini che viene a ricomprendere soltanto i principi fondamentali e irrinunciabili per il nostro ordinamento giuridico. Tra tali principi vi è sicuramente il diritto alla tutela giurisdizionale riconosciuto dall'art. 24 Cost. Va tuttavia rilevato che, con l'introduzione a maggioranza di una clausola di deroga alla giurisdizione nello statuto, non si viene *tout court* a negare ai soci non consenzienti tale diritto, ma li si onera soltanto a esercitarlo dinanzi a giudici diversi da quelli muniti di giurisdizione secondo le regole ordinarie⁹³. Pertanto nessun sostanziale *vulnus* al diritto d'azione garantito dall'art. 24 Cost. sembra potersi ravvisare nel caso in cui la *lex societatis* ammetta che la maggioranza dei soci (semplice o qualificata) possa introdurre nell'atto costitutivo una clausola sulla giurisdizione che vincoli tutti i soci, compresi quelli assenti o dissenzienti. Si dovrebbe allora escludere ogni contrarietà all'ordine pubblico internazionale di una simile previsione e, così, affermare che una clausola di deroga alla giurisdizione, introdotta nello statuto di una società con la maggioranza richiesta dalla *lex societatis* straniera, dovrà senz'altro essere ritenuta valida ed efficace dal giudice italiano innanzi al quale è fatta valere, nei confronti di tutti i soci, compresi quelli assenti o dissenzienti. Ecco, allora, rinvenuto un primo caso in cui si può parlare di efficacia *ultra partes* della clausola sulla giurisdizione "contenuta" in uno statuto societario.

gioranza). Qui neppure potrebbe sorgere il dubbio dell'operatività della legge processuale, concretandosi tali "mezzi" in situazioni giuridiche schiettamente sostanziali. Vi è peraltro da sottolineare che la mancata previsione da parte della *lex societatis* di consimili "rimedi" non dovrebbe condurre a un giudizio di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, perchè il socio assente e dissenziente – pur privo di mezzi per "sfuggire" al vincolo della clausola sulla giurisdizione – non vede comunque leso il suo diritto alla tutela giurisdizionale costituzionalmente riconosciuto.

⁹³ A una diversa conclusione si dovrebbe invece giungere ove si abbracciasse la posizione di RICCI, *Il nuovo diritto* cit., p. 319, secondo cui l'art. 24 Cost. garantirebbe a tutti il diritto ad ottenere dal giudice italiano una decisione di merito, secondo le norme applicabili alla stregua del diritto italiano (v. però per una critica nel primo volume, cap. I, § 5, nota 141). In quest'ottica, infatti, si dovrebbe ritenere contraria all'ordine pubblico la disposizione della *lex societatis* che ammette la possibilità per la maggioranza dei soci di introdurre nello statuto una clausola di deroga alla giurisdizione italiana, perché così si verrebbe a disporre, senza l'assenso dei soci di minoranza, del diritto loro riconosciuto – secondo l'orientamento che si sta esaminando – dall'art. 24 Cost.

7. Segue: l'efficacia della clausola statutaria nei confronti dei nuovi soci

Consideriamo ora la posizione dei soci che entrano a far parte della compagine societaria in un momento successivo alla costituzione della società o all'introduzione della clausola sulla giurisdizione. Vi è anzitutto da sottolineare che la questione deve risolversi alla stregua della *lex societatis*. La legge processuale italiana, allorché richiama la legge applicabile alla società, vuole individuare non già un mero procedimento di formazione della clausola alternativo rispetto all'accordo delle parti, ma un procedimento con una ben determinata funzione: quella di dettare regole per un gruppo. La questione del "procedimento di formazione" della clausola statutaria non può perciò essere scissa da quella dell'ambito soggettivo di efficacia delle regole prodotte con tale procedimento e ne segue che, per entrambe, dovrà valere il richiamo alla *lex societatis*, compiuto dalla *lex fori*.

Quando la *lex societatis* sia italiana, verrà in rilievo l'art. 34, c. 3, d. lgs. n. 5/2003 ove si prevede che «[L]a clausola [*scil.* compromissoria] è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia». Ancorando l'efficacia della clausola allo *status* di socio, la norma intende garantire l'effettività della scelta arbitrale compiuta nello statuto, evitando che il sopravvenire di nuovi soci possa mettere in discussione tale scelta rispetto alle controversie che li coinvolgono, per non aver questi dato il proprio assenso alla clausola compromissoria. Se questa ne è la *ratio*, la norma potrà essere applicata analogicamente anche alle clausole sulla giurisdizione "contenute" negli statuti, perché anche in questo campo sussiste la medesima esigenza di garantire la scelta statutaria a favore dei giudici di un determinato Stato, a fronte di nuovi soci che possono non dare il loro specifico assenso a una simile scelta.

Va però precisato che non sempre l'efficacia nei confronti di un nuovo socio della clausola sulla giurisdizione "contenuta" nello statuto integra un caso di efficacia dell'accordo nei confronti di un terzo, ossia di un soggetto che non ha dato il proprio assenso alla clausola. All'uopo bisogna distinguere a seconda che l'ingresso del nuovo membro avvenga in una società di persone o di capitali.

Nel primo caso, l'entrata di un socio – ove la *lex societatis* sia italiana – necessita per regola di una modificazione dell'atto costitutivo, alla quale debbono partecipare sia il nuovo socio sia le parti originarie⁹⁴ che, rispettiva-

⁹⁴ Ciò pure nel caso in cui l'ingresso del nuovo socio sia dovuto al trasferimento a questi, *inter vivos o mortis causa*, della quota sociale. Infatti, da una parte, il trasferimento della quota

mente, esprime e rinnovano il loro consenso (anche) in ordine alla clausola sulla giurisdizione⁹⁵. Il nuovo entrato, dunque, non potrà in alcun modo esser ritenuto terzo rispetto alla clausola.

Nelle società di capitali, invece, sia quando l'ingresso di un nuovo socio dipenda dalla sottoscrizione di nuove azioni o quote sociali, sia quando derivi dalla successione *inter vivos* o *mortis causa* in azioni o quote già esistenti, la clausola sulla giurisdizione contenuta nello statuto avrà effetti nei suoi confronti a prescindere da una sua qualsiasi manifestazione di volontà a riguardo. Prima della riforma si riteneva invece necessario, almeno nell'ipotesi di sottoscrizione di nuove azioni o quote sociali⁹⁶, il consenso del nuovo

per atto tra vivi è inidoneo ad attribuire al terzo lo *status* di socio, in mancanza del consenso di tutti gli altri membri dell'ente; dall'altra, la morte del socio, in base all'art. 2284 c.c., non conduce automaticamente all'acquisto da parte degli eredi della qualità di socio, richiedendosi all'uopo l'assenso di tutti i soci superstiti. In mancanza, qui sorgerà in capo al successore il credito alla liquidazione della quota. Ci si può chiedere se la clausola statutaria espliciti i suoi effetti rispetto alle azioni relative a tale diritto (ammette l'efficacia della clausola arbitrale nei confronti dell'erede indipendentemente dal fatto che questi acquisti la qualità di socio, SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 192). Chiaramente non può venire in rilievo l'art. 34, d. lgs. n. 5/2003 atteso che non si ha a che fare con un socio. In dottrina si è affermata l'operatività della clausola compromissoria sulla base della regola (generale) che un accordo arbitrale produce i propri effetti anche nei confronti del successore nel rapporto giuridico, ritenendo che il terzo succeda nei diritti patrimoniali inerenti la qualità di socio medesimo (cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 501; EAD., in CARPI (a cura di), *Arbitrati* cit., *sub* art. 34, p. 86;). A mio avviso questo sentiero è difficilmente percorribile perché qui non si ha alcun trasferimento del credito alla liquidazione della quota, dal socio al terzo (sembra esprimersi nel medesimo senso VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., p. 192). Tale diritto sorge invece a titolo originario direttamente in capo al terzo, che in alcun modo potrebbe allora esser ritenuto successore.

Per completezza si deve ricordare che anche nelle società di persone si danno specifiche ipotesi in cui la successione nello *status* di socio si verifica indipendentemente dalla volontà di tutti i soci: si consideri, ad es., la clausola di libera trasferibilità della quota, la – assai controversa – clausola di continuazione automatica e, infine, l'art. 2322 c.c., relativo alla successione *mortis causa* nello *status* di socio accomandante. In questi casi, l'efficacia nei confronti dei nuovi soci troverà fondamento, non nel consenso espresso dall'intera compagine sociale al mutamento soggettivo della stessa (consenso che qui manca), ma nell'applicazione analogica dell'art. 34, c. 3, d. lgs. n. 5/2003 e si avrà così un'ipotesi di efficacia della clausola sulla giurisdizione nei confronti dei terzi.

⁹⁵ Cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., *sub* art. 807, p. 787; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 500; EAD., in CARPI (a cura di), *Arbitrati* cit., *sub* art. 34, p. 85.

⁹⁶ Nel caso, invece, di successione *inter vivos* o *mortis causa* l'efficacia (automatica) della clausola compromissoria (e così anche sulla giurisdizione) nei confronti del nuovo socio veniva affermata sulla scorta della regola generale per cui la clausola esplica i propri effetti anche

socio alla clausola compromissoria⁹⁷ (e dunque anche a quella sulla giurisdizione). In difetto di una simile manifestazione di volontà del nuovo socio, né la società né gli altri soci avrebbero potuto opporgli la clausola. A seguito dell'introduzione dell'art. 34, c. 3 d. lgs. n. 5/2003, la situazione è mutata e basta unicamente l'acquisto dello *status* di socio per essere soggetti al vincolo della clausola, vuoi compromissoria, vuoi sulla giurisdizione⁹⁸.

La norma, riannodando l'efficacia della clausola all'esistenza di una posizione giuridica sostanziale, ossia lo *status* di socio, pone notevoli problemi applicativi ove gli arbitri debbano conoscere proprio di tale *status* per decidere nel merito la controversia, poiché questo costituisce o una questione pregiudiziale di merito, o il vero e proprio *thema decidendum*. In tali ipotesi, per pronunciarsi sull'efficacia della clausola nei confronti del socio, si deve risolvere una questione – ripetesi: quella dell'esistenza della qualità di socio

nei confronti del successore nella posizione giuridica compromessa in arbitri (così CARPI, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2001, *sub art.* 806, p. 82; nella dottrina tedesca SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar cit.*, Band 9, *sub §* 1066, p. 798; NIKLAS, *Die subjektive Reichweite cit.*, p. 99).

⁹⁷ Più in particolare la giurisprudenza riteneva sufficiente una adesione scritta allo statuto riferibile (anche solo implicitamente) altresì alla clausola arbitrale (v. Cass., 7 ottobre 1991, n. 10444, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1072). La dottrina maggioritaria affermava che qui dovesse trovare applicazione l'art. 1341 c.c. ed era perciò necessaria la specifica approvazione della clausola arbitrale da parte del nuovo socio (v. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, *cit.*, *sub art.* 808, pp. 788 ss.; PUNZI, *Disegno cit.*, I, p. 205 ss., cui si rinvia per un completo esame della questione e per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza; sul punto v. anche CARLEO, *Le vicende cit.*, pp. 107 ss.).

In Germania, nel senso che il nuovo socio debba manifestare la propria volontà di assoggettarsi alla clausola arbitrale statutaria, v. SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar cit.*, Band 9, *sub §* 1066, p. 798; NIKLAS, *Die subjektive Reichweite cit.*, p. 99.

⁹⁸ V. in tal senso RUFFINI, *Il nuovo cit.*, pp. 515 s.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società cit.*, p. 948; EAD., in CARPI (a cura di), *Arbitrati cit.*, *sub art.* 34, p. 85. Si potrebbe anche ritenere che la legge ha presunto che chi assume la qualità di socio – sottoscrivendo nuove azioni o quote, o subentrando nella titolarità di azioni o quote già esistenti – dia il proprio assenso a tutte le regole della società, clausola compromissoria statutaria compresa. Con l'avvertenza però che si tratta di una presunzione assoluta senza alcuna possibilità di prova contraria, tanto che un'eventuale manifestazione di volontà con la quale il soggetto "entrante" rifiuti di accettare la clausola dovrebbe impedire lo stesso acquisto della qualità di socio (così RUFFINI, *Il nuovo cit.*, p. 516). BOVE, *L'arbitrato cit.*, pp. 482 s., ID., *La giustizia cit.*, p. 331, ritiene, però, che il nuovo socio non sia privo di rimedi innanzi a una clausola compromissoria non gradita e di cui non conosceva l'esistenza al momento del suo ingresso nella compagine sociale: egli – ad avviso dell'Autore – potrebbe infatti esercitare il diritto di recesso, in applicazione analogica dell'art. 34, c. 6, ultima parte, d. lgs. n. 5/2003; *contra* però E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrati cit.*, *sub art.* 34 d. lgs. n. 5/2003, p. 85, in ragione dell'insussistenza dell'*eadem ratio*.

– che, in base al rapporto di pregiudizialità tra rito e merito, dovrebbe invece venire in rilievo esclusivamente ai fini della fondatezza della domanda⁹⁹. È stata probabilmente la consapevolezza di un simile problema a indurre il legislatore alla precisazione per cui la clausola vincola anche «coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia». In tal modo però più che risolvere il problema, se ne sono posti di nuovi e (forse) più gravi. Infatti, se si interpretasse in senso letterale la disposizione, si giungerebbe a ritenere vincolato alla clausola compromissoria anche un soggetto che non soltanto non ha dato il proprio consenso alla stessa, ma che non ha neppure quel requisito – la titolarità dello *status* di socio – che la legge ha eletto a eccezionale presupposto dell'efficacia della clausola compromissoria statutaria.

Per evitare questo risultato assolutamente incongruo la dottrina ha proposto differenti interpretazioni restrittive. Così, mentre ha unanimemente ritenuto che la norma possa trovare applicazione nei giudizi in cui viene contestata la qualità di socio in ragione della (asserita) sussistenza di fatti estintivi¹⁰⁰, si è divisa rispetto alle controversie in cui si discute dell'esistenza o inesistenza della fattispecie costitutiva dello *status* di socio. Più in particolare, taluno ha ritenuto che la norma non possa mai trovare applicazione in questi casi¹⁰¹. Altri ha sostenuto che l'art. 34, c. 3, ultima parte, d. lgs. n. 5/2003 venga in rilievo «solo quando la controversia si sia comunque col-

⁹⁹ È il caso di sottolineare che un simile problema si è posto solo dopo l'introduzione dell'art. 34, c. 3, d. lgs. n. 5/2003, che ricollega direttamente allo *status* di socio la soggezione alla clausola compromissoria statutaria. Prima, invece, si ammetteva generalmente, almeno nell'ipotesi di sottoscrizione di nuove azioni o quote, che il vincolo compromissorio potesse derivare soltanto dall'accettazione della clausola da parte del soggetto (v. *supra* nota 97). Per cui l'arbitro o il giudice, per stabilire se tale clausola fosse efficace nei confronti del prospettato socio, non doveva verificare l'effettiva sussistenza della qualità di socio (e dunque una questione rilevante ai fini del merito), ma soltanto se fosse ravvisabile un atto del soggetto con cui questi dava il proprio assenso – ancorché con *relatio* eventualmente *imperfecta* – alla clausola “inclusa” nello statuto.

¹⁰⁰ Cfr. ARIETA, DE SANTIS, *Diritto* cit., pp. 609 s.; LUIO, *Appunti* cit., p. 713; ID., in ID. (a cura di), *Il nuovo* cit., sub art. 34, p. 569; RUFFINI, *La riforma* cit., p. 153; ID., *Il nuovo arbitrato* cit., pp. 514 s., nota 76; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 505; EAD., *La convenzione arbitrale nelle società* cit., pp. 947 s.; EAD., in CARPI (diretto da), *Arbitrati* cit., sub art. 34 d. lgs. n. 5/2003, pp. 90 s.; NELA, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo* cit., sub art. 34, pp. 964 ss.; CORSINI, *L'arbitrato* cit., p. 1292; BUONCRISTIANI, *Socio o non socio: lodo di rito o di merito?*, in *Riv. arb.*, 2008, pp. 36 s.; sulla medesima linea interpretativa sembra assestarsi anche BOVE, *L'arbitrato* cit., p. 480, in nota 29; ID., *La giustizia* cit., pp. 327 ss.

¹⁰¹ Così LUIO, *Appunti* cit., pp. 712 s.; ID., in ID. (a cura di), *Il nuovo* cit., sub art. 34, pp. 569 s.; RUFFINI, *La riforma* cit., p. 153; ID., *Il nuovo arbitrato* cit., pp. 514 s.

legata con norme statutarie»¹⁰². Altri ancora, rilevato che gli arbitri, a mente del novellato art. 817, c. 1, c.p.c., possono conoscere del difetto della propria *potestas iudicandi* solo su tempestiva eccezione del convenuto, ne ha tratto la conseguenza che la norma può operare nei casi in cui il convenuto ha contestato la propria qualità di socio, nel processo arbitrale, ai soli fini della decisione del merito¹⁰³. Un'Autrice, infine, al dichiarato scopo di attribuire un qualche valore innovativo alla norma – destinata altrimenti a restare lettera morta – ha affermato che questa potrebbe valere ad attribuire agli arbitri la domanda di accertamento della nascita o meno dello *status* di socio, impedendo loro di interrogarsi preliminarmente sulla sussistenza di un efficace vincolo compromissorio rispetto al socio il cui *status* è controverso ed obbligandoli a procedere senz'altro all'esame del merito^{104 105}.

Comunque, in tutti i casi in cui non ritiene operante l'art. 34, c. 3 ultima parte d. lgs. n. 5/2003, la dottrina è unanime nell'individuare le conseguenze: gli arbitri, a fronte di una contestazione da parte del convenuto della competenza arbitrale per insussistenza di quel presupposto legittimante che è la qualità di socio, possono ritenersi muniti di *potestas iudicandi* solo in una di queste due ipotesi: se vi sia uno specifico atto di accettazione della clausola compromissoria statutaria da parte del convenuto, o se ritengano che questi sia *effettivamente* socio¹⁰⁶. In mancanza, dovranno senz'altro chiudere il giudizio con una pronuncia di *absolutio ab instantia*.

¹⁰² V. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 421. L'Autore porta l'esempio di una controversia in cui si discute del gradimento talora richiesto per l'ingresso nella compagine sociale. Anche BUONCRISTIANI, *Socio cit.*, p. 37 ritiene che la norma si possa applicare in questo caso, poiché l'aspirante socio ha già prestato il consenso al contratto sociale (e, quindi, alla clausola compromissoria statutaria), attendendo soltanto che il suo acquisto diventi efficace a seguito del gradimento.

¹⁰³ V. BUONCRISTIANI, *Socio cit.*, pp. 42 s.

¹⁰⁴ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione cit.*, pp. 510 s.; EAD., *La convenzione arbitrale nelle società cit.*, p. 949; EAD., in CARPI (diretto da), *Arbitrati cit.*, sub art. 34 d. lgs. n. 5/2003, pp. 93 s.

¹⁰⁵ Eccentrico, rispetto alle posizioni indicate nel testo, appare invece l'orientamento di NELA, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo cit.*, sub art. 34, p. 965, ad avviso del quale la norma in questione andrebbe interpretata nel senso di vietare al giudice statale, nel caso in cui l'acquisto della qualità di socio sia nullo o annullabile (ma non qualora sia inesistente), di conoscere della validità dell'acquisto, per riservare la decisione di tale questione agli arbitri, i quali si dovrebbero però astenere dalla decisione di merito, ove ravvisassero la invalidità.

¹⁰⁶ V. LUIO, *Appunti cit.*, pp. 712 s.; ID., in ID. (a cura di), *Il nuovo cit.*, sub art. 34, pp. 569 s.; RUFFINI, *La riforma cit.*, p. 1531; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società cit.*, p. 948; ARIETA, DE SANTIS, *Diritto cit.*, p. 610.

A mio avviso, nell'interpretazione della norma si deve distinguere tra le due possibili forme d'ingresso del nuovo socio: quella dovuta alla sottoscrizione di nuove azioni o quote e quella determinata dalla successione in azioni o quote già esistenti.

Nella prima, non vi è alcuna ragione per ritenere che la clausola compromissoria contenuta nello statuto espliciti i propri effetti nei confronti di colui che viene prospettato come socio in una domanda giudiziale, pur non essendolo effettivamente. Tale soggetto, infatti, non ha manifestato alcun specifico consenso alla clausola. Non solo: egli non è neppure socio e perciò non si può certo ammettere che operi nei suoi confronti quella presunzione (assoluta) di adesione a tutte le regole della società – clausola compromissoria compresa – che rappresenta il fondamento della eccezionale regola legislativa che estende a tutti i nuovi soci il vincolo compromissorio statutario. Pertanto, gli arbitri, aditi con riguardo a una lite avente a oggetto (o in cui comunque rileva) la titolarità in capo al convenuto della qualità di socio, per aver questi sottoscritto nuove azioni o quote, non potranno ritenere *sic et simpliciter* efficace nei suoi confronti la clausola compromissoria, ma, in mancanza di un suo specifico assenso¹⁰⁷, dovranno verificare se questi è divenuto effettivamente socio. Solo se la verifica dia esito positivo potranno proseguire con l'esame nel merito della domanda.

Il discorso è invece diverso nel caso in cui l'ingresso del socio sia dovuto all'acquisto, *inter vivos* o *mortis causa*, di azioni o quote sociali già esistenti. Come si mostrerà nel successivo capitolo, la regola più congrua in base alla quale affermare l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore nella posizione giuridica le cui azioni sono oggetto dell'accordo stesso, è quella che subordina tale efficacia non già all'*effettiva* successione del terzo nel rapporto giuridico, ma al mero fatto che venga prospettata, in senso positivo o negativo (e dunque per affermarla o negarla), la successione del terzo in un prospettato rapporto giuridico¹⁰⁸. Sembra allora che l'art. 34, c. 3, ultima parte, d. lgs. n. 5/2003, ove riferito al caso della successione nella qualità di socio, consacri appunto questa regola. In contrario non credo si possa obiettare che, così facendo, si assoggetta al vincolo compromissorio

¹⁰⁷ Assenso che può implicitamente ravvisarsi, qualora tale soggetto investa della domanda relativa alla sua qualità di socio l'arbitro, anziché il giudice statale, manifestando così la sua adesione, limitatamente alla controversia instaurata, alla scelta arbitrale contenuta nello statuto societario. V. in tal senso E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., pp. 508 s., che si riferisce specificatamente al caso in cui il convenuto proponga innanzi agli arbitri domanda riconvenzionale di accertamento negativo della qualità di socio in capo a sé medesimo.

¹⁰⁸ Cfr. *infra*, Cap. IV, § 6.

(anche) chi non è socio perché qui, a differenza che nel caso del socio sottoscrittore di nuove azioni o quote, non si viene a creare *ex nibilo* un nuovo vincolo, ma si estende al (prospettato) successore quel medesimo vincolo cui soggiaceva il dante causa.

Si può allora dire che l'inciso secondo cui la clausola compromissoria statutaria vincola anche coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia si possa riferire – oltre alle liti relative ai fatti estintivi della posizione di socio (come ha ritenuto pacificamente la dottrina) e a quelle in cui la contestazione dello *status* di socio è compiuta ai soli fini della decisione sul merito – alle controversie in cui si discute della qualità di socio di un soggetto divenuto tale per successione: qui non è necessario, per affermare l'operatività della clausola compromissoria statutaria, verificare la reale sussistenza dello *status* di socio, ma basta che tale posizione costituisca o l'oggetto del giudizio, o una questione pregiudiziale di merito¹⁰⁹.

I risultati così attinti circa l'efficacia nei confronti dei nuovi soci della clausola compromissoria statutaria possono essere trasposti nell'attiguo campo delle clausole sulla giurisdizione. Pertanto, si può affermare che nel nostro ordinamento sono ravvisabili tre differenti ipotesi di efficacia *ultra partes* di una clausola sulla giurisdizione “contenuta” nello statuto societario ossia:

a) l'efficacia nei confronti dei soci assenti e dissenzienti di una clausola sulla giurisdizione introdotta nello statuto in forza di una deliberazione della maggioranza (semplice o qualificata), ammessa dalla *lex societatis* straniera;

b) l'efficacia della clausola nei confronti di colui che è *effettivamente* divenuto socio, per aver sottoscritto nuove azioni o quote, senza aver dato il proprio espresso assenso alla clausola;

c) l'efficacia della clausola nei confronti del (pure soltanto) prospettato successore nello *status* di socio, per atto tra vivi o per causa di morte.

¹⁰⁹ Si deve però tener conto che in tanto potrà operare questa regola, la quale estende al (prospettato) successore il vincolo cui soggiaceva il suo autore, in quanto sussista il vincolo di quest'ultimo. Per cui, ove nel processo arbitrale si deduca l'insussistenza dello *status* di socio del (contestato) successore nelle azioni o quote, per difetto di titolarità delle stesse da parte del suo autore o, se questi è a sua volta successore, dell'originario titolare, il giudice dovrà prima vagliare se il “primo anello della catena” fosse realmente socio e solo dopo tale verifica potrà affermare la sussistenza del vincolo nei confronti del (solamente prospettato) successore. Se la verifica dà invece esito negativo, non si potrà certo estendere all'avente causa un vincolo inesistente, per cui, in mancanza di una sua espressa accettazione in forma scritta della clausola compromissoria, gli arbitri dovranno dichiararsi privi di *potestas iudicandi*.

È il caso di precisare che quelli appena elencati sono tutti casi in cui si verifica una mera efficacia *ultra partes* dell'accordo sulla giurisdizione, senza che si possa parlare pure di un'efficacia al di là della volontà espressa nella clausola. Questa infatti comprende già nel suo oggetto tutte le azioni relative alle posizioni giuridiche nascenti dal rapporto di società, senza distinguere tra le posizioni facenti capo ai soci che hanno consentito alla clausola e quelle degli assenti e dei dissenzienti; o tra quelle dei soci originari e quelle dei soci sopravvenuti per acquisto di nuove azioni o quote, o per successione.

8. *Al di fuori dei casi di efficacia ultra partes degli accordi sulla giurisdizione, l'approvazione del terzo relativa a un accordo inter alios o, nel caso di azioni su rapporti plurisoggettivi, inter pauciores, è sufficiente a renderlo efficace nei confronti del terzo stesso*

Si sono sin qui esaminate le ipotesi in cui il nostro ordinamento ammette che i patti riconosciuti dall'art. 4 l. n. 218/1995 esplichino una efficacia *ultra partes*. Al di fuori di queste e di quella di cui si tratterà nel capitolo successivo (dedicato agli effetti della *electio fori* nei confronti del successore), si deve escludere che un accordo sulla giurisdizione avente ad oggetto (anche o solo) l'azione o la *Gerichtspflichtigkeit* del terzo possa produrre effetti sfavorevoli nei suoi confronti.

Così, con riguardo a un rapporto bilaterale (prospettato come sussistente) tra Tizio e Caio, risulterà inefficace la deroga alla giurisdizione pattuita tra Tizio e Sempronio, così come la proroga conclusa sempre tra questi due soggetti e relativa (anche o solo) all'azione di Tizio e alla correlativa *Gerichtspflichtigkeit* di Caio. In ipotesi di rapporto plurilaterale, ove sia prescritto il litisconsorzio necessario, saranno improduttive di effetti la deroga e la proroga della giurisdizione italiana relative alle azioni su tale rapporto, pattuite *inter pauciores*¹¹⁰.

Vi è da chiedersi se, in tutti questi casi, il terzo con una propria manifestazione di volontà possa rendere efficace un simile patto o se, invece, la produzione degli effetti avuti di mira dalle parti postula necessariamente un

¹¹⁰ Così, in ordine agli accordi compromissori, REDENTI, voce «*Compromesso* cit.», p. 802. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., pp. 387 s., 393, parla di inutilità del patto arbitrale. In Germania, MÜNCH, in RAUSCHER, WAX, WENZEL (hrsg. von), *Münchener Kommentar* cit., Band 3, *sub* § 1029, p. 118 afferma che l'accordo è «undurchführbar» ai sensi del § 1032, Abs. 1, ZPO.

nuovo accordo tra tutti i soggetti titolari delle posizioni giuridiche processuali oggetto dell'accordo.

La manifestazione di volontà del terzo consisterebbe in una autorizzazione (costitutiva)¹¹¹ successiva, o approvazione¹¹², con cui questi rende efficace l'accordo concluso *inter alios* relativo a delle proprie posizioni giuridiche (in questo caso di carattere processuale, come sono l'azione e la *Gerichtspflichtigkeit* oggetto dell'accordo sulla giurisdizione)¹¹³.

Nel nostro ordinamento è assai dubbia la ammissibilità di una figura generale di autorizzazione¹¹⁴ – vuoi preventiva, vuoi successiva – quale quella riconosciuta nel diritto tedesco, in virtù di una ben precisa norma di diritto positivo: il § 185 BGB che espressamente prevede la autorizzazione a

¹¹¹ Sull'autorizzazione costitutiva v. CARRARO, *Il mandato* cit., pp. 45 ss.; ID., *Contributo alla dottrina dell'autorizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pp. 298 ss.; ID., voce «Autorizzazione», in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1968, pp. 1579 s.; AURICCHIO, voce «Autorizzazione, I. Parte generale, a) Diritto privato», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 506; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 67.

¹¹² Per questo possibile significato del termine «approvazione» v. CARRARO, voce «Approvazione», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 854; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 124.

¹¹³ Con riguardo agli accordi arbitrari, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 380, si chiede se nel caso di difetto di legittimazione a compromettere, il vero legittimato possa ratificare il patto compromissorio inutilmente stipulato. La risposta dell'Autrice è negativa, poiché la ratifica è prevista nel solo caso di stipula in nome altrui (in difetto del potere rappresentativo) e non invece ove venga in rilievo una stipula in nome proprio. Tuttavia una volta (correttamente) esclusa la ratifica, bisognerebbe interrogarsi sulla possibilità di un'autorizzazione successiva o approvazione, che è l'atto precipuamente volto a sanare il difetto del potere di concludere in nome proprio un atto relativo a posizioni giuridiche altrui (o il difetto di legittimazione, qualora si ritenga – come l'Autrice – di accogliere una simile nozione).

¹¹⁴ Nel senso dell'ammissibilità dell'autorizzazione, sia preventiva che successiva, v. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 69 s., 125 s., in particolare sulla base di una generalizzazione delle figure contrattuali tipiche, dove una parte riceve il potere di disporre in nome proprio dei beni dell'altra; BETTI, *Teoria generale del negozio* cit., p. 590 s. (l'illustre Autore ritiene però che l'autorizzazione valga solo a escludere l'illiceità del negozio relativo all'altrui diritto). In senso contrario v. CARRARO, *Il mandato* cit., pp. 45 ss.; ID., *Contributo* cit., pp. 298 ss.; ID., voce «Autorizzazione», cit., pp. 1579 s., rilevando che l'autorizzazione presuppone il trasferimento del potere di disporre che deve ritenersi, all'opposto, intransferibile, trattandosi di un aspetto della capacità giuridica del soggetto; AURICCHIO, voce «Autorizzazione», cit., il quale osserva che con l'autorizzazione si assisterebbe a una dilatazione del potere di disporre, esteso dal suo primo titolare ad altri soggetti, con una conseguente alterazione del naturale collegamento posto dalla legge tra potere di disposizione e titolarità del diritto, alterazione che non può essere conseguita mediante un semplice atto di autonomia privata, i cui effetti si producono nei confronti delle sole parti e non di soggetti assolutamente estranei all'atto stesso.

disporre¹¹⁵. Appare quindi opportuno verificare se, nel più stretto ambito degli accordi sulla giurisdizione e degli analoghi accordi arbitrali, si possa ammettere, in base a una qualche specifica disposizione di legge, una simile approvazione da parte del terzo.

Viene all'uopo in rilievo l'art. 816 *quinquies*, c. 2, c.p.c., introdotto con la più recente riforma dell'arbitrato, ove si stabilisce che, nel giudizio arbitrale, è sempre ammesso l'intervento del litisconsorte necessario. Per concorde opinione la disposizione si riferisce non solo al litisconsorte necessario pretermesso dal processo, ma anche a colui che, più a monte, non è stato parte neppure del patto compromissorio¹¹⁶. In quest'ultimo caso, il litisconsorte pretermesso, col suo intervento manifesta anzitutto il proprio consenso al patto compromissorio *inter pauciores*. Poiché la norma – a differenza dell'art. 816 *quinquies*, c. 1, c.p.c. – non richiede a fini dell'ammissibilità di un simile intervento l'assenso delle parti (del procedimento arbitrale e, ancor prima, dell'accordo compromissorio), la manifestazione di volontà del pretermesso deve ritenersi sufficiente a rendere il patto efficace, sì da fondare la sua rituale partecipazione al giudizio privato, nonché il potere degli arbitri di decidere sulla domanda a loro sottoposta¹¹⁷.

¹¹⁵ Peraltro, neppure la presenza nel nostro ordinamento di una norma come il § 185 BGB potrebbe condurre ad affermare l'ammissibilità di una autorizzazione (preventiva o successiva) in ordine a qualsiasi tipologia di accordo sulla giurisdizione. Tale norma riconosce soltanto la autorizzazione a disporre e dunque potrebbe costituire il fondamento di una autorizzazione relativa a un accordo di deroga della giurisdizione italiana, trattandosi di un atto con cui si dispone del potere d'azione nei confronti del giudice italiano, facendolo venir meno o impedendone il sorgere (nel senso che nel concetto di «Verfügung» accolto dal § 185 BGB rientrano anche gli atti con cui si estingue un diritto esistente v. GURSKY, in *Staudingers Kommentar* cit., *Buch 1, Allgemeiner Teil*, §§ 164-240, Berlin, 2004, *sub* § 185, pp. 339 s.; SHRAMM, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 1, *Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., München, 2006, *sub* § 185, p. 2240). Essa non si potrebbe invece invocare a favore di un'autorizzazione concernente un accordo di proroga, poiché con quest'ultimo non si dispone dell'azione, ma si costituisce la stessa (o si integra un elemento che, assieme ad altri, determina la nascita dell'azione). L'ipotesi è dunque affine a quella della autorizzazione a obbligarsi (*Verpflichtungsermächtigung*) la cui ammissibilità è disputata nel diritto tedesco (sul punto v. SHRAMM, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 1, *Allgemeiner Teil*, cit., *sub* § 185, pp. 2252 s.; GURSKY, in *Staudingers Kommentar* cit., *Buch 1, Allgemeiner Teil*, §§ 164-240, cit., *sub* § 185, pp. 381 ss.).

¹¹⁶ V. SALVANESCHI, in MENCHINI (a cura di), *Commentario* cit., *sub* art. 816 *quinquies* c.p.c., p. 1296; NELA, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme* cit., *sub* art. 816 *quater*, p. 1745; MURONI, *La pendenza* cit., p. 341; LUISO, SASSANI, *Le riforme del processo civile*, Milano, 2006, *sub* art. 816 *quinquies*, p. 292; LIPARI, in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, *Arbitrato*, Padova, 2009, *sub* art. 816 *quinquies*, pp. 788 s.

¹¹⁷ In tal senso cfr. PUNZI, *Disegno* cit., II, p. 126; SALVANESCHI, in MENCHINI (a cura di), *Commentario* cit., *sub* art. 816 *quinquies* c.p.c., p. 1296; G.F. RICCI, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*,

L'esclusione di una nuova manifestazione di volontà proveniente dalle parti originarie dell'accordo trova la sua giustificazione, da una parte, nel principio di conservazione degli atti giuridici: queste hanno infatti già espresso la loro volontà *pro arbitrato* in ordine alla lite plurisoggettiva, per cui non avrebbe alcun senso richieder loro di rinnovare il consenso in ordine al medesimo oggetto; dall'altra, nel fatto che sarebbe incongruo permettere a queste di "opporsi" all'approvazione del terzo sì da escludere che essa determini la produzione di efficacia del loro patto, perché in tal modo si opporrebbero all'attuazione del programma caratteristico dell'accordo arbitrale che esse stesse hanno voluto: la pronuncia di un lodo in ordine alla esistenza o inesistenza del rapporto plurisoggettivo compromesso in arbitri¹¹⁸.

cit., *sub art. 816 quinquies*, p. 456; NELA, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme cit.*, *sub art. 816 quinquies*, p. 1755; MURONI, *La pendenza cit.*, p. 341; MARENGO, *Processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 802 s.; LUISO, SASSANI, *Le riforme cit.*, *sub art. 816 quinquies*, p. 292; LIPARI, in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, cit., *sub art. 816 quinquies*, p. 788. Più articolata la posizione di CONSOLO, *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 846 s. il quale, dopo aver rilevato che la norma non richiede «esspressamente assenso alcuno» all'intervento, ritiene che questa debba essere letta quale «presunzione di già prestato pieno consenso delle parti e degli arbitri all'intervento dei soggetti» contemplati dall'art. 816 *quinquies*, c. 2, c.p.c.

Prima della più recente novella sull'arbitrato, era discusso in dottrina se il consenso del terzo litisconsorte necessario pretermesso fosse sufficiente a rendere efficace l'accordo arbitrale *inter pauciores*: in tal senso v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione cit.*, pp. 184 ss., 397 e, sembra, anche FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., pp. 57 s. Sul problema v. anche RUFFINI, *Alcune questioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1991, pp. 551 ss.; ID., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, pp. 649 s.; ID., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in AA. VV., *Studi in onore di Luigi Montesano*, Padova, 1997, pp. 681 s., occupandosi della questione dell'intervento nel processo arbitrale del litisconsorte necessario pretermesso, dal giudizio e dall'accordo compromissorio, ha affermato che la rituale partecipazione di costui al procedimento arbitrale non richiederebbe una nuova pattuizione tra tutte le parti, tuttavia non basterebbe la mera adesione del terzo, manifestata col proprio intervento, essendo altresì necessaria la manifestazione di volontà di almeno uno degli originari compromittenti (in senso analogo v. PUNZI, *Disegno cit.*, II, pp. 123 s.). SALVANESCHI, *L'arbitrato cit.*, p. 275, aderisce alla posizione di Ruffini, ma rileva che, una volta instaurato il procedimento arbitrale, ci sarà sempre almeno un soggetto originario compromittente – segnatamente chi ha dato inizio al giudizio – che non potrà che volere la pronuncia di merito e perciò necessariamente consentirà all'adesione al patto del litisconsorte pretermesso.

¹¹⁸ CONSOLO, *I terzi cit.*, p. 847 afferma che l'art. 816-*quinquies*, c. 2, c.p.c. pone una presunzione di già prestato pieno consenso delle parti all'intervento del litisconsorte pretermesso, superabile solo mediante una espressa manifestazione di volontà contenuta nell'accordo arbitrale (peraltro improbabile, perché renderebbe irrimediabilmente viziato e non sanabile il patto compromissorio: cfr. CONSOLO, *I terzi cit.*, p. 847). Presunzione che si giustifica in ragione del fatto che, solo attraverso il consenso della parte *ab origine* pretermessa, è possibile

L'art. 816-*quinquies*, c. 2, c.p.c. prevede quindi, per il caso di intervento nel processo arbitrale del litisconsorte necessario pretermesso già dall'accordo arbitrale, una vera e propria approvazione di questi, volta a rendere efficace il patto concluso *inter pauciores*.

Tale approvazione dovrà rispettare la forma scritta prevista per tutte le convenzioni arbitrali dall'art. 807 c.p.c. (cui rinviano gli artt. 808 e 808-*bis* c.p.c.), perciò l'atto di intervento del litisconsorte pretermesso dovrà essere sottoscritto anche dalla parte¹¹⁹. Solo qualora la procura alle liti conferisca al difensore espressamente il potere di rappresentanza ad approvare l'accordo arbitrale *inter alios*, non si rende necessaria la sottoscrizione dell'atto da parte dell'interveniente¹²⁰.

L'approvazione, in mancanza di ulteriori specificazioni, riguarderà tutte le liti relative al rapporto plurisoggettivo ricomprese nell'accordo arbitrale e non solo quella oggetto del processo *apud arbitros*¹²¹. Vi è da chiedersi quali effetti possano conseguire a una approvazione del terzo che si riferisce espressamente non già a tutte le liti rientranti nel patto compromissorio, ma soltanto a quella dedotta *apud arbitros* (o magari anche ad altre, ma non a tutte). La approvazione parziale è astrattamente idonea a rendere l'accordo efficace rispetto alle liti oggetto della manifestazione di volontà dell'interventore. Il problema è però capire se sia giuridicamente possibile attribuire una simile efficacia parziale alla convenzione arbitrale. A tale interrogativo, a mio avviso, si dovrà dare risposta attraverso l'applicazione analogica dell'art. 1419 c.c., in tema di nullità parziale del contratto: l'accordo potrà allora produrre efficacia rispetto a una parte soltanto delle liti compromesse in arbitri,

l'attuazione del programma caratteristico dell'accordo arbitrale (così CONSOLO, *I terzi cit.*, p. 849).

¹¹⁹ V. CONSOLO, *I terzi cit.*, p. 845, con riguardo all'intervento di terzo previsto dall'art. 816-*quinquies*, c. 1, c.p.c., ma i medesimi rilievi si possono ben estendere all'intervento del litisconsorte necessario pretermesso.

¹²⁰ Così CONSOLO, *I terzi cit.*, p. 845.

¹²¹ In senso diverso, ma con riguardo all'intervento di terzo di cui all'art. 816-*quinquies*, c. 1, c.p.c., v. CONSOLO, *I terzi cit.*, p. 844. Questa ipotesi è tuttavia differente da quella contemplata nel testo. Il consenso dell'interveniente principale o litisconsortile (saldandosi con quello delle parti originarie (dell'arbitrato e dell'accordo compromissorio) determina la conclusione di un nuovo accordo arbitrale, il quale – in mancanza di una diversa volontà espressa dal terzo interventore e dalle parti – non può che avere a esclusivo oggetto la lite dedotta in giudizio con l'intervento. Nel caso invece del litisconsorte necessario pretermesso, questi pone in essere una manifestazione di volontà volta, non già a concludere un nuovo accordo arbitrale, ma a rendere efficace il patto già stipulato *inter pauciores* e avrà perciò lo stesso oggetto di tale patto, in difetto di una espressa differente volontà.

se si possa evincere una volontà delle parti originarie in tal senso. In caso contrario, dovrà negarsi ogni effetto all'accordo arbitrale e gli arbitri, privi di *potestas iudicandi* sul rapporto plurisoggettivo innanzi a loro dedotto, dovranno rigettare in rito la domanda.

La norma prevede una approvazione del litisconsorte necessario pretermesso dall'accordo arbitrale espressa contestualmente all'atto di intervento, ma dovrebbe pure ammettersi un'approvazione che ha luogo al di fuori del processo arbitrale, finanche ove questo non sia ancora pendente. Anche in questi casi sussiste la esigenza di dare attuazione al programma caratteristico dell'accordo arbitrale, quale voluto dalle sue parti, senza onerare quest'ultime al compimento di una attività inutile, quale l'espressione di un rinnovato consenso *pro arbitrato* in ordine al medesimo oggetto.

Una volta acquisito che, nel campo delle liti su rapporti giuridici plurisoggettivi, l'approvazione del litisconsorte necessario pretermesso è sufficiente a rendere efficace l'accordo arbitrale *inter pauciores*, bisogna chiedersi se pari trattamento vada riservato all'approvazione del terzo di un patto relativo a liti su rapporti bilaterali¹²².

Si potrebbe rilevare che, in questo caso, a differenza di quanto accade nella ipotesi appena esaminata, l'accordo arbitrale è pattuito anche da chi non si afferma titolare delle posizioni giuridiche processuali oggetto dell'accordo e non appare congruo garantire l'attuazione della volontà compromissoria espressa (anche) da un simile soggetto. A ciò si deve tuttavia obiettare che rilevante è piuttosto la circostanza che almeno uno dei (prospettati) titolari delle posizioni ricomprese nella convenzione di arbitrato, sia parte della stessa. È la volontà espressa da questo soggetto che va tenuta in considerazione dalla legge ed è proprio tale volontà che la legge – in virtù del principio di conservazione degli atti giuridici – esclude debba essere nuovamente manifestata. Ne segue allora l'ammissibilità dell'approvazione del terzo finalizzata a rendere efficace un accordo arbitrale concluso *inter alios*, relativo a liti su rapporti bilaterali.

I risultati conseguiti nel campo degli accordi arbitrali possono essere trasposti in quello attiguo degli accordi sulla giurisdizione, data la già veduta

¹²² E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 380, nota 318 sembra ravvisare un ostacolo all'estensione della soluzione accolta in ordine agli accordi arbitrali relativi a liti su rapporti plurisoggettivi agli accordi concernenti liti su rapporti bilaterali nel fatto che, in quest'ultima ipotesi, «la situazione soggettiva che le parti hanno devoluto ad arbitri è interamente soggettivamente diversa».

analogia tra queste due tipologie di negozi processuali¹²³. Pertanto anche qui il terzo potrà, con la sua approvazione, rendere efficace il patto concluso *inter alios*, attinente (anche o solo) alle proprie posizioni giuridiche processuali.

La approvazione dovrà rispettare la forma scritta *ad probationem* stabilita dall'art. 4 l. n. 218/1995 per gli accordi sulla giurisdizione¹²⁴. La manifestazione di volontà potrà anche essere contenuta in un atto processuale: più in particolare nell'atto introduttivo del giudizio che il terzo instaura davanti al giudice italiano, nel caso di accordo di proroga; o nel primo atto difensivo con cui il terzo medesimo, convenuto nel processo, eccepisce il difetto di giurisdizione sulla base dell'accordo di deroga. In entrambe le ipotesi, questi atti dovranno essere sottoscritti anche dal terzo, in modo che la sua approvazione soddisfi il debito requisito formale, salvo che la procura alle liti non attribuisca al difensore il potere rappresentativo in ordine all'approvazione dell'accordo sulla giurisdizione.

In mancanza di ulteriori specificazioni, l'approvazione avrà il medesimo oggetto dell'accordo sulla giurisdizione cui si riferisce. In caso contrario – come nell'ipotesi degli accordi arbitrali – una efficacia parziale del patto è possibile solo in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 1419 c.c. e quindi se risulta una volontà delle parti originarie in tal senso.

9. Gli accordi ex art. 23/25 Reg. Quanto all'efficacia dell'accordo rispetto alle parti si confermano i risultati raggiunti in ordine ai patti ex art. 4 l. n. 218/1995

È ora il tempo di trattare delle medesime questioni sin qui esaminate, ma con riguardo agli accordi sulla giurisdizione riconosciuti nell'ambito del sistema di Bruxelles.

¹²³ Cfr. primo volume, cap. II, § 8, p. 178.

¹²⁴ Diverso è il caso del terzo, domiciliato nell'Unione, che approva un accordo a favore del giudice italiano concluso tra parti prive di domicilio europeo e relativo a una lite ricompresa nell'ambito di applicazione materiale del Regolamento n. 44/2001. Qui, l'accordo e l'approvazione - attenendo a liti tra parti di cui almeno una domiciliata nella UE - saranno retti dall'art. 23 Reg. e dovranno allora rispettare i più liberali requisiti formali stabiliti dal primo comma della norma. Chiaramente tale soluzione varrà finchè non entri in vigore il nuovo art. 25 Reg. n. 1215/2012, che non prevede più limiti soggettivi alla sua applicazione e dunque opererà *in subiecto casu* per valutare la validità ed efficacia sia dell'accordo tra le parti sia dell'approvazione del terzo.

La disciplina dell'efficacia di tali patti nei confronti dei soggetti che li hanno conclusi si desume direttamente dall'art. 23/25 Reg., ove si prevede la possibilità per «le parti» di attribuire a un giudice o a dei giudici di uno Stato membro la competenza a «conoscere delle controversie presenti e future, nate da un determinato rapporto giuridico». Queste «parti» sono dunque i soggetti che hanno l'attitudine a concludere un efficace accordo sulla giurisdizione *ex art. 23/25 Reg.* Ma a chi intende riferirsi la norma europea facendo uso di tale termine?

Sicuramente il termine non può riferirsi *sic et simpliciter* agli autori (in senso giuridico) dell'accordo, altrimenti la norma verrebbe incongruamente a riconoscere a tutti la possibilità di concludere un efficace accordo sulla giurisdizione, a prescindere da ogni legame con le azioni che ne costituiscono l'oggetto¹²⁵. A questo punto si può ritenere che il Regolamento abbia voluto alludere alle parti del processo, ma anche questa ipotesi si rivela erronea: ne deriverebbe infatti l'impossibilità di concludere un accordo sulla giurisdizione prima dell'instaurazione del giudizio, il che è contraddetto se non altro dagli artt. 13, c. 1, n. 1, 17, c. 1, n. 1 e 21, c. 1, n. 1 Reg. Tali norme ammettono dei patti che derogano a una competenza "imperativa" stabilita dalle Sezioni 3, 4, 5, Capo II; Reg., nel caso in cui questi siano conclusi dopo il sorgere della controversia e non avrebbero alcun significato se già la norma generale in tema di accordi sulla giurisdizione contenesse una siffatta limitazione temporale¹²⁶.

Si deve allora ritenere che l'art. 23/25 Reg. abbia riguardo anche alle potenziali parti di un futuro processo (o altrimenti alle parti della controver-

¹²⁵ Si limita invece al rilievo per cui gli accordi sulla giurisdizione *ex art. 23 Reg.* producono effetti in capo alle parti intese come autrici degli accordi stessi, JUNGERMANN, *Die Drittwirkung* cit., pp. 22 s. In contrario si deve osservare che questo è solo il primo passo da compiere, dovendosi poi chiedere quali "caratteristiche" debbano possedere gli autori degli accordi perché possano essere effettivamente investiti degli effetti da questi scaturenti.

Nel senso che la questione relativa ai soggetti nei cui confronti produce effetto un accordo sulla giurisdizione sia di natura processuale e debba essere valutata autonomamente in base all'allora vigente art. 17 Conv. Bruxelles v. RAUSCHER, *Prorogation und Vertragsgerichtsstand gegen Rechtsscheinhaftende*, in *IPRax*, 1992, p. 145.

¹²⁶ O addirittura una più restrittiva, ove gli artt. 13, c. 1, n. 1, 17, c. 1, n. 1 e 21, c. 1, n. 1 Reg. per «sorgere della controversia» non si riferiscano al momento dell'instaurazione del giudizio, ma a quello stragiudiziale del nascere del conflitto di interessi tra le parti. Nel caso si accogliesse una simile interpretazione le norme appena citate risulterebbero addirittura più liberali dell'art. 23/25 Reg. permettendo ciò che questo – *in thesi* – non ammette, ossia la conclusione dell'accordo tra il sorgere stragiudiziale della lite e l'effettiva deduzione in giudizio della stessa. Il carattere protettivo di tali norme – la cui funzione è quella di tutelare la parte debole del rapporto – verrebbe perciò del tutto contraddetto.

sia¹²⁷) e, più in particolare, alle “giuste parti” di un futuro processo¹²⁸, ossia a chi ha, alla stregua dei singoli diritti nazionali, la *legitimatio ad causam* attiva o passiva.

A sua volta, il diritto processuale dei singoli Stati membri individuerà quali soggetti legittimati ad agire o a essere convenuti in giudizio, anzitutto, coloro che rispettivamente si affermano e sono prospettati da chi propone la domanda come titolari attivi o passivi del rapporto giuridico dedotto nel processo. Questi potranno sicuramente concludere un efficace accordo sulla giurisdizione.

I singoli diritti processuali possono poi prevedere delle ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire, riconoscendo a soggetti che non si affermano titolari di un determinato rapporto giuridico il potere di dedurre in giudizio lo stesso. Ci si deve allora chiedere se anche costoro possano concludere un efficace accordo sulla giurisdizione con riguardo all'azione ad essi eccezionalmente conferita. Questi rientrano sicuramente nella nozione di “giuste” parti di un giudizio (anche futuro) accolta dall'art. 23/25 Reg. In tali ipotesi, tuttavia le “giuste parti” cui ha riguardo la norma europea ricomprenderanno altresì il sostituto processuale e ciò a prescindere dal fatto che il singolo diritto nazionale in concreto rilevante preveda il litisconsorzio necessario o una mera possibilità d'intervento per il legittimato ordinario. Se così non fosse il sostituto processuale potrebbe, con un suo atto, non solo sostanzialmente “espropriare” il legittimato ordinario del suo potere di scegliere il giudice munito di giurisdizione sulle liti che lo riguardano, ma anche – e più gravemente – far sì che la decisione sul rapporto giuridico del sostituto non provenga dai giudici muniti di giurisdizione alla stregua delle norme europee o nazionali (a seconda dei casi), ma dal giudice da esso stesso scelto. Perciò, nel caso di legittimazione straordinaria, “giuste parti” di un accordo relativo all'azione del sostituto debbono ritenersi non solo questo e il soggetto nei cui confronti la domanda è o sarà proposta, ma altresì il sostituto. Tutti costoro dovranno concludere il patto perché questo produca gli effetti avuti di mira.

Quanto invece alla questione se l'accordo concluso dal legittimato ordinario espliciti efficacia anche nei confronti di quello straordinario, essa

¹²⁷ Cfr. GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches cit., sub Art. 23 EuGVVO*, p. 483; JUNGERMANN, *Die Drittwirkung cit.*, pp. 56 s.

¹²⁸ Se l'art. 23/25 Reg. non facesse riferimento alle “giuste” parti di un futuro processo, esso riconoscerebbe a chiunque l'attitudine a concludere un efficace accordo sulla giurisdizione, prescindendo da ogni legame con la controversia oggetto dell'accordo.

va risolta in senso positivo, con la conseguenza che il sostituto processuale non potrà dedurre in giudizio l'altrui diritto innanzi a un giudice diverso da quello indicato nel patto. Ciò per le ragioni già considerate ove si è trattato degli accordi *ex art. 4 l. n. 218/1995*¹²⁹. E dunque, sia per il fatto che le azioni del sostituito e del sostituto debbono ritenersi identiche, perché uguale ne è l'oggetto, cosicché il patto sulla giurisdizione stipulato dal legittimato ordinario esplica i propri effetti anche rispetto alla "identica" azione che sta in capo al legittimato ordinario. Sia perché, ove si neghi un simile vincolo in capo al sostituto, gli si permetterebbe, attraverso una preventiva iniziativa giudiziaria in uno Stato diverso da quello prorogato, di vanificare gli effetti dell'accordo concluso dal legittimato ordinario. Si verrebbe così sostanzialmente a negare a quest'ultimo il potere di disporre della propria azione per mezzo di un accordo sulla giurisdizione.

10. Gli accordi sulla giurisdizione ex art. 23/25 Reg. relativi ad azioni aventi ad oggetto rapporti giuridici plurisoggettivi. I casi di litisconsorzio necessario propter opportunitatem

È necessario ora considerare gli accordi sulla giurisdizione *ex art. 23/25 Reg. relativi ad azioni aventi ad oggetto rapporti giuridici plurisoggettivi*.

Come rilevato nel precedente paragrafo, l'art. 23/25 Reg. per «parti» di un accordo sulla giurisdizione intende riferirsi alle "giuste parti" di un futuro processo, ossia a chi ha, alla stregua dei singoli diritti nazionali, la *legitimatō ad causam* attiva o passiva.

Si dovrà allora avere riguardo in primo luogo alla *lex fori prorogati* e stabilire se questa, in un giudizio relativo a un rapporto giuridico plurilatero, prescriva la necessaria partecipazione – quali attori o quali convenuti – di tutti i titolari del rapporto medesimo.

Ove si abbia a che fare con una proroga a favore del giudice italiano, il problema si risolve in quello dell'ambito di applicazione del litisconsorzio necessario per ragioni di diritto sostanziale già trattata nel terzo paragrafo di questo capitolo, cui dunque si rinvia.

Si deve poi qui ripetere quanto già rilevato – sempre nel terzo paragrafo – in ordine al rilievo della sola prospettazione delle parti circa la plurisoggettività del rapporto e non invece del carattere *effettivamente* plurilatero del

¹²⁹ V. *supra*, § 2.

rapporto stesso, nonché in ordine alla inefficacia del patto concluso *inter pauciores* e alla possibile “sanatoria” dovuta all’approvazione del pretermesso.

Vi è poi da chiedersi se, rispetto a un accordo *ex art. 23/25 Reg.* a favore del giudice italiano, possa avere eccezionalmente rilievo anche la *lex fori derogati*, ogni qualvolta l’ambito entro il quale questa prescrive il litisconsorzio necessario *secundum tenorem rationis* è diverso, per difetto o per eccesso, a quello della legge italiana. Per rispondere al quesito è necessario interrogarsi sul *modus procedendi* del giudice “derogato”.

Questi dovrà verificare alla stregua della propria legge processuale se è necessaria o meno la presenza congiunta di più parti nella controversia a lui sottoposta, e sarà su questa controversia, così come soggettivamente configurata dalla *lex fori derogati*, che si dovrà vagliare la sussistenza della giurisdizione e così il rilievo che possa avere a riguardo un patto di proroga. Si daranno allora due possibilità: o la *lex fori derogati* prevede che la controversia dedotta in giudizio sia soggetta al regime del litisconsorzio necessario, mentre la *lex fori prorogati* no¹³⁰, o il contrario.

Nella prima ipotesi, l’accordo concluso da un minor numero di soggetti rispetto a quelli che debbono partecipare al giudizio in base alla *lex fori derogati*, potrà produrre sicuramente l’effetto prorogatorio, poiché la legge processuale del giudice prorogato non prescrive *in casu* il litisconsorzio necessario; al contrario si dovrà negare all’accordo l’effetto derogatorio, perché pattuito *inter pauciores*¹³¹. Del resto, non si può ritenere né che la convenzione sulla giurisdizione, non potendo esplicitare l’effetto derogatorio, sia impossibilitata a produrre pure quello prorogatorio, poiché l’art. 23/25 Reg. ammette espressamente un accordo di mera proroga; né che in questo caso

¹³⁰ Ciò chiaramente si potrà dare ove non si accolga la posizione che fa capo a Redenti circa l’ambito di applicazione del litisconsorzio necessario per ragioni di diritto sostanziale. In un simile caso, esso avrebbe la massima estensione possibile e perciò una legge processuale straniera che prescrivesse la partecipazione congiunta di una pluralità di parti in casi ulteriori, non prevederebbe più ipotesi di litisconsorzio necessario *secundum tenorem rationis*, bensì *propter opportunitatem*, per le quali non si dovrebbe però ritenere necessaria la partecipazione all’accordo di tutti i litisconsorti (v. appena *infra*, nel testo).

¹³¹ Ampiezza che riguarda peraltro più il profilo oggettivo, che quello soggettivo, rispetto al quale i giudici del Lussemburgo si sono mostrati sicuramente più cauti: cfr. Corte di giustizia, 19 maggio 1998, C-351/96, *Drouot assurances SA c. Consolidated metallurgical industries (CMI industrial sites)*, *Protea assurance Groupement d’intérêt économique (GIE) Réunion européenne*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 915; in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 378, con nota di SALVADORI, ove si è stabilito che l’allora vigente art. 21 Conv. Bruxelles poteva trovare applicazione solo nel caso in cui le parti dei due giudizi, pur formalmente diverse, fossero portatrici di interessi identici e inscindibili.

l'effetto prorogatorio implichi *eo ipso* quello derogatorio, perché altrimenti si verrebbe a riconoscere una peculiare ipotesi, *praeter legem*, di efficacia *ultra partes* di un patto *ex art. 23/25 Reg.* In un caso siffatto, allora, né il giudice “derogato” né quello prorogato potranno declinare la giurisdizione in ordine ai processi innanzi a loro rispettivamente instaurati: il primo perché l'accordo non produce l'effetto derogatorio, il secondo poiché il patto ha pur sempre efficacia prorogatoria. Il coordinamento tra i due giudizi sarà perciò (solo in parte) garantito dall'art. 28 Reg., non potendo invece giocare alcun ruolo l'art. 27 Reg., poiché la differente compagine soggettiva dei due processi non consente di predicarne l'identità neppure alla luce della pur ampia nozione di litispendenza forgiata dalla Corte di giustizia¹³². Nulla cambierà neppure con la entrata in vigore del Regolamento n. 1215/2012: il suo art. 31, c. 2, potrà applicarsi – come già considerato nell'introduzione – solo in caso di pendenza di giudizi tra loro identici ai sensi dell'art. 29 Reg.

Nel secondo caso, astrattamente, si dovrebbe riconoscere all'accordo l'effetto derogatorio, ma non quello prorogatorio. Tuttavia, se si può ammettere un accordo che proroga senza al contempo derogare, non si può al contrario concepire – almeno nel sistema di Bruxelles – un accordo di mera deroga¹³³. In un tal caso, allora, l'esclusione dell'efficacia prorogatoria conduce a negare anche quella derogatoria, per cui il giudice (inefficacemente) derogato potrà decidere sulla controversia a lui devoluta, senza tenere in considerazione il patto sulla giurisdizione.

Quanto infine alla partecipazione a un accordo *ex art. 23/25 Reg.* dei litisconsorti necessari *propter opportunitatem* essa deve essere esclusa perché la norma regolamentare stabilisce che possano efficacemente stipulare una convenzione sulla giurisdizione soltanto le parti della controversia e queste sono coloro che si affermano o negano titolari del rapporto giuridico contestato, non anche i soggetti la cui partecipazione è eccezionalmente prescritta dalla legge in ordine a un processo avente ad oggetto tale rapporto.

¹³² Si potrà eventualmente negare al patto a favore del giudice italiano anche l'effetto prorogatorio solo in forza dell'applicazione analogica dell'art. 1419 c.c. e, dunque, se emerge chiaramente l'intenzione delle parti di ritenere inscindibili i due effetti e così di non voler la proroga della giurisdizione italiana, allorché l'accordo non dia pure luogo alla deroga delle giurisdizioni normalmente competenti.

¹³³ Cfr. *supra*, primo volume, cap. I, § 2, nota 15, ove si ammettono accordi di “mera deroga”, soltanto qualora residui la competenza giurisdizionale dei giudici di uno o più Stati membri.

11. *Gli accordi sulla giurisdizione ex art. 23/25 Reg. nei confronti dei terzi. Il principio di relatività e le sue eccezioni previste nel diritto europeo: gli accordi a favore del terzo. L'art. 13, c. 1, n. 2 Reg., che riconosce l'ammissibilità di un accordo sulla giurisdizione tra assicuratore e contraente dell'assicurazione a favore del terzo beneficiario è espressione di una più generale (implicita) norma europea che sancisce la efficacia di un accordo sulla giurisdizione a favore del terzo, stipulato con riguardo ad azioni relative a posizioni giuridiche di questo, connesse con quelle di cui sono (asseritamente) titolari le parti*

Si è sin qui trattato delle condizioni necessarie per concludere un accordo ex art. 23/25 Reg. efficace nei confronti delle sue parti. È ora tempo di considerare la questione dell'efficacia nei confronti dei terzi. A tal riguardo, la Corte di giustizia nella recente sentenza *Refcomp* ha affermato che, in ambito europeo, vige la regola della relatività dei patti sulla competenza giurisdizionale, per cui essi esplicano la propria efficacia rispetto alle sole parti e non sono invece opponibili ai terzi¹³⁴. Per i giudici del Lussemburgo, la regola trova il suo fondamento nella centralità che assume la volontà delle parti ai fini dell'applicazione dell'art. 23 Reg.: ciò, a sua volta, si ricava dalla lettera della norma, che conferisce la *potestas iudicandi* al giudice al quale le parti «abbiano attribuito la competenza», nonché dalla giurisprudenza del *Kirchberg*, che ha stabilito il dovere per il giudice adito di verificare se la *electio fori* invocata nel processo abbia effettivamente costituito oggetto del consenso delle parti¹³⁵ e ha inoltre sottolineato come uno degli scopi della norma sia garantire l'effettività di un siffatto consenso¹³⁶.

Tale regola ammette però delle eccezioni, ricavabili dal testo stesso del Regolamento o frutto di sentenze “interpretativo-creative” della Corte di giustizia. In questo e nei successivi paragrafi si esamineranno tre particolari ipotesi in cui operano delle specifiche eccezioni alla relatività dei patti sulla competenza giurisdizionale: l'accordo sulla giurisdizione a favore del terzo; l'*electio fori*, contenuta nell'atto costitutivo di un *trust*, efficace nei confronti del *trustee* e del beneficiario e, infine, la clausola contenuta nello statuto di

¹³⁴ V. Corte di giustizia, 7 febbraio 2013, C-543/10, *Refcomp spa c. Axa SA, Emerson Network Power, Climaaveneta spa*, in *Int'l lis*, 2013, pp. 17, con mia nota, *La Corte di giustizia nega l'efficacia ultra partes degli accordi sulla giurisdizione rispetto all'azione diretta del subacquirente nelle vendite a catena*.

¹³⁵ I giudici del Lussemburgo citano all'uopo Corte di giustizia, 20 febbraio 1997, C-106/95, *MSG* cit.

¹³⁶ Si ricorda Corte di giustizia, 16 marzo 1999, C-159/97, *Castelletti* cit.

una società che vincola tutti i soci, a prescindere da una loro specifica manifestazione di volontà. A un ulteriore caso di efficacia *ultra partes* – quella che si esplica nei confronti del successore – sarà invece dedicato il successivo capitolo.

Iniziamo quindi l'indagine chiedendoci se, nel sistema di Bruxelles, si riconosce (almeno implicitamente) efficacia a un accordo sulla giurisdizione a favore del terzo, ossia – come già precisato ove si è trattato del medesimo argomento con riguardo ai patti *ex art. 4 l. n. 218/1995* – di un accordo di proroga che espressamente istituisce un foro facoltativo ove soltanto il terzo può convenire una delle parti del patto.

Anzitutto, vi è da osservare che ciò non contrasterebbe con la regola di relatività degli accordi sulla giurisdizione, come recentemente formulata dalla Corte di giustizia nel caso *Refcomp*. Questa esclude soltanto che un patto *ex art. 23 Reg.* sia opponibile al terzo e dunque espliciti nei suoi confronti effetti *sfavorevoli*, ma tace sugli effetti favorevoli.

Passando all'esame del Regolamento, vi è qui una norma che contempla una particolare ipotesi di accordo sulla giurisdizione a favore del terzo: si tratta dell'*art. 13, c. 1, n. 2 Reg.*, ove si sancisce l'ammissibilità di un patto tra assicuratore e contraente dell'assicurazione che permetta (*inter alios*) al terzo beneficiario di adire un foro ulteriore rispetto a quelli previsti dalla terza sezione del titolo secondo del Reg. e che, dunque, risulti in suo favore.

L'efficacia di un simile accordo è stata altresì confermata dalla Corte di Giustizia nella decisione sul caso *Gerling*¹³⁷. I giudici del Lussemburgo hanno affermato che una clausola di proroga relativa a controversie promuovibili da parte di terzi beneficiari può essere invocata da uno di costoro nei confronti dell'assicuratore, se essa soddisfa i requisiti di forma stabiliti dall'allora vigente *art. 17 Conv.* nei rapporti tra assicuratore e contraente dell'assicurazione. Per attingere a un tale risultato, i giudici del Lussemburgo si sono basati non solo sull'allora vigente *art. 12, n. 2, Conv.* (corrispondente all'*art. 13, n. 2, Reg.*), ma anche sul rilievo per cui sarebbe contrario a buona fede permettere all'assicuratore, che abbia manifestato chiaramente il suo consenso alla clausola, di opporsi all'invocazione di essa da parte del terzo beneficiario, per il fatto che quest'ultimo non ha soddisfatto i requisiti di forma fissati dall'*art. 17 Conv.* Tali requisiti sono stati infatti stabiliti al

¹³⁷ Corte di giustizia, 14 luglio 1983, C-201/82, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG c. Amministrazione del Tesoro dello Stato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, p. 176; in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1984, p. 144, con nota di GAUDEMET-TALLON; in *Journ. droit int.*, 1983, p. 843, con nota di HUET.

solo scopo di garantire che il consenso *delle parti* «sia manifestato in maniera chiara e precisa e sia effettivamente provato»¹³⁸.

Ci si deve ora chiedere se questa disciplina possa essere estesa anche oltre il ristretto campo delle controversie relative ai contratti di assicurazione e si possa così reperire una autonoma norma di diritto europeo che attribuisca efficacia a una *electio fori in favorem tertii*.

L'art. 13, c. 1, n. 2, Reg. riconosce a un accordo sulla giurisdizione la possibilità di incidere (favorevolmente) nella sfera giuridica di un terzo, che il sistema di Bruxelles reputa meritevole di una particolare tutela, quale parte debole rispetto all'assicuratore. *A fortiori* il Regolamento riconoscerà effetti a un accordo sulla giurisdizione concluso in favore di un terzo, che non merita invece una tutela pari a quella concessa al beneficiario dell'assicurazione¹³⁹.

Al medesimo risultato si giunge sulla base del principio di buona fede – valorizzato nella stessa sentenza *Gerling* – che sarebbe vulnerato qualora una delle parti dell'accordo, dopo aver pattuito una clausola che istituisce un foro facoltativo anche per il terzo beneficiario, rilevi, per sfuggire ai relativi effetti, che quest'ultimo non vi ha prestato il proprio consenso¹⁴⁰.

Sembra dunque si possa affermare che la norma relativa ai contratti di assicurazione sia espressione di una più generale, valevole per ogni accordo sulla giurisdizione riconosciuto dal sistema di Bruxelles, in base alla quale

¹³⁸ Corte di Giustizia, 14 luglio 1983, C-201/82, *Gerling* cit., n. 13.

¹³⁹ In tal senso v. in particolare JUNGERMANN, *Die Drittwirkung* cit., p. 72.

¹⁴⁰ In questo senso v. KAYE, *Civil jurisdiction* cit., p. 1070; GAUDEMET-TALLON, *Compétence* cit., 151; QUEIROLO, *Gli accordi* cit., 312 s.; MARI, *Il diritto* cit., 667, che pure rileva come una simile regola si pone in contrasto con l'art. 1413 c.c., che permette al promittente di opporre al terzo tutte le eccezioni fondate sul contratto e pertanto auspica che tale questione sia invece risolta in base alla legge applicabile all'accordo sulla giurisdizione. BRIGGS, *Agreements* cit., pp. 268 ss., ritiene che una tal regola ben si armonizzi con la concezione da Lui accolta degli accordi ex art. 23 Reg. come unione di due manifestazioni unilaterali di volontà, volte a rinunciare ai fori normalmente competenti e a indicare il giudice o i giudici cui devolvere la cognizione delle controversie tra le parti: (v. primo volume, cap. I, § 7, nota 183). In virtù di tale concezione, il giudice adito non dovrà verificare se sussista un accordo sulla giurisdizione, ma soltanto se la parte nei cui confronti l'accordo è fatto valere abbia manifestato la propria volontà prorogatoria e derogatoria. Ed è proprio ciò che accade in questo caso, ove il giudice non dovrà vagliare l'esistenza di un patto tra terzo beneficiario e promittente, ma solo la sussistenza della unilaterale volontà di quest'ultimo espressa con riguardo alle controversie (non solo con lo stipulante ma anche) con il terzo (per la precedente posizione dell'A. v. *infra* nota 187).

questo esplica effetti nei confronti di un terzo, qualora istituisca un foro ulteriore ove egli possa agire nei confronti di una delle parti (o di entrambe)¹⁴¹.

Questa (implicita) norma regolamentare necessita però di una specificazione, con riguardo ai soggetti che concretamente possono concludere un patto sulla competenza giurisdizionale a favore del terzo. L'art. 13, c. 1, n. 2, Reg. riconosce la possibilità di pattuire un accordo con effetto favorevole nei confronti del terzo beneficiario di un'assicurazione non a qualsiasi soggetto, ma solo all'assicuratore e al contraente dell'assicurazione ossia a coloro che sono parti del contratto da cui il terzo beneficiario trae il proprio diritto. Un analogo limite deve valere con riguardo alla norma generale che nel Regolamento conferisce efficacia a un accordo sulla giurisdizione a favore del terzo, con la conseguenza che questo potrà essere concluso soltanto da soggetti che siano (asseritamente) titolari di rapporti connessi a quello del terzo "favorito" dalla *electio fori*. Ciò si darà, ad esempio, allorché gli autori dell'accordo siano parti di un contratto da cui derivano al terzo diritti od obblighi, o di un contratto collegato a quello che lega il terzo a una delle parti¹⁴².

Una volta affermata l'esistenza di una autonoma norma europea in ordine all'efficacia di un accordo sulla giurisdizione a favore del terzo e individuato il suo precipuo contenuto, è necessario ora stabilire se l'effetto favorevole per il terzo possa prodursi soltanto in virtù di un accordo con cui le parti prevedono un foro facoltativo esclusivamente con riguardo all'azione del terzo¹⁴³ o anche da un accordo che contempli un foro facoltativo valevole non soltanto per il terzo ma anche per una delle parti, allorché intenda agire nei confronti del terzo o, infine, da un *exclusive jurisdiction agreement*, che le parti vorrebbero efficace anche nei confronti del terzo. C'è da chiedersi pertanto se l'effetto favorevole al terzo sia scindibile dagli altri effetti avuti di mira dalle parti, sicché il patto possa produrre solo il primo, senza che a questo si accompagnino i secondi.

Se il principio fondante dell'art. 23/25 Reg. è quello del rispetto della volontà delle parti nella scelta del giudice munito di giurisdizione, è proprio

¹⁴¹ Nel medesimo senso v. GEIMER, *Zuständigkeitsvereinbarungen* cit., pp. 533 s.; ID., (SCHÜTZE), *Europäisches* cit., sub Art. 23 EuGVVO, p. 485; HEISS, *Gerichtsstandsvereinbarungen zulasten Dritter, insbesondere in Versicherungsverträge zu ihren Gunsten*, in *IPRax*, 2005, p. 497; JUNGERMANN, *Die Drittwirkung* cit., pp. 72 s.

¹⁴² Vi è da osservare che gli Autori citati nella nota precedente non fanno mai parola di questo limite relativo ai soggetti che possono concludere un accordo sulla giurisdizione in favore del terzo.

¹⁴³ In tal senso v. JUNGERMANN, *Die Drittwirkung* cit., p. 73.

a tale volontà che si dovrà aver riguardo per dare soluzione alla questione. Sarà necessario allora chiedersi se le parti dell'accordo abbiano concepito l'effetto prorogatorio favorevole al terzo come disgiungibile dagli altri effetti. Solo in tal caso si potrà ritenere che il terzo sia investito di un tale effetto, seppur promanante da un patto non concepito dalle parti come a suo favore.

Si tratta dunque di risolvere una tipica *quaestio voluntatis* e perciò la soluzione varierà caso per caso. Tuttavia, come si è già rilevato con riguardo agli accordi sulla giurisdizione riconosciuti dalle norme "municipali" italiane si deve ritenere che – ove non emergano dall'accordo sulla giurisdizione elementi in contrario – le parti abbiano reputato disgiungibili gli effetti che questo è volto a produrre, perché solo così è resa (almeno) possibile la realizzazione del loro intento di concentrare di fronte al giudice prescelto le varie controversie cui l'accordo si riferisce¹⁴⁴.

12. Segue: *la electio fori "contenuta" nell'atto costitutivo di un trust e la sua efficacia ultra partes nei confronti del trustee e del beneficiario del trust, espressamente prevista dall'art. 23/25, c. 4, Reg.*

Acquisito che gli accordi sulla giurisdizione riconosciuti dal sistema di Bruxelles producono effetti favorevoli nei confronti dei terzi, vi è da chiedersi se questi, in taluni casi possano esplicare altresì effetti sfavorevoli rispetto a costoro. Una prima ipotesi in cui ciò si verifica è espressamente stabilita dal Regolamento, segnatamente dall'art. 23/25, c. 4, ove si afferma che «[I] giudice o i giudici di uno Stato membro ai quali l'atto costitutivo di un trust ha attribuito competenza a giudicare, hanno competenza esclusiva per le azioni contro un fondatore, un trustee o un beneficiario di un trust,

¹⁴⁴ Come si è già visto (v. *supra* § 5) in questa sorta di "presunzione relativa di fatto" gioca un ruolo considerevole la previsione di un *forum connexitatis*, con riguardo alla domanda riconvenzionale basata sul medesimo titolo della domanda principale, che potrà essere decisa dal medesimo giudice adito e munito di giurisdizione su quest'ultima. Perciò tale "presunzione" potrà operare soltanto se le norme sulla competenza giurisdizionale applicabile prevedano una simile competenza giurisdizionale per ragioni di connessione. Ciò accadrà se colui che è convenuto dal terzo (che è poi uno degli autori dell'accordo sulla giurisdizione) sia domiciliato in uno Stato membro, operando in tal caso l'art. 6, n. 3, Reg.; qualora invece il convenuto abbia domicilio al di fuori dell'Unione Europea, ciò dipenderà dal concreto modo di disporre della *lex fori* del giudice prescelto (in Italia, in virtù dell'art. 3, c. 2, prima parte, l. n. 218/1995 e del rinvio da tale norma operato, in materia civile e commerciale, ai fori speciali previsti nel sistema di Bruxelles si applicherà pur sempre l'art. 6, n. 3, Reg.).

ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del trust»¹⁴⁵.

La norma anzitutto prevede una fattispecie, diversa dall'accordo, cui ricollega i medesimi effetti che l'art. 23/25, c. 1, Reg., riconosce alla convenzione tra le parti¹⁴⁶. Infatti, in base alla disposizione, l'*electio fori* può essere compiuta nell'atto costitutivo di un *trust*¹⁴⁷ e questo non è (di regola) un atto bilaterale, bensì unilaterale¹⁴⁸, proveniente dal solo *settlor*.

Perciò l'atto unilaterale del *settlor*, con cui questi individua il giudice competente a decidere sulle azioni relative ai rapporti nascenti dal *trust*, è ritenuto dalla norma idoneo a produrre effetti sulla competenza giurisdizionale, alla stessa stregua di un accordo tra due o più parti.

La disposizione è muta sia sulla forma dell'*electio fori*, sia sulla necessità che una delle parti abbia il proprio domicilio all'interno dell'Unione Europea.

Quanto alla prima questione si potrebbe ritenere che la norma richiami la legge applicabile al *trust*, che dovrebbe allora stabilire altresì i requisiti formali cui è soggetta la scelta del giudice.

Si deve tuttavia considerare che il Regolamento contempla l'istituto del *trust* in un'altra sua norma, segnatamente all'art. 5, n. 6, ove si istituisce un foro speciale per le liti relative a un *trust* «costituito in applicazione di una legge o per iscritto o con clausola orale confermata per iscritto». Si può quindi dire che il Regolamento dà rilevanza a un *trust* costituito con un atto

¹⁴⁵ CONRAD, *Qualifikationsfragen des Trust im Europäischen Zivilprozeßrecht*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 2000, pp. 310 s. rileva l'improprietà della disposizione ove prevede che le azioni oggetto dell'*electio fori* siano attinenti alle relazioni tra *settlor*, *trustee* e beneficiario o ai loro diritti o obblighi nell'ambito del *trust*. La norma dovrebbe invece avere riguardo alle azioni attinenti alle relazioni tra questi soggetti e ai loro diritti o obblighi nell'ambito del *trust*, altrimenti estenderebbe ulteriormente (e incongruamente) l'ambito soggettivo di efficacia della scelta del giudice a terzi, diversi dal beneficiario e dal *trustee*.

¹⁴⁶ HAUSMANN, *Gerichtsstands-* cit., p. 1970; KROPHOLLER, VON HEIN, *Europäisches cit., sub Art. 23 EuGVO*, p. 443; MAGNUS, in ID., MANKOWSKI (edited by), *Brussels cit., sub Art. 23*, p. 511.

¹⁴⁷ Si deve dunque trattare di un *trust* costituito con un atto di autonomia privata, non quindi di un *resulting* o *constructive trust* (cfr. in tal senso LAYTON, MERCER, *European cit.*, p. 736; GAUDEMET-TALLON, *Compétence cit.*, 4^e ed., p. 147).

¹⁴⁸ SCHLOSSER, *Relazione cit.*, n. 178, p. 320; GOTTWALD, in RAUSCHER, WAX, WENZEL (hrsg. von), *Münchener Kommentar cit.*, p. 1441; HAUSMANN, *Gerichtsstands-* cit., p. 1970; KROPHOLLER, VON HEIN, *Europäisches cit., sub Art. 23 EuGVO*, p. 443; LAYTON, MERCER, *European cit.*, p. 736.

di autonomia privata, solo ove questo abbia forma scritta o orale con conferma scritta. Ciò varrà non soltanto agli effetti dell'art. 5, n. 6, Reg., ma altresì dell'art. 23/25, c. 4, con la conseguenza che la scelta del giudice compiuta nell'atto costitutivo di un *trust* deve avvenire per iscritto o oralmente con conferma scritta: in altre parole, deve rispettare i requisiti formali stabiliti dall'art. 23/25, c. 1, lett. a, Reg.¹⁴⁹.

La disposizione non chiarisce se sia possibile istituire, anziché un foro esclusivo, altresì uno meramente facoltativo, che si aggiunga a quelli già previsti dal Regolamento o dalle norme "municipali" sulla giurisdizione. A mio avviso, opererà la medesima disciplina prevista dall'art. 23/25, c. 1, che stabilisce la esclusività del foro eletto, salvo espressa manifestazione di una contraria volontà negoziale.

Quanto alla necessità del domicilio infraeuropeo, seppur questo non sia espressamente previsto dall'art. 23/25, c. 4, Reg.¹⁵⁰, non credo vi sia ragione per escluderlo, in virtù della previsione generale dell'art. 23/25, c. 1. Non deve necessariamente essere il *settlor* ad avere il proprio domicilio all'interno dell'Unione Europea, potrebbe benissimo essere il *trustee* e il beneficiario del *trust*. Con la precisazione però che l'*electio fori* produrrà i suoi effetti, *europaeo iure*, rispetto alle liti di cui son parti soggetti di cui almeno uno con domicilio in uno Stato membro¹⁵¹; con riguardo alle altre liti esplicherà efficacia solo se lo prevedono le norme municipali sulla giurisdizione del giudice europeo concretamente adito¹⁵².

¹⁴⁹ Sembra potersi ravvisare una simile argomentazione in KROPHOLLER, VON HEIN, *Europäisches cit.*, sub Art. 23 EuGVO, p. 443. Si pronuncia a favore della forma scritta GAUDEMÉTALLON, *Compétence cit.*, 4° ed., p. 147; MAGNUS, in ID., MANKOWSKI (edited by), *Brussels cit.*, sub Art. 23, p. 513 afferma semplicemente l'operatività dei requisiti formali previsti dall'art. 23 Reg.

BRIGGS, REES, *Civil jurisdiction cit.*, 5th ed., p. 198; LAYTON, MERCER, *European cit.*, pp. 735 s. rilevano soltanto che la norma non stabilisce requisiti formali (gli ultimi due Autori precisano che l'accordo è retto dalla *substantive law of the trust*, determinata alla stregua delle norme di conflitto del foro).

¹⁵⁰ BRIGGS, REES, *Civil jurisdiction cit.*, 5th ed., p. 198; LAYTON, MERCER, *European cit.*, pp. 735 s. si limitano a rilevare che la norma non prevede espressamente alcun requisito in ordine al domicilio delle parti.

¹⁵¹ KROPHOLLER, VON HEIN, *Europäisches cit.*, sub Art. 23 EuGVO, p. 423; G. WAGNER, in STEIN, JONAS, *Kommentar cit.*, Band 9, cit., sub Art. 23 EuGVVO, p. 409, ritengono che almeno una delle parti deve avere il proprio domicilio nell'Unione Europea.

¹⁵² In senso differente si è pronunciato CONRAD, *Qualifikationsfragen cit.*, p. 310 il quale ritiene che il domicilio infraeuropeo del *settlor* sia sufficiente per sancire l'efficacia dell'*electio*

La norma non si limita a riconoscere una fattispecie diversa dall'accordo cui riannodare effetti sulla competenza giurisdizionale dei giudice europei, ma prevede altresì – ed è ciò che qui più interessa – una efficacia *ultra partes* della *electio fori*¹⁵³. Questa, infatti, in ragione del carattere unilaterale dell'atto costitutivo del *trust* può essere effettuata dal solo *settlor* e tuttavia, in base all'art. 23/25, c. 4, Reg. produce i propri effetti anche nei confronti delle azioni e delle *Gerichtspflichten* del *trustee* e del beneficiario del *trust*, senza che sia necessaria né la partecipazione di questi all'atto costitutivo del *trust*, né la loro adesione all'*electio fori*¹⁵⁴.

Si tratta dunque di una ipotesi di efficacia *ultra partes* non già di un accordo sulla giurisdizione, ma di un atto unilaterale che produce effetti sulla giurisdizione. Non è invece un caso di efficacia *ultra voluntatem partium* poiché le azioni altrui (segnatamente quelle del *trustee* e del beneficiario) saranno oggetto dell'*electio fori*, se questa è formulata in termini sufficientemente generali da ricomprendere tutte le liti relative al *trust*.

13. Segue: le clausole sulla giurisdizione ex art. 23/25 Reg. 44/2001 contenute negli statuti societari: la sentenza Powell Duffryn

La disciplina dell'efficacia nei confronti dei soci delle clausole sulla giurisdizione riconosciute dall'art. 23/25 Reg. (un tempo dall'art. 17 Conv. Bruxelles) e contenute nell'atto costitutivo o nello statuto di una società si trae anzitutto dalla sentenza *Powell Duffryn*¹⁵⁵, ove – come si vedrà – si è dise-

fori anche rispetto alle liti tra beneficiario e *trustee* entrambi privi di domicilio in uno Stato membro.

¹⁵³ Così G. WAGNER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 9, cit., sub Art. 23 EuGVVO, p. 409; MANKOWSKI, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches* cit., sub Art. 23 Brüssel I-VO, pp. 581 s.; GOTTWALD, in RAUSCHER, WAX, WENZEL (hrsg. von), *Münchener Kommentar* cit., p. 1441; HAUSMANN, *Gerichtsstands-* cit, p. 1970; KROPHOLLER, VON HEIN, *Europäisches* cit., sub Art. 23 EuGVO, p. 443; MAGNUS, in ID., MANKOWSKI (edited by), *Brussels* cit., sub Art. 23, p. 512; HARRIS, *The Trust in Private International Law*, in FAWCETT (edited by), *Reform and Development of Private International Law, Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford, 2002, p. 208.

¹⁵⁴ Nel senso che non sia necessaria una *Zustimmung* da parte del *trustee* e del *beneficiary*: cfr. G. WAGNER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 9, cit., sub Art. 23 EuGVVO, p. 409; HAUSMANN, *Gerichtsstands-* cit, p. 1970; MAGNUS, in ID., MANKOWSKI (edited by), *Brussels* cit., sub Art. 23, p. 512.

¹⁵⁵ Corte di giustizia, 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn* cit. Sulla sentenza v. i commenti di GAUDEMET-TALLON, nota senza titolo, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1992, pp. 535 ss.;

gnata una regolamentazione sostanzialmente identica a quella operante in ambito interno per le clausole *ex art. 4 l. n. 218/1995*¹⁵⁶.

I giudici del Lussemburgo nel menzionato caso erano chiamati a risolvere essenzialmente due questioni: in primo luogo, se una clausola sulla giurisdizione contenuta in uno statuto societario potesse ritenersi un accordo sulla giurisdizione fra il socio e la società, ai sensi dell'allora vigente art. 17 Conv. Bruxelles; secondariamente, se, per soddisfare i requisiti di forma stabiliti dalla norma convenzionale, fosse necessario desumere il consenso (eventualmente implicito) dei soci (almeno) dall'atto scritto di sottoscrizione delle nuove azioni o di acquisto di azioni già esistenti, o se bastasse, invece, che la clausola in se stessa – e non l'eventuale assenso dei singoli soci – fosse rivestita della forma scritta.

In risposta alla prima questione, la Corte di giustizia ha stabilito che la clausola sulla giurisdizione contenuta nello statuto di una società costituisce un accordo sulla giurisdizione ai sensi dell'art. 17 Conv. Bruxelles. All'uopo ha rilevato che la nozione di «accordo sulla giurisdizione» – al pari di quella di «materia contrattuale» che compare nell'art. 5 n. 1 Conv.¹⁵⁷ – deve essere interpretata in maniera autonoma dai diritti nazionali. Ciò le ha consentito di porre fuori gioco ogni questione sulla concezione contrattuale o normativa dello statuto societario, fatta propria dalla legge nazionale applicabile e di concentrarsi unicamente su come deve essere riguardato tale statuto nell'ambito del sistema di Bruxelles. La questione è stata risolta – in maniera invero un po' semplicistica e sbrigativa – nel senso che lo statuto, deve considerarsi come un contratto che regola i rapporti sia tra i soci, sia tra questi e la società. Di conseguenza, la clausola sulla giurisdizione in esso contenuta è da ritenere, ad ogni effetto, un accordo sulla giurisdizione ai sensi dell'art. 17 Conv. A nulla vale, poi, secondo i giudici del Lussemburgo, obiettare che

TAGARAS, *Chronique Convention de Bruxelles*, in *Cah. droit. eur.*, 1992, pp. 692 ss.; POLAK, nota senza titolo, in *Common Market Law Rev.*, 1993, pp. 406 ss.; QUEIROLO, *Art. 17 della convenzione di Bruxelles e clausola attributiva di competenza contenuta in uno statuto societario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, pp. 69 ss.; BISCHOFF, nota senza titolo, in *Jour. droit int.*, 1993, pp. 474 ss.; PIETROBON, *Clausola statutaria attributiva della giurisdizione e art. 17 della Convenzione di Bruxelles*, in *Dir. comm. int.*, 1993, pp. 708 ss.; SILVESTRI, *Clausola di attribuzione giurisdizionale contenuta in uno statuto societario e art. 17 convenzione di Bruxelles*, in *Foro it.*, 1995, IV, cc. 119 ss.; KOCH, *Internationale Prorogation im Statut einer Aktiengesellschaft*, in *IPRax*, 1993, pp. 19 ss.; BORK, *Gerichtsstandsklauseln* cit., pp. 48 ss.; KARRÉ-ABERMANN, *Wirksamkeitsvoraussetzungen* cit., pp. 142 ss.

¹⁵⁶ V. *supra* §§ 6 s.

¹⁵⁷ Cfr. Corte di giustizia, 22 marzo 1983, C-34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 451.

il socio può essersi opposto all'introduzione della clausola, o può aver fatto ingresso nella compagine sociale solo dopo l'adozione della stessa, perché questi, divenendo parte del gruppo, ha accettato di vincolarsi alle regole contenute nello statuto e alle decisioni legittimamente adottate dagli organi della società, anche se alcune di queste non trovano (o non troveranno) il suo consenso.

Il *Kirchberg* allora conclude che «una clausola attributiva di competenza che designi il giudice di uno Stato contraente per conoscere delle controversie tra una società per azioni e i suoi azionisti, inserita nello statuto di tale società e adottata in conformità alle disposizioni del diritto nazionale applicabile e allo statuto stesso, costituisce un accordo attributivo di competenza ai sensi dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles».

La decisione della Corte sembra non dare il debito peso alle già rilevate differenze¹⁵⁸ che intercorrono tra un'ordinaria clausola sulla giurisdizione relativa a un contratto e la clausola "contenuta" in uno statuto societario¹⁵⁹. In un'ottica più realistica si dovrebbe, pertanto, ritenere che la Corte, più che aver ricondotto la seconda nell'ambito della prima, abbia piuttosto attribuito alla clausola statutaria la medesima efficacia prorogatoria o derogatoria che l'art. 17 Conv. (e oggi 23/25 Reg.), riconosce ai veri e propri accordi sulla giurisdizione, con un'operazione – non certo inconsueta – di interpretazione creativa della Convenzione¹⁶⁰. Si è insomma compiuta un'assimilazione dei due atti, non dal punto di vista della loro struttura, ma soltanto *quoad effectum*.

A prescindere, comunque, dalle eventuali forzature concettuali o addirittura *fictiones* impiegate dalla Corte, con tale sentenza si è definitivamente sancita la generale ammissibilità nel sistema di Bruxelles di una clausola statutaria sulla giurisdizione^{161 162}.

¹⁵⁸ V. *supra*, § 6.

¹⁵⁹ Nel medesimo senso v. KOCH, *Internationale Prorogation* cit., p. 20.

¹⁶⁰ Così anche KOCH, *Internationale Prorogation*, p. 21, il quale rileva che, con la sentenza *Powell Duffryn*, la Corte di giustizia ha "aggiornato" l'allora vigente art. 17 Conv. Bruxelles "inserendovi" una disposizione di tal fatta: «Als Gerichtsstandsvereinbarung gilt auch die in der Satzung einer Gesellschaft enthaltene Bestimmung, wonach ein Gericht eines Vertragsstaates über Rechtsstreitigkeiten zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern entscheiden soll, sofern diese schriftlich niederlegt und den Parteien bekannt oder jedenfalls zugänglich ist».

¹⁶¹ Cfr. KOCH, *Internationale Prorogation*, p. 21.

¹⁶² JUNGERMANN, *Die Drittwirkung* cit., pp. 238 ss. critica la decisione della Corte di giustizia perché basata su una finzione. L'Autrice ritiene che l'ammissibilità di una clausola statutaria

Come precisato dai giudici del Lussemburgo sarà il «diritto nazionale applicabile», ossia la *lex societatis* a stabilire le modalità per introdurre la clausola sulla giurisdizione nello statuto, vuoi al momento della costituzione della società, vuoi durante la vita di questa¹⁶³. A tal riguardo è però necessario chiedersi alla stregua di quale ordinamento si debba determinare il «diritto nazionale applicabile». Non sembra soddisfacente ritenere che vengano in rilievo le norme di conflitto del foro in concreto adito: se così fosse vi sarebbe il rischio di soluzioni non uniformi nel contesto europeo, che verrebbero a “incoraggiare” comportamenti abusivi delle parti, al fine di sottrarsi agli effetti della clausola sulla giurisdizione. Più congruo è allora ritenere che la «legge nazionale applicabile» debba individuarsi alla stregua delle norme di diritto internazionale privato di un unico ordinamento e segnatamente della *lex fori prorogati*, che è quella in generale deputata a supplire le lacune di disciplina che si ravvisano nel sistema europeo rispetto agli accordi sulla giurisdizione *ex art. 23/25 Reg.*¹⁶⁴.

Pertanto, se le norme di conflitto del foro prorogato designano la legge italiana quale *lex societatis*, la clausola potrà essere introdotta *ab origine* nello statuto o nell'atto costitutivo della società, oppure successivamente ma solo col consenso unanime di tutti i soci, necessario perché la clausola sulla giurisdizione verrebbe necessariamente a incidere in senso negativo su delle loro posizioni giuridiche di carattere processuale (segnatamente sulla loro azione e *Gerichtspflichtigkeit*)^{165 166}. Se invece la *lex societatis* è straniera,

sulla giurisdizione e la sua efficacia nei confronti di tutti i soci debba essere fondata sull'applicazione analogica dell'art. 23, c. 4, Reg., che prevede la possibilità di inserire nell'atto costitutivo di un *trust* una clausola sulla giurisdizione tale da vincolare soggetti che non vi hanno dato il loro consenso, ossia il *trustee* e il beneficiario del *trust* (sulla norma *v. supra*, § 12)

¹⁶³ Cfr., in tal senso, MARONGIU BONAIUTI, *L'arbitrabilità* cit., p. 55; KOCH, *Internationale Prorogation*, p. 21; MÜLBERT, *Gerichtsstandsklauseln* cit., p. 339. La regola stabilita dalla Corte di giustizia ha perciò lo stesso contenuto di quella (implicitamente) dettata dalla legge italiana e di quella che si ricava nel diritto tedesco in virtù dell'applicazione analogica del § 1066 ZPO (per il parallelismo con quest'ultima disposizione cfr. MÜLBERT, *Gerichtsstandsklauseln* cit., p. 339): riconosce effetti derogatori e prorogatori della giurisdizione a una fattispecie diversa dall'accordo delle parti preveduto dall'art. 23/25 Reg., disciplinando tale fattispecie non direttamente, ma mediante un richiamo alla *lex societatis*.

¹⁶⁴ Cfr. primo volume, cap. II, § 5.

¹⁶⁵ *V. amplius supra* § 6.

¹⁶⁶ Vi è tuttavia un caso in cui si dovrebbe ammettere che la clausola sulla giurisdizione sia efficace anche se introdotta nello statuto a maggioranza. Ciò accade ove si prevede un foro facoltativo innanzi al quale i soli soci possano convenire la società: un simile effetto è sicuramente favorevole per i soci, che perciò saranno investiti dello stesso a prescindere dal

questa potrà eventualmente prevedere la possibilità di introdurre una clausola sulla giurisdizione a maggioranza e una tal clausola dovrà esser ritenuta senz'altro valida ed efficace dal giudice italiano, non potendosi fondatamente porre una questione di contrarietà della previsione con l'ordine pubblico internazionale¹⁶⁷.

Alla seconda questione posta dal giudice del rinvio, i giudici del Lussemburgo hanno risposto nel senso che il requisito formale prescritto dall'art. 17 Conv. – oggi 23/25 Reg. – è soddisfatto nei confronti di ogni singolo socio, qualora la clausola sulla giurisdizione sia contenuta nello statuto della società (che – nota la Corte – negli ordinamenti giuridici di tutti gli Stati contraenti deve essere necessariamente rivestito della forma scritta) e lo statuto sia depositato in un pubblico registro o in un luogo accessibile ai soci (attuali o “entranti”)¹⁶⁸. Dandosi questi presupposti, scatta quella presunzione (assoluta) di conoscenza e pertanto di accettazione della clausola, da parte del singolo socio, che per la Corte è sufficiente a vincolarlo ai relativi effetti.

loro consenso (cfr. ZANARONE, *L'invalidità* cit., p. 482, nel senso che una delibera che incida favorevolmente, anziché sfavorevolmente, nella sfera giuridica dei soci non necessita del consenso dell'intera compagine sociale per essere efficace, poiché nel nostro ordinamento opera soltanto il principio per cui nessuno può essere impoverito senza il suo consenso e non quello dell'assoluta e indiscriminata intangibilità della altrui sfera giuridica). In tutti gli altri casi la clausola inciderebbe negativamente sulla sfera giuridica dei soci e necessiterebbe del loro unanime consenso. Una *exclusive jurisdiction clause* determinerebbe, infatti, il venir meno del potere d'azione dei soci nei confronti dei giudici derogati e un ampliamento della loro *Gerichtspflichtigkeit* rispetto al giudice prescelto; una clausola che preveda un foro facoltativo, ove sia la società che i suoi membri possano agire, farebbe sorgere la *Gerichtspflichtigkeit* nei confronti del giudice eletto.

Nel senso invece che l'introduzione a maggioranza di una clausola statutaria sulla giurisdizione risulterebbe possibile, almeno se questa attribuisca la competenza esclusiva ai giudici dello Stato della sede della società (BORK, *Gerichtsstandsklauseln* cit., p. 63; MÜLBERT, *Gerichtsstandsklauseln* cit., pp. 352 s.).

¹⁶⁷ Cfr. *supra* § 6, in fine.

¹⁶⁸ In dottrina non è stata accolta con favore la scelta della Corte di estendere indiscriminatamente a tutti i soci l'efficacia della clausola statutaria sulla giurisdizione. Si è infatti rilevato che una simile regola può ritenersi soddisfacente per i soci che partecipano attivamente alla vita della società (che di solito sono titolari di una parte consistente delle azioni), ma non invece per i piccoli azionisti, che dovrebbero essere considerati “parti deboli” ed avere un trattamento non deteriore a quello che il sistema di Bruxelles riserva ai consumatori e alle controparti dell'assicuratore (cfr. GAUDEMET-TALLON, nota cit., pp. 538 s., la quale propone allora una diversa regola, in base a cui dovrebbero essere soggetti alla clausola statutaria solo i soci che la società riesce a dimostrare fossero a conoscenza della clausola stessa; *contra*, però VLAS, in *Netherlands Int. law rev.*, 1993; SILVESTRI, *Clausola* cit., c. 128; PIETROBON, *Clausola* cit., p. 722).

Si è notato in dottrina che la Corte, più che avere fatto applicazione delle norme sulla forma contenute nell'allora vigente art. 17 Conv., ha sancito una «norma giurisprudenziale sulla forma» delle clausole sulla giurisdizione contenute in statuti societari¹⁶⁹. A ben vedere, però, neppure questo può esser considerato il contenuto della decisione *Powell Duffryn*, atteso che qui non si è prescritto alcun requisito di forma per il consenso dei soci, neppure per quel consenso generico, che questi manifestano all'atto dell'ingresso nella compagine sociale. Piuttosto, la Corte di giustizia ha qui dettato una autonoma regola comunitaria sull'efficacia di una clausola statutaria sulla giurisdizione nei confronti dei soci.

Questa regola deve essere esaminata più in dettaglio, per individuare quando venga a sancire l'efficacia della clausola sulla giurisdizione nei confronti di terzi, e segnatamente dei soci che non hanno specificamente dato il loro assenso alla clausola stessa. È il caso allora di distinguere tra tre diverse ipotesi: quella dei soci originari; quella dei sottoscrittori di nuove azioni o quote e, infine, quella dei successori, *inter vivos* o *mortis causa*, nello *status* di socio.

Nel caso di soci "originari", si potrà discorrere di efficacia *ultra partes* della clausola sulla giurisdizione solo qualora la *lex societatis* – individuata alla stregua delle norme di conflitto del foro prorogato – ne ammetta l'introduzione nello statuto a maggioranza e l'efficacia nei confronti di tutti i soci: in quest'ipotesi, in forza della regola sancita dalla Corte di giustizia, si dovrà riconoscere l'efficacia della clausola nei confronti di tutti i soci e dunque anche dei soci che, assenti o dissenzienti, non hanno espresso il loro consenso alla delibera modificativa dello statuto. Non dovrebbe invece venire in rilievo alcun fenomeno di tal fatta, qualora la clausola sia inserita *ab origine* nello statuto e si abbia riguardo ai suoi effetti nei confronti dei soli soci originari: questi, infatti, dovendo tutti dare il loro assenso all'atto costitutivo e allo statuto, necessariamente consentiranno pure alla clausola sulla giurisdizione ivi inclusa.

Un fenomeno di efficacia nei confronti dei terzi della clausola sulla giurisdizione, invece, si potrà avere sempre, allorché un soggetto faccia ingresso nella compagine sociale, durante la vita della società, a seguito della sottoscrizione di nuove azioni o quote. Questi, in base alla regola sancita in *Powell Duffryn*, sarà vincolato alla clausola sulla giurisdizione contenuta nello

¹⁶⁹ V. PIETROBON, *Clausola* cit., p. 719. KOCH, *Internationale Prorogation* cit., p. 21, parla di un ampliamento funzionale dei requisiti di forma stabiliti dall'art. 17 Conv. conseguente al riconoscimento dell'ammissibilità di una clausola statutaria sulla giurisdizione.

statuto a prescindere da una sua qualsiasi manifestazione di volontà in tal senso, purché il contenuto dello statuto sia conoscibile, per essere depositato in luogo accessibile o in un pubblico registro. Poiché l'efficacia della clausola sulla giurisdizione viene ricollegata all'acquisto dello *status* di socio, si dovrà necessariamente ammettere in questo caso una certa frizione con il carattere pregiudiziale della questione di giurisdizione rispetto al merito della causa¹⁷⁰. Il giudice, infatti, per stabilire se il soggetto sia vincolato dalla clausola sulla giurisdizione, dovrà conoscere di una questione che dovrebbe invece rilevare ai soli fini del merito: ossia se questi sia o meno divenuto socio. Né del resto sarebbe possibile una soluzione alternativa che salvaguardi la relazione di pregiudizialità tra giurisdizione e merito, reputando efficace la clausola sulla giurisdizione nei confronti del soggetto che sia solo prospettato in giudizio come socio. La regola dettata dai giudici del Lussemburgo disancora, infatti, l'efficacia della clausola sulla giurisdizione nei confronti del nuovo socio da una sua qualsiasi manifestazione di consenso, per cui sarà almeno necessario che tale efficacia sia affermata sulla base di quel consenso implicito – o meglio presunto *iuris et de iure* – ravvisato dalla Corte di giustizia nell'effettiva assunzione della qualità di socio¹⁷¹.

Pertanto, qualora il giudice debba decidere dell'efficacia di una clausola statutaria sulla giurisdizione nei confronti del sottoscrittore di nuove azioni o quote, dovrà verificare se quest'ultimo è effettivamente divenuto socio e, se dovesse concludere in senso contrario, non potrà che ritenere inefficace la clausola statutaria rispetto alla lite a lui sottoposta e, a seconda che venga in rilievo l'effetto prorogatorio o invece derogatorio della clausola, rispetti-

¹⁷⁰ Principio che ha più volte trovato riconoscimento da parte della Corte di giustizia: cfr. sentenza 4 marzo 1982, C-38/81, *Effer* cit.; sentenza 22 marzo 1983, C-34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Z.N.A.V.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, p. 896; sentenza 29 giugno 1994, C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd. c. Stawa Metallbau GmbH*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 675; sentenza 3 luglio 1997, C-269/95, *Benincasa* cit.; sentenza 16 marzo 1999, C-159/97, *Trasporti Castelletti* cit.

¹⁷¹ Alla luce di tali considerazioni, si dovrà altresì escludere che qui possa trovare applicazione la teoria della prospettazione nella sua forma temperata, in base alla quale il giudice, nel risolvere la *quaestio iurisdictionis* dovrebbe verificare la sussistenza delle circostanze doppiamente rilevanti (quelle, cioè, che giocano un ruolo per la decisione sia della questione di giurisdizione sia del merito) sulla scorta di fatti concludenti e pertinenti, e dunque non certo con lo stesso impegno che egli spenderà nel conoscerle ai fini del merito (per i riferimenti di dottrina su tale teoria si rinvia *infra*, cap. V, § 8, note 93 s.). Se così fosse si ammetterebbe l'efficacia della clausola statutaria anche nei confronti di un soggetto che – a prescindere dalla più o meno sommaria valutazione del giudice – non è *effettivamente* divenuto socio e il cui assoggettamento al vincolo della clausola statutaria sulla giurisdizione non potrebbe dunque essere in alcun modo giustificato.

vamente negare la propria giurisdizione (sempre che la sua competenza giurisdizionale si fondi unicamente sulla clausola), o affermarne la sussistenza (purché ne esista un titolo).

Dobbiamo, infine, soffermarci sull'ipotesi della successione *inter vivos* o *mortis causa* nello *status* di socio. Possono qui venire astrattamente in rilievo due regole tra loro differenti: una è quella che si ricava dalla sentenza *Powell Duffryn*, secondo cui la clausola sulla giurisdizione esplica i propri effetti solo se il soggetto è *effettivamente* subentrato nella titolarità delle azioni o quote, purché lo statuto in cui essa è inclusa sia depositato in un pubblico registro o in luogo comunque accessibile; l'altra è quella che disciplina in generale l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore nel rapporto controverso, che subordina invece tale efficacia al mero fatto che venga prospettata in giudizio, in senso positivo o negativo (e dunque per affermarla o negarla), la successione del terzo in un prospettato rapporto giuridico^{172 173}.

Seppur il "conflitto" tra queste due regole non si presti ad una agevole soluzione, sembra tuttavia preferibile ritenere che prevalga la regola dettata in generale in tema di efficacia dell'accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore nel rapporto controverso. Nel caso di successione, l'efficacia *ultra partes* dell'accordo non si spiega, infatti, in virtù di un consenso presunto del successore al patto, ma piuttosto come estensione a quest'ultimo di un vincolo che già sussisteva in capo al dante causa, e perciò non sembra necessario verificare l'*effettivo* subentro del soggetto nello *status* di socio. Invece, verrà comunque in rilievo l'altro presupposto cui la sentenza *Powell Duffryn* ricollega l'efficacia della clausola statutaria sulla giurisdizione nei confronti del socio, ossia la oggettiva conoscibilità della stessa, per essere lo statuto in cui è contenuta depositato in un pubblico registro o in un luogo comunque accessibile ai soci. Il giudice, infatti, per determinare se la clau-

¹⁷² Su questa regola e sul suo fondamento nell'ambito del sistema di Bruxelles v. *infra* cap. V, § 9.

¹⁷³ È chiaro che un simile "scontro" tra regole in astratto applicabili è ravvisabile soltanto da chi ritiene che la regola generale in tema di efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore sia incentrata sulla prospettazione della successione. Chi invece, come MARI, *Il diritto* cit., pp. 675 ss., ritiene che tale regola si basi sulla successione effettiva, può anzi affermare che sia proprio dalla sentenza *Powell Duffryn* che si possa ricavare la più generale regola sull'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del successore (effettivo). In quest'ottica, residuerebbe soltanto una differenza tra le due regole, atteso che quella desumibile da *Powell Duffryn* richiede, oltre alla successione, anche la conoscibilità oggettiva della clausola da parte del successore.

sola esplica i propri effetti nei confronti del (prospettato) successore, dovrà anzitutto verificare l'esistenza del vincolo in capo al dante causa o, se questi è a sua volta successore, in capo al socio originario, primo "anello della catena" e tale vincolo presuppone, appunto, la conoscibilità dello statuto e così della clausola li "inclusa".

Si può allora concludere che, nel caso di successione nello *status* di socio, non si applica il *dictum* di *Powell Duffryn*, ma la più comprensiva regola che disciplina l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione *ex art. 23/25 Reg.* nei confronti del successore nel rapporto controverso¹⁷⁴ e, pertanto, si potrà affermare che la clausola statutaria sulla giurisdizione produce i propri effetti anche rispetto a colui che viene soltanto prospettato come (successore nello *status* di) socio.

È il caso di osservare che la decisione della Corte di giustizia si riferisce a una clausola sulla giurisdizione contenuta nello statuto di una società per azioni, non c'è tuttavia ragione di escludere che le regole lì fissate, relative sia all'ammissibilità della clausola statutaria sulla giurisdizione, sia all'efficacia della stessa nei confronti di tutti i soci, si possano applicare in qualsiasi altro tipo di società, vuoi di capitali, vuoi di persone. È chiaro, però, che se si ha a che fare con società di persone – almeno ove la *lex societatis* sia italiana – in ben rare ipotesi la regola sull'efficacia della clausola statutaria nei confronti di tutti i soci assumerà i caratteri di una regola di efficacia *ultra partes* della clausola stessa. Infatti, sia l'adozione di una clausola sulla giurisdizione durante la vita della società, sia l'entrata di un nuovo soggetto nella compagine sociale richiedono, escluse rare eccezioni¹⁷⁵, l'unanime consenso di tutti i soci¹⁷⁶, con l'impossibilità dunque di ravvisare dei membri del gruppo che siano terzi rispetto alla clausola.

¹⁷⁴ In tal senso mi sembra di poter interpretare il cenno di MANKOWSKI, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches cit., sub Art 23 Brüssel I-VO*, p. 582 per cui «[D]erivative Erwerber werden nach den Grundsätzen der Rechtsnachfolge gebunden».

¹⁷⁵ Cfr. le ipotesi di entrata nella compagine di un nuovo socio che non necessitano del consenso di tutti i membri del gruppo cui si è accennato *supra*, § 7, nota 94.

¹⁷⁶ Cfr., in ordine all'introduzione nel contratto sociale di una clausola sulla giurisdizione, *supra* § 6; in ordine all'ingresso di nuovi soci, *supra*, § 7.

14. In assenza di autonome norme europee che sanciscono l'efficacia *ultra partes* di un accordo sulla giurisdizione, potrà operare la *lex fori* prorogati, purchè ciò non conduca a un esito contrario all'esigenza di prevedibilità del foro per il terzo. Applicazione dei risultati raggiunti alla questione dell'efficacia nei confronti del terzo della clausola *ex art. 23/25 Reg.* relativa al contratto stipulato a suo favore. Le sentenze Gerling e Peloux in ordine all'assicurazione a favore del terzo. Si esclude l'esistenza di una generale autonoma norma europea relativa al contratto a favore del terzo. La questione deve essere risolta in base alla *lex fori* prorogati

Si sono sin qui esaminate le autonome norme europee che ammettono una efficacia *ultra partes* degli accordi sulla giurisdizione: queste, assieme a quella trattata nel prossimo capitolo attinente all'efficacia dell'*electio fori* nei confronti del successore, costituiscono un catalogo chiuso. Allo stato, non sussistono quindi ulteriori ipotesi in cui il diritto europeo riconosce *direttamente* agli accordi *ex art. 23/25 Reg.* una efficacia *ultra partes*.

Vi è però da chiedersi se, al di fuori di questi casi, possa operare la *lex fori prorogati*, quale legge in generale chiamata a riempire le lacune di disciplina del diritto europeo *in puncto* di patti riconosciuti dall'art. 23/25 Reg.¹⁷⁷.

La Corte di giustizia, nel recente caso *Refcomp*, ha risposto negativamente all'interrogativo¹⁷⁸. Essa era chiamata a pronunciarsi sul se la clausola di giurisdizione pattuita da acquirente e venditore, in ordine alla compravendita tra questi conclusa, possa opporsi al subacquirente che eserciti l'azione diretta – riconosciuta dal diritto francese – nei confronti del venditore, lamentando dei vizi della *res vendita*.

I giudici del Lussemburgo, dopo aver escluso che *in casu* il diritto europeo ammettesse una eccezione alla relatività degli accordi sulla giurisdizione, hanno altresì negato la possibilità di un rinvio al «diritto nazionale», perché ciò avrebbe comportato delle soluzioni divergenti tra gli Stati membri, compromettendo l'obiettivo – perseguito dal Regolamento – di unificare le norme sulla giurisdizione e sarebbe stato fonte di incertezze in ordine all'individuazione del giudice giurisdizionalmente competente, in palese contrasto col principio di prevedibilità del foro. Si è così concluso per l'inefficacia della clausola rispetto al subacquirente¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Cfr. primo volume, cap. II, § 5.

¹⁷⁸ Corte di giustizia, 7 febbraio 2013, C-543/10, *Refcomp spa* cit., nn. 38 s.

¹⁷⁹ Per un più dettagliato esame della sentenza della Corte di giustizia si rinvia al Capitolo VI, § 3.

La soluzione del *Kirchberg* non lascia compiutamente persuasi.

Vi è anzitutto da osservare che il rischio di soluzioni divergenti può essere scongiurato ove si ritenga che la questione sia retta non già dal «diritto nazionale» del giudice concretamente adito – come sembra ritenere la Corte di giustizia – ma, più correttamente, dalla *lex fori prorogati*. Quest'ultima dovrebbe esser chiamata a disciplinare altresì la questione dell'efficacia *ultra partes* degli accordi sulla giurisdizione, in assenza di specifiche norme europee sul punto. Una simile soluzione non mette a repentaglio l'obiettivo dell'uniformità delle norme di giurisdizione, poiché ciascun giudice europeo dovrà valutare l'efficacia dell'*electio fori* nei confronti del subacquirente alla stregua di una medesima legge. Perciò, la norma concreta di giurisdizione *derivante da uno specifico accordo* opererà uniformemente in tutto il territorio dell'Unione, quale che sia il giudice effettivamente adito.

Certo, l'applicazione della *lex fori prorogati* non viene pienamente incontro all'esigenza di prevedibilità del foro, poiché i soggetti interessati possono non conoscere il concreto modo di disporre di questa legge. Si può peraltro osservare che anche un'autonoma soluzione europea – nella misura in cui non trovi fondamento in una espressa norma del Regolamento – può risultare difficilmente prevedibile, prima che la Corte di giustizia si sia pronunciata e neppure agevolmente conoscibile da soggetti non esperti in materie giuridiche, una volta che la pronuncia sia stata emanata. Si può pertanto affermare che il rinvio alla *lex fori prorogati* e una autonoma soluzione europea, non desumibile direttamente dal testo del Regolamento, hanno sostanzialmente un pari grado di (im)prevedibilità per le parti dell'accordo e i terzi.

Gli argomenti messi in campo dalla Corte di giustizia per negare l'operatività del «diritto nazionale applicabile» non appaiono quindi convincenti. Vi è da chiedersi però se la soluzione dei giudici del Lussemburgo possa accogliersi per altre ragioni, non menzionate dagli stessi e attinenti al caso su cui questi si dovevano pronunciare: quello dell'efficacia della *electio fori* pattuita da venditore e acquirente nei confronti del subacquirente che eserciti l'azione diretta. Qui è perlomeno dubbio che al subacquirente possa esser noto che venditore e compratore abbiano pattuito una clausola sulla giurisdizione in ordine al contratto di vendita tra questi concluso. Questo dubbio aumenterà più la catena di vendite è lunga: come può il consumatore finale essere a conoscenza dei patti intercorsi tra un remoto produttore del bene e un altrettanto remoto primo acquirente? Sarebbe perciò incongruo assoggettare il subacquirente all'efficacia di un accordo sulla giurisdizione di cui egli di regola non ha alcuna (né è esigibile che abbia) alcuna notizia. Alla luce delle peculiarità del caso di specie, appare quindi giustificabile la deci-

sione della Corte di giustizia che ha negato il rinvio al «diritto nazionale», onde evitare che l'operare di questo potesse condurre a un esito in concreto non prevedibile dal subacquirente.

Se l'esclusione del rinvio al «diritto nazionale» si giustifica nella particolare ipotesi delle catene di contratti, altrettanto non si potrà affermare in tutti gli altri casi in cui si pone una questione di efficacia *ultra partes* degli accordi sulla giurisdizione. Perciò la soluzione fornita dai giudici del Lussemburgo – pur espressa in generale e senza limitazioni di sorta – deve più congruamente ritenersi confinata al caso dell'esercizio dell'azione diretta da parte del subacquirente in una catena di contratti, nonché a tutti gli altri casi in cui parimenti si pone l'esigenza di garantire la prevedibilità del foro da parte del terzo da cui non sia esigibile la conoscenza dell'*electio fori* conclusa *inter alios*.

Si deve quindi affermare che, in mancanza di norme europee che prevedano delle eccezioni al principio di relatività degli accordi sulla giurisdizione, è ammessa l'operatività della *lex fori prorogati*, purchè questa conduca ad affermare l'efficacia dell'accordo nei confronti di soggetti che ne possono avere ragionevolmente conoscenza, in ossequio all'esigenza della prevedibilità del foro da parte del terzo¹⁸⁰.

Vediamo ora di applicare quanto sinora acquisito nel caso in cui si abbia a che fare una clausola sulla giurisdizione riconosciuta dall'art. 23/25 Reg. relativa a un contratto a favore del terzo, chiedendoci se questa possa esplicare la sua efficacia anche nei confronti del beneficiario e, più precisamente, in ordine alle azioni del promittente e del terzo relative agli effetti giuridici che a quest'ultimo derivano dal contratto. Anzitutto bisogna verificare se la questione sia disciplinata direttamente da un'autonoma norma europea¹⁸¹. Il

¹⁸⁰ Una simile soluzione appare coerente con il rilievo (già formulato nel primo volume, cap. II, § 5 nota 89) per cui *lex fori prorogati* non può operare qualora la sua applicazione conduca a un risultato che pregiudichi l'effetto utile della disciplina europea, *in casu*, di uno dei suoi principi fondanti, quale quello della prevedibilità del foro.

¹⁸¹ Nel senso che la questione dell'efficacia nei confronti del terzo di una clausola sulla giurisdizione relativa a un contratto stipulato a suo favore sia da risolversi direttamente in base alla Convenzione o al Regolamento, si è pronunciata, sia pure implicitamente, la dottrina maggioritaria: cfr. KAYE, *Civil jurisdiction cit.*, p. 1070; GAUDEMET-TALLON, *Compétence cit.*, p. 151; BRIGGS, REES, *Civil Jurisdiction cit.*, 5th ed., p. 184 s.; QUEIROLO, *Gli accordi cit.*, pp. 312 s.; MARI, *Il diritto cit.*, p. 667; GEIMER, *Zuständigkeitsvereinbarungen cit.*, p. 534; ID.(SCHÜTZE), *Europäisches cit.*, sub Art. 23 EuGVVO, p. 485; GOTTWALD, in *Münchener Kommentar cit.*, Band 3, sub Art. 23 EuGVO, p. 1441; MANKOWSKI, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches cit.*, sub Art. 23 Brüssel I-VO, p. 575; HAUSMANN, *Gerichtsstandsvereinbarungen, cit.*, p. 2004; HEISS, *Gerichtsstandsvereinbarungen cit.*, p. 497; GEBAUER, *Zur Drittwirkung von Gerichts-*

Regolamento è sul punto muto, tuttavia la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi in due occasioni – non solo nel già ricordato caso *Gerling*¹⁸², ma altresì nel caso *Peloux*¹⁸³ – ambedue le volte con riguardo a una clausola di proroga relativa a un contratto di assicurazione stipulato in favore del terzo.

Come già considerato, nella sentenza *Gerling il Kirchberg* ha affermato che una clausola di proroga, stipulata nella debita forma dall'assicuratore e dal contraente dell'assicurazione, a favore del terzo beneficiario, produce effetti nei confronti di quest'ultimo, che la può dunque invocare nei confronti dell'assicuratore.

Nella successiva sentenza *Peloux*, la Corte di Giustizia ha escluso che l'assicuratore, convenuto dal beneficiario dell'assicurazione, possa invocare il difetto di giurisdizione del giudice adito, in base a una clausola di proroga stipulata con il contraente dell'assicurazione *ex art. 12 n. 3 Conv.* e dunque volta ad attribuire la competenza esclusiva ai giudici dello Stato del domicilio o della residenza abituale comune dell'assicuratore e del contraente dell'assicurazione. L'opponibilità di una clausola siffatta priverebbe infatti il beneficiario della possibilità di agire o essere convenuto in giudizio davanti al giudice del proprio domicilio o del luogo dell'evento dannoso e si rivelerebbe perciò in contrasto con l'obiettivo, perseguito dalla allora vigente Convenzione, di tutela del beneficiario quale parte economicamente debole del rapporto, accanto al contraente dell'assicurazione. Una simile clausola avrà dunque efficacia nei confronti del beneficiario, solo se questi l'abbia espressamente sottoscritta e se sia domiciliato nel medesimo Stato del contraente dell'assicurazione e dell'assicurato.

Queste due pronunce vengono a disegnare in maniera compiuta la disciplina dell'efficacia nei confronti del terzo di una clausola sulla giurisdizione contenuta in un contratto di assicurazione stipulato a suo favore: se si tratta

standsvereinbarungen bei Vertragsketten, in *IPRax* 2001, p. 472. Nel senso invece che la questione sia rimessa ai diritti nazionali v. SCHLOSSER, *EU-Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., München, 2009, *sub Art. 23 EuGVVO*, p. 133, che ritiene operante il «nationales materielles Recht»; MANKOWSKI, *Versicherungsverträge zu Gunsten Dritter, Internationales Privatrecht und Art. 17 EuGVÜ*, in *IPRax*, 1996, pp. 430 s., secondo cui si deve far riferimento al *Vertragsstatut*; sembra anche JOSEPH, *Jurisdiction cit.*, p. 216.

¹⁸² Corte di giustizia, 14 luglio 1983, C-201/82, *Gerling cit.*

¹⁸³ Corte di Giustizia, 12 maggio 2005, C-112/03, *Société financière et industrielle du Peloux c. Axa Belgium e altri*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2005, p. 753 con nota di HEUZÉ; in *Cab. droit eur.*, 2006, p. 518, con nota di TAGARAS; in *IPRax*, 2005, p. 531, con nota di HEISS, *Gerichtsstandsvereinbarungen cit.*

di una clausola che attribuisce al beneficiario la possibilità di adire un ulteriore foro, oltre a quelli già competenti *ex artt.* 9 ss. Reg., essa potrà essere invocata dal terzo; qualora si tratti, invece, di una clausola attributiva di competenza esclusiva *ex art.* 13, n. 3 Reg., essa non potrà essere opposta al terzo, a meno che questi non vi abbia consentito nelle forme previste dall'art. 23/25 Reg. e abbia il proprio domicilio nel medesimo Stato del contraente dell'assicurazione e dell'assicuratore. In breve, la clausola sulla giurisdizione ha effetti nei confronti del beneficiario solo quando è a suo favore, nelle altre ipotesi è richiesto il consenso di questi¹⁸⁴.

C'è da domandarsi se questa specifica disciplina dettata per l'assicurazione possa estendersi a tutti i contratti a favore di terzo.

Ciò sarà possibile ove si ritenga che in questo campo operi *esclusivamente* la autonoma norma europea che riconosce effetti a un accordo sulla giurisdizione a favore del terzo, la cui applicabilità nel sistema di Bruxelles è stata dimostrata nel paragrafo undicesimo. In virtù di questa, si dovrà infatti riconoscere efficacia alla clausola di proroga solo nella misura in cui è favorevole al terzo beneficiario del contratto ed escludere invece qualsiasi altro effetto, perché non vantaggioso al terzo stesso¹⁸⁵, a meno che le parti abbiano inteso gli effetti favorevoli e sfavorevoli della clausola come tra loro disgiungibili¹⁸⁶.

Si potrebbe però ritenere che, con riguardo al contratto a favore del terzo, operi una diversa norma, sempre di fonte europea, in virtù della quale si estendono al terzo beneficiario tutti gli effetti della clausola sulla giurisdizione, sia favorevoli che sfavorevoli. Ciò perché l'*electio fori* viene a determinare le modalità di esercizio (giudiziale) del diritto costituito in capo al beneficiario, che vi sarà necessariamente assoggettato, in virtù del principio per cui *qui sentit commodum sentire debet et onus*¹⁸⁷; principio che è deroga-

¹⁸⁴ Nel senso, invece, che la clausola sulla giurisdizione contenuta in un contratto di assicurazione possa produrre anche effetti sfavorevoli al terzo v. JUNGERMANN, *Die Drittwirkung* cit., pp. 182 s., 204 s.

¹⁸⁵ Nel senso che in base al diritto comunitario una clausola di proroga della giurisdizione relativa a un contratto a favore del terzo può soltanto produrre effetti favorevoli al terzo medesimo v. KAYE, *Civil jurisdiction* cit., p. 1070; GAUDEMET-TALLON, *Compétence* cit., p. 151; QUEIROLO, *Gli accordi* cit., pp. 312 s.; MARI, *Il diritto* cit., p. 667.

¹⁸⁶ Su ciò v. *supra*, § 11, in fine.

¹⁸⁷ Cfr., sostanzialmente in tal senso, HAUSMANN, *Gerichtsstandsvereinbarungen*, cit., p. 2004; MANKOWSKI, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches* cit., sub Art. 23 Brüssel I-VO, p. 575; GEBAUER, *Zur Drittwirkung* cit., p. 472; JUNGERMANN, *Die Drittwirkung* cit., pp. 133 s.; meno chiaro GOTTWALD, in RAUSCHER, WAX, WENZEL (hrsg. von), *Münchener Kommentar* cit., Band

to dall'art. 13, n. 2, Reg., esclusivamente per tutelare il beneficiario dell'assicurazione inteso come parte debole del rapporto.

Tuttavia di una tal regola di efficacia *ultra partes* della clausola sulla giurisdizione non si ravvisa alcun fondamento nel testo o nello spirito del Regolamento, per cui essa potrebbe essere riconosciuta solo in virtù di una decisione pretoria della Corte di Giustizia.

Finchè una simile pronuncia non intervenga, sembra più congruo ritenere che l'unica regola di diritto europeo che disciplina la fattispecie è quella che riconosce l'ammissibilità di un accordo sulla giurisdizione a favore del terzo. La sua operatività non impedisce però l'applicabilità della *lex fori prorogati*, ove questa preveda che la clausola sulla giurisdizione contenuta in un contratto a favore del terzo possa produrre nei confronti di questo anche effetti a lui sfavorevoli. Un simile esito non può infatti ritenersi contrario al principio di prevedibilità del foro per il terzo beneficiario, poiché il contratto determina sia l'esistenza che il contenuto del diritto di costui che, per farlo valere in giudizio, dovrà necessariamente conoscere le pattuizioni contrattuali¹⁸⁸ e così anche la *electio fori*, di regola contenuta nel medesimo documento.

Si può dunque affermare che una clausola sulla giurisdizione riconosciuta dall'art. 23/25 Reg. e relativa a un contratto a favore del terzo produce, già in base al Regolamento, effetto in vantaggio del terzo e potrà poi spiegare

3, *sub* Art. 23 EuGVO, p. 1441, che afferma soltanto l'ammissibilità di accordi sulla giurisdizione in contratti a favore del terzo. Nel medesimo senso si pronunciavano BRIGGS, REES, *Civil Jurisdiction* cit., 4th ed., p. 123, invocando il principio per cui *qui sentit commodum sentire debet et onus*. Oggi però nella 5^a edizione (pp. 184 s.) gli Autori giustappongono a questa posizione quella proposta da Briggs nel suo libro sugli accordi della giurisdizione (sulla quale v. *supra* nota 140), propendendo sostanzialmente per quest'ultima.

Peculiare la posizione di GEIMER, *Zuständigkeitsvereinbarungen* cit., p. 534, secondo cui la clausola sulla giurisdizione produce effetti nei confronti del terzo beneficiario, ma solo con riguardo all'azione con cui egli fa valere il diritto derivante dal contratto, non con riguardo alla domanda (di accertamento negativo) che il promittente promuove nei suoi confronti (v. anche GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches* cit., *sub* Art. 23 EuGVVO, p. 485; nel medesimo senso HEISS, *Gerichtsstandsvereinbarungen* cit., p. 497; criticamente sul punto MANKOWSKI, *Versicherungsverträge* cit., p. 431; JUNGERMANN, *Die Drittwirkung* cit., p. 168 s.).

¹⁸⁸ È questa la differenza rispetto al caso dell'azione diretta del subacquirente. Questi, per esercitare l'azione, dovrà soltanto conoscere l'identità del primo venditore (e tale informazione evidentemente otterrà dalla sua controparte contrattuale) senza necessità di conoscere altresì il contenuto concreto del contratto intercorso tra questi e il primo acquirente.

anche effetti a questo sfavorevoli ove così preveda la *lex fori prorogati*. Pertanto una clausola a favore del giudice italiano – in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. – sarà fonte di effetti sia a favore che contro il terzo^{189 190 191}.

¹⁸⁹ Dovrebbe concludersi nel medesimo senso qualora venga in rilievo una clausola sulla giurisdizione a favore del giudice inglese. La dottrina inglese, infatti, trattando degli accordi esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 23 Reg., ha affermato che la *jurisdiction clause* contenuta in un contratto esplica i propri effetti anche nei confronti del terzo che ha un «*right to enforce a term*» di tale contratto (cfr. BRIGGS, REES, *Civil Jurisdiction* cit., 5th ed., pp. 471 s.; JOSEPH, *Jurisdiction* cit., pp. 215 s.), accogliendo così una soluzione analoga a quella imposta dallo *statutory law* – segnatamente dalla *section 8, para. 1, Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* – rispetto agli accordi compromissori (soluzione quest'ultima confermata pure dalla giurisprudenza: cfr. Queen's Bench Division, Commercial Court, 7 novembre 2003, *Nisshin Shipping Co. Ltd. v. Cleaves & Co. Ltd.*, in *All England Report (Comm.)*, 2004, 1, 481). È da sottolineare che il passaggio attraverso la *lex fori prorogati* si rivela sempre necessario per affermare l'efficacia della clausola *ex art. 23/25 Reg.* nei confronti del beneficiario, non potendosi invece accettare la diversa prospettiva secondo cui tale efficacia rinverrebbe il suo fondamento in un'autonoma norma europea (come tra gli altri ritengono BRIGGS, REES, *Civil Jurisdiction* cit., 4th ed., p. 123, sulla base di una – a mio avviso – non condivisibile interpretazione della sentenza *Gerling*).

Va evidenziato che l'unica sentenza inglese che sinora si è pronunciata sul tema rispetto agli accordi arbitrali (Queen's Bench Division, Commercial Court, 7 novembre 2003, *Nisshin Shipping* cit.) ha ritenuto che la clausola esplica i propri effetti nei confronti del terzo beneficiario a prescindere dal fatto che questa abbia ad oggetto le controversie relative alla situazione giuridica che si produce nella sfera di quest'ultimo. Ciò sulla base dell'«*assignment analogy*» ricavata dalle *Explanatory Notes* al *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*. Si ammette così non soltanto un'efficacia *ultra partes* della clausola compromissoria, ma altresì, eventualmente, *ultra voluntatem partium*. In senso contrario si era pronunciata, prima della decisione, AMBROSE, *When Can a Third Party Enforce an Arbitration Clause?*, in *Journal Business Law*, 2001, pp. 422 s., attingendo a una conclusione identica a quella che si deve ritenere operante in Italia, in forza dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. (v. *supra*, § 4).

¹⁹⁰ Anche qualora non venga in rilievo un contratto a favore del terzo, ma un contratto che – alla stregua della legge applicabile – comunque incida nella sfera giuridica del terzo, si potrà ritenere che la clausola di proroga della giurisdizione italiana ad esso relativa estenda la sua efficacia pure alle azioni in ordine all'effetto contrattuale che si è prodotto in capo al terzo. E ciò sempre in forza dell'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. Anche in tal caso l'efficacia *ultra partes* è però subordinata alla astratta conoscibilità da parte del terzo dell'*electio fori* pattuita *inter alios*.

¹⁹¹ È chiaro però che la clausola sulla giurisdizione a favore del giudice italiano potrà esplicitare effetti nei confronti del terzo beneficiario solo qualora ricomprenda nel suo oggetto altresì le azioni di questo nei confronti del promittente e quelle del promittente rispetto al beneficiario.

15. *L'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione rispetto alle controversie del terzo escluse dall'ambito soggettivo di applicazione della norma che riconosce l'accordo stesso*

Ammettere l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del terzo può comportare dei problemi ove la lite di cui questi è parte esorbiti dell'ambito di applicazione *ratione personarum* della norma, interna o europea, che riconosce l'accordo stesso. Chiaramente tali problemi si porranno soltanto finché non entri in vigore il nuovo Regolamento n. 1215/2012, il quale non prevede più alcun limite soggettivo all'operare della norma che conferisce rilievo all'*electio* di un foro europeo.

Al riguardo si possono dare due casi esattamente speculari. Il primo è quello dell'accordo di proroga della giurisdizione *ex art. 23 Reg.*, di cui una sola delle parti è domiciliata in uno Stato membro. Si ipotizzi che si ponga la questione della sua efficacia rispetto alla controversia tra un terzo e una delle parti, entrambi non domiciliati nell'Unione, controversia che dunque esula dall'ambito di applicazione dell'art. 23, c. 1, Reg.¹⁹². Ci si chiede in base a quali norme – quelle europee o quelle della legge regolatrice degli accordi “municipali” (in Italia la *lex fori prorogati*) – si debba valutare l'efficacia del patto *ex art. 23 Reg.* rispetto al terzo. Un tale problema avrà ovviamente concreto rilievo solo qualora il diritto europeo e la *lex fori prorogati* conoscano delle soluzioni differenziate in tema di efficacia *ultra partes* dell'*electio fori*, il che non si dà nel caso di un patto favore del giudice italiano, dato il perfetto parallelismo sul punto tra la nostra legge e il sistema di Bruxelles (se si esclude la peculiare ipotesi preveduta dall'art. 23, c. 4, Reg.).

A mio avviso, si dovrà qui fare una applicazione cumulativa di entrambe le norme: di quella europea, perché si tratta un accordo *ex art. 23 Reg.* e dunque sarà il sistema di Bruxelles a doversi in primo luogo pronunciare sulla efficacia di un simile patto nei confronti del terzo; di quella della *lex fori prorogati*, perché la controversia rispetto alla quale viene in rilievo l'efficacia dell'accordo è soggetta, *in puncto* di prorogabilità della giurisdizione, alla disciplina di tale legge, che dunque dovrà stabilire se l'efficacia nei confronti del terzo – astrattamente riconosciuta dalla norma europea – possa concre-

Quella prevista dall'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. è infatti una ipotesi di efficacia soltanto *ultra partes*, non anche *ultra voluntatem partium* (cfr. *supra*, § 4).

¹⁹² Nel senso che l'art. 23, c. 1, Reg. non contempla un accordo sulla giurisdizione che espliciti i propri effetti rispetto a una siffatta controversia, le cui parti hanno entrambe domicilio al di fuori dell'Unione.

tamente operare rispetto a una lite che sfugge dall'orbita applicativa dell'art. 23, c. 1, Reg. Ne consegue che l'operatività dell'accordo *ex art. 23 Reg.* nei confronti del terzo potrà essere affermata solo qualora risulti riconosciuta sia dal diritto europeo sia dalla *lex fori prorogati*¹⁹³.

Esaminiamo ora come in concreto avverrà questa "doppia verifica" circa l'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione in confronto del terzo.

Se il processo tra il terzo e una delle parti dell'accordo viene instaurato innanzi al giudice "derogato", questi dovrà anzitutto stabilire se le parti originarie abbiano concluso un valido ed efficace accordo sulla giurisdizione *ex art. 23 Reg.* e se esso espliciti effetti pure con riguardo alla azione innanzi a lui esercitata. Nel caso di esito positivo non potrà semplicemente declinare la giurisdizione a favore del giudice prorogato, perché all'uopo si rende necessaria una ulteriore indagine: quella se la *lex fori prorogati* riconosca l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del terzo. Ritengo che questa verifica debba essere lasciata al giudice "prorogato", in analogia con quanto dispone l'art. 23, c. 3, Reg. per il caso di un accordo tra parti entrambe non domiciliate nell'UE.: qui infatti, anche se non si ha a che fare con un simile accordo, viene pur sempre in rilievo una controversia tra litiganti entrambi privi di domicilio europeo. Pertanto il giudice "derogato" dovrà sospendere il giudizio, lasciando così al giudice prescelto dalle parti originarie la possibilità di pronunciarsi sul se la sua legge processuale riconosce al patto efficacia nei confronti del terzo. In caso positivo, quest'ultimo giudice potrà proseguire il processo verso la decisione di merito; altrimenti rigetterà la domanda in rito, aprendo così la via a una "ripresa" del quiescente giudizio straniero in cui non avrà più alcun rilievo l'accordo stipulato dalle parti.

Sicuramente più lineare è il caso in cui il processo penda innanzi al giudice "prorogato": questi infatti potrà sia verificare la sussistenza di un valido ed efficace patto tra le parti originarie; sia constatare la sua efficacia nei confronti del terzo, in base al diritto europeo; sia, infine, determinare se anche la propria *lex fori* estenda al terzo l'efficacia del patto. Nel caso la triplice verifica dia esito positivo potrà affermare la sussistenza della propria *potestas iudicandi* e procedere così a conoscere del merito della causa. In caso contrario, dichiarerà il difetto di giurisdizione, dando così la possibilità alle parti di instaurare *ex novo* il giudizio davanti a uno dei giudici (solo ap-

¹⁹³ *A fortiori*, poi, si dovrà escludere che il patto *ex art. 23 Reg.* espliciti effetti nei confronti del terzo qualora, per avventura, la *lex fori prorogati* non riconosca a una convenzione l'idoneità a prorogare la giurisdizione dei propri giudici.

parentemente) derogati, senza che qui possa in alcun modo venire in rilievo l'accordo di scelta del foro.

Passiamo ora al secondo caso, esattamente simmetrico a quello appena esaminato. Ci troviamo al cospetto di un accordo di proroga di una giurisdizione europea, relativo a una controversia rientrante nel campo di applicazione *ratione materiae* del Regolamento n. 44/2001, ma intercorrente tra parti ambedue con domicilio al di fuori dell'Unione. Anche qui si pone la questione se l'accordo sia efficace nei confronti di un terzo, che in questo caso è invece domiciliato in uno Stato membro, sicché le controversie tra questi e una delle parti rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 23, c. 1, Reg.¹⁹⁴.

Anche in questa ipotesi ritengo che l'efficacia dell'accordo nei confronti del terzo possa essere affermata solo se venga riconosciuta sia dalla *lex fori prorogati*, che disciplina il patto intercorso tra le parti originarie e così pure i suoi effetti *ultra partes*, sia dal sistema di Bruxelles, che disciplina la prorogabilità della giurisdizione rispetto a controversie tra parti di cui almeno una con domicilio nel territorio dell'Unione¹⁹⁵.

Pertanto, qualora la controversia sia instaurata davanti a un giudice "derogato", questi dovrà sospendere il processo, poiché ha a che fare con un accordo contemplato dall'art. 23, c. 3, Reg. In tal modo il giudice "prorogato" innanzi al quale sia proposta la medesima domanda potrà conoscere sia della validità ed efficacia *inter partes* della proroga, sia dell'efficacia del patto nei confronti del terzo alla stregua della *lex fori prorogati*, sia infine della medesima efficacia in base al diritto europeo. Se tutte queste verifiche diano un

¹⁹⁴ Anche in tal caso il problema assumerà pratica rilevanza solo qualora l'efficacia *ultra partes* di un accordo sulla giurisdizione sia disciplinata in maniera diversa dal diritto europeo e dalla *lex fori prorogati*.

¹⁹⁵ Diversa sembra invece la posizione di MARI, *Il diritto* cit., pp. 577 s., 675. L'Autore afferma che il presupposto soggettivo di applicabilità dell'(allora vigente) art. 17 Conv. deve essere valutato con riferimento alle parti del giudizio in cui rileva l'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione e non già in relazione a coloro che hanno originariamente stipulato il patto. Da ciò sembra si possa trarre che, in un caso quale quello contemplato nel testo, si dovrebbe – ad avviso dell'Autore – fare applicazione solo dell'art. 23 Reg. sia per verificare la validità dell'accordo sulla giurisdizione, sia per stabilirne la sua efficacia rispetto al terzo. Una simile conclusione appare però in netto contrasto con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Tilly Russ* (e ribadito in *Castelletti e Coreck*) ossia che, nel caso di successione nel rapporto controverso, la validità dell'accordo sulla giurisdizione deve essere verificata tra le parti originarie. Visto che qui dette parti hanno domicilio extraeuropeo, la validità del loro accordo dovrà essere valutata in base alla *lex fori prorogati* e non già sulla scorta dell'art. 23 Reg.

esito positivo, si apre la strada verso l'epilogo meritale della lite; altrimenti verrà dichiarato il difetto di giurisdizione e potrà allora essere "riattivato" il giudizio straniero in cui non avrà più alcun rilievo l'accordo stipulato dalle parti originarie del rapporto, la cui operatività *in casu* è stata già negata dal giudice "prorogato".

Qualora sia adito il giudice "prorogato", a questi spetterà effettuare il triplice vaglio già ricordato e, nel caso di riscontro positivo, dichiarare la *potestas iudicandi* sulla controversia del terzo. Nell'ipotesi opposta dovrà chiudere in rito il processo, permettendo così alle parti di proporre la stessa domanda davanti a uno dei giudici (solo apparentemente) derogati, senza lo sbarramento della litispendenza e senza che in questo nuovo giudizio possa in alcun modo venire in discussione l'efficacia del patto sulla giurisdizione, oramai definitivamente esclusa dal giudice "prorogato".

16. *L'approvazione del terzo in ordine a un accordo sulla giurisdizione ex art. 23/25 Reg. concluso inter alios. Essa deve ritenersi ammissibile alla luce delle sentenze Coreck e Refcomp e perciò sufficiente a determinare l'efficacia dell'accordo rispetto al terzo*

Si sono passate in rassegna le varie ipotesi in cui il diritto europeo riconosce agli accordi sulla giurisdizione *ex art. 23/25 Reg* una efficacia *ultra partes*, cui si dovrà aggiungere quella trattata nel prossimo capitolo, relativo all'efficacia della *electio fori* nei confronti del successore. Vi è ora da chiedersi se, ove si debba escludere un ampliamento dell'ambito soggettivo dell'accordo, un patto concluso *inter alios* in ordine (anche) a posizioni giuridiche processuali di un terzo possa divenire efficace in virtù di una manifestazione di volontà di quest'ultimo che – come già veduto nell'ottavo paragrafo – deve giuridicamente definirsi come approvazione.

La Corte di giustizia ha già affermato ciò in due distinte occasioni. Nel caso *Coreck* si doveva stabilire se una clausola di *electio fori*, contenuta in una polizza di carico e valida nei rapporti tra caricatore e vettore, estenda sempre la propria efficacia anche al prenditore della polizza stessa. I giudici del Lussemburgo, richiamando la precedente sentenza *Tilly Russ*¹⁹⁶, hanno affermato che una simile efficacia deve ammettersi ove il prenditore, con l'acquisto della polizza, sia subentrato nei diritti e obblighi del caricatore in

¹⁹⁶ Corte di giustizia, 19 giugno 1984, C-71/83, *Partenreederei ms. Tilly Russ* cit.: la sentenza sarà ampiamente esaminata *infra* nel cap. V, §§ 8 s.

base al «diritto nazionale applicabile»; ove invece un simile subentro non si verifichi occorre accertare se il terzo abbia consentito alla clausola nel rispetto dei requisiti formali richiesti per gli accordi sulla giurisdizione¹⁹⁷.

Nel già considerato caso *Refcomp*, il *Kirchberg* era chiamato a risolvere la questione se la clausola sulla giurisdizione, pattuita tra venditore e compratore di un bene, sia opponibile al subacquirente che eserciti l'azione diretta nei confronti del venditore, chiedendo il risarcimento del danno cagionato dai vizi della *res vendita*. Dopo aver escluso che qui potesse operare una qualche eccezione alla regola della relatività degli accordi sulla giurisdizione, la Corte di giustizia ha stabilito che la clausola non produce effetti nei confronti del subacquirente, salvo che questi non abbia consentito alla *electio fori* in una delle forme previste dall'art. 23 Reg.¹⁹⁸.

In ambedue le sentenze non emerge espressamente se il consenso del terzo sia contestuale o successivo alla pattuizione dell'accordo sulla giurisdizione. Vi è tuttavia da notare che, al momento di siffatta pattuizione, il terzo non è ancora, rispettivamente, prenditore della polizza o subacquirente del bene e non avrebbe dunque alcun senso una sua adesione alla clausola. Pertanto la Corte di giustizia non poteva che riferirsi a un consenso del terzo successivo all'*electio conclusa inter alios*.

I giudici del Lussemburgo non precisano se l'accordo sulla giurisdizione, cui il terzo ha prestato il proprio consenso, debba avere a oggetto anche le azioni di cui è titolare il terzo stesso. Ciò deve ritenersi necessario, altrimenti l'adesione del terzo all'accordo non potrebbe produrre alcun vincolo a suo carico nell'esercizio di un'azione non rientrante nell'oggetto dell'accordo medesimo. Nel caso *Coreck*, si può tuttavia ritenere giustificato – come si vedrà nel prossimo capitolo¹⁹⁹ – che il *Kirchberg* abbia stabilito altresì una presunzione relativa che caricatore e vettore abbiano voluto ricomprendere nella loro *electio*, documentata nella polizza di carico, altresì le azioni di cui è titolare il prenditore. Presunzione che invece non può in alcun modo giustificarsi nel caso *Refcomp*, con la conseguenza che l'adesione del subacquirente del bene potrà determinare l'operatività della clausola sulla giurisdizione rispetto all'azione diretta soltanto se si prova che la volontà prorogatoria

¹⁹⁷ Corte di giustizia, 9 novembre 2000, C-387/98, *Coreck Maritime GmbH* cit., nn. 26 s.: sulla pronuncia v. *amplius infra*, cap. V, § 10.

¹⁹⁸ V. Corte di giustizia, 7 febbraio 2013, C-543/10, *Refcomp spa* cit., n. 41: sulla pronuncia si rinvia *infra* al cap. VI, § 4.

¹⁹⁹ Precisamente al § 10.

del venditore e del primo acquirente abbia avuto riguardo anche a tale azione²⁰⁰.

Si può allora affermare che la Corte di giustizia ha in due occasioni ammesso che il consenso del terzo sia sufficiente a rendere efficace nei suoi confronti un accordo sulla giurisdizione concluso *inter alios* (e – verrebbe fatto di aggiungere – relativo a posizioni giuridiche processuali del terzo stesso). Siamo allora di fronte a una vera e propria approvazione del terzo, che i giudici del Lussemburgo hanno ritenuto ammissibile senza aver specifico riguardo alle peculiarità dei casi su cui si dovevano pronunciare e che dunque potrà essere riconosciuta in ogni ipotesi in cui venga in rilievo un accordo sulla giurisdizione *ex art. 23/25 Reg.*

Tale approvazione opererà sia ove l'*electio fori* abbia ad oggetto azioni su rapporti plurisoggettivi (per cui è prescritto il litisconsorzio necessario), consentendo così al litisconsorte necessario pretermesso di rendere efficace l'accordo *inter pauciores*; sia ove il patto riguardi azioni su rapporti bilaterali e sia concluso da uno dei prospettati titolari del rapporto e da un terzo: in questa ipotesi sarà possibile all'altro prospettato titolare che non ha partecipato all'accordo renderlo efficace rispetto alle proprie azioni per mezzo di una manifestazione di volontà.

L'approvazione dovrà esser compiuta in una delle forme prescritte dall'art. 23/25 Reg.²⁰¹ e potrà anche essere contenuta in un atto processuale: più in particolare, nell'atto introduttivo del giudizio che il terzo instaura davanti al giudice eletto, o nel primo atto difensivo con cui il terzo medesimo, convenuto nel processo, eccepisce il difetto di competenza giurisdizionale sulla base di un *exclusive jurisdiction agreement* a favore del giudice di un altro Stato della UE. In entrambe le ipotesi, questi atti dovranno essere sottoscritti anche dal terzo, in modo che la sua approvazione soddisfi il debito requisito formale, salvo che la procura alle liti non attribuisca al difensore

²⁰⁰ Su ciò v. anche *infra*, cap. VI, § 3.

²⁰¹ Diversa è l'ipotesi del terzo, domiciliato al di fuori dell'Unione, che approva un accordo a favore del giudice italiano concluso tra parti di cui una soltanto con domicilio europeo, al fine di rendere efficace il patto rispetto alle liti tra sé e la parte priva di domicilio in Europa. L'accordo e l'approvazione – attenendo a controversie tra soggetti entrambi con domicilio al di fuori dei confini dell'Unione – saranno retti dall'art. 4, c. 1, l. n. 218/1995 e dovranno perciò rispettare i più stringenti requisiti formali (ove non si accolga la posizione ricordata *infra*, cap. V, § 11, nota 109) stabiliti da questa norma. Una simile soluzione varrà finché non entri in vigore il novellato Regolamento Bruxelles I, n. 1215/2012, il cui art. 25 non prevede più limiti soggettivi di applicazione e dunque disciplinerà la validità ed efficacia sia dell'accordo tra le parti, sia dell'approvazione del terzo.

il potere rappresentativo in ordine all'approvazione dell'accordo sulla giurisdizione. Si deve invece escludere che l'atto sottoscritto dal solo difensore possa integrare uno dei tre alternativi requisiti di forma stabiliti dalla norma europea: si tratta infatti di un comportamento concludente, da cui dovrebbe trarsi la volontà del terzo di approvare l'accordo pattuito *inter alios*. A una simile condotta si potrebbe dare rilievo *ex art. 23/25, c. 1, lett. c*, solo se esistesse un uso commerciale internazionale in tal senso. Ciò deve tuttavia escludersi perché i comportamenti cui tali usi si riferiscono hanno luogo – appunto – nell'ambito del commercio internazionale e dunque in via stragiudiziale²⁰² e non possono perciò consistere in condotte processuali.

In mancanza di ulteriori specificazioni, l'approvazione avrà di regola il medesimo oggetto dell'accordo sulla giurisdizione cui è relativa. In caso contrario – come nella già veduta ipotesi degli accordi sulla giurisdizione (anche) a favore del terzo²⁰³ – una efficacia parziale del patto è possibile solo ove risulti una volontà delle sue parti originarie in tal senso.

17. Sintesi

Procediamo ora a riassumere quanto acquisito in questo capitolo, ove si è determinato quando un accordo possa avere efficacia nei confronti delle parti che l'hanno concluso e dei terzi a questo estranei.

Quanto alla prima questione, si è dimostrato che le parti possono concludere un accordo – *ex art. 4 l. n. 218/1995 o 23 Reg.* – efficace nei loro confronti solo se sono titolari della azione e della *Gerichtspflichtigkeit* che ne costituiscono l'oggetto e pertanto solo se si affermano titolari, attive o passive, del rapporto cui le azioni sono relative. Si è invece escluso che il sostituto processuale possa convenire un patto con effetti anche solo rispetto all'azione di cui è titolare, senza che a questo partecipi pure il legittimato ordinario ad agire. Al contrario, l'accordo stipulato da quest'ultimo vincolerà pure il legittimato straordinario che non vi abbia partecipato, ove questi eserciti l'azione a lui eccezionalmente attribuita dall'ordinamento. Con riguardo agli

²⁰² La Corte di giustizia ha infatti affermato che «esiste un uso nel settore commerciale interessato quando [...] un determinato comportamento è generalmente e regolarmente osservato dagli operatori in tale settore *in sede di stipula di contratti* di un determinato tipo» (Corte di giustizia, 20 febbraio 1997, C-106/95, *MSG cit.*, n. 23; Corte di giustizia, 16 marzo 1999, C-159/97, *Trasporti Castelletti cit.*, n. 26).

²⁰³ V. *supra*, § 11, in fine.

accordi relativi ad azioni su rapporti plurisoggettivi, si è ritenuta in generale necessaria la partecipazione ad essi dei plurimi (prospettati) titolari solo qualora la *lex fori* prescriva il litisconsorzio necessario *secundum tenorem rationis*.

In ordine agli effetti degli accordi sulla giurisdizione rispetto ai terzi, si è distinto il caso della mera efficacia *ultra partes*, che si ha allorché un patto avente ad oggetto l'azione altrui è reputato efficace nei confronti del titolare di tale azione; da quello dell'efficacia *ultra partes et voluntatem partium*, la quale comporta altresì l'estensione dell'accordo ad un'azione altrui, non ricompresa nel raggio della volontà negoziale delle parti.

Entrambe le ipotesi sono tipiche, avendo qui a che fare con delle deroghe a dei principi fondamentali in materia di negozio giuridico, quale il principio di relatività (di cui la Corte di giustizia, nel recente caso *Refcomp*, ha affermato la vigenza nel diritto europeo con riguardo agli accordi sulla giurisdizione) e quello per cui gli effetti del negozio sono (solo) quelli stabiliti e voluti dalle sue parti.

In ordine agli accordi *ex art. 4 l. n. 218/1995*, queste ipotesi tipiche dovranno essere rinvenute nell'ambito della legge italiana attraverso il ricorso all'*analogia legis*, data la mancanza di una espressa disciplina in tema di efficacia *ultra partes* dei patti sulla giurisdizione. Così, in applicazione analogica dell'art. 808, c. 3, ultima parte, c.p.c., si potrà affermare che la clausola sulla giurisdizione relativa a un contratto che produce effetti nella sfera di un terzo esplica la propria efficacia anche in ordine alle azioni relative agli effetti contrattuali di cui il terzo medesimo è investito. Ciò, tuttavia, si dà solo se la clausola ricomprenda nel suo oggetto anche queste azioni. In tal modo si potrà agevolmente concludere che la clausola di scelta del foro che si riferisce a un contratto a favore del terzo, produce i propri effetti anche nei confronti del beneficiario.

Altra ipotesi "generale" di efficacia *ultra partes* di un patto sulla giurisdizione si dà allorché questo sia a favore del terzo. Ciò si verifica, però, nel solo caso di accordo di proroga istitutivo di un foro facoltativo che il solo terzo può adire in aggiunta a quelli normalmente muniti di giurisdizione. Qualora invece l'accordo di proroga preveda che anche la controparte del terzo, la quale ha concluso il patto, possa adire quel foro, si dovrà indagare se le parti hanno inteso i due effetti come tra loro disgiungibili: solo in questa ipotesi, infatti, in forza dell'applicazione analogica dell'art. 1419, c. 1, c.c., si potrà affermare che l'accordo produce l'effetto favorevole al terzo, ma non anche quello sfavorevole; in caso contrario si dovrà negare ogni rilevanza alla convenzione *inter alios* rispetto alle azioni del terzo. Si deve invece negare che

un accordo di deroga alla giurisdizione possa produrre effetti favorevoli al terzo.

Si è poi trattato del caso della clausola sulla giurisdizione “contenuta” in uno statuto societario. In quest’ambito, si sono individuate tre differenti ipotesi di efficacia nei confronti dei terzi e, segnatamente, dei soci che non hanno dato il loro specifico consenso alla clausola. Anzitutto, quella dell’efficacia rispetto ai soci assenti e dissenzienti di una clausola di scelta del foro introdotta nello statuto in forza di una deliberazione della maggioranza (semplice o qualificata), ammessa dalla *lex societatis* straniera (da non ritenersi per questo contraria all’ordine pubblico internazionale). Viene poi in rilievo il caso dell’efficacia della clausola nei confronti di colui che è *effettivamente* divenuto socio, per aver sottoscritto nuove azioni o quote. Infine vi è il caso dell’efficacia della *electio fori* statutaria nei confronti del (pure soltanto) prospettato successore nello *status* di socio, per atto tra vivi o per causa di morte.

Passando agli accordi contemplati nel sistema di Bruxelles, si sono individuate tre autonome regole europee in tema di efficacia *ultra partes* dell’*electio fori*.

La prima si ricava dall’art. 13, c. 1, n. 2, Reg. (e dalla sentenza *Gerling*), ove si stabilisce che la clausola sulla giurisdizione, pattuita dalle parti del contratto di assicurazione, produce effetti favorevoli nei confronti del terzo beneficiario dell’assicurazione medesima. Da questa norma si può dedurre una più generale regola in ordine all’efficacia di un accordo sulla giurisdizione a favore del terzo, ossia di un accordo che stabilisca un foro facoltativo in cui il solo terzo possa convenire in giudizio una o entrambe le parti. Qualora si abbia poi a che fare con un patto che preveda un foro facoltativo che può essere adito sia dalle parti che dal terzo, ci si dovrà chiedere se le prime hanno inteso i due effetti come tra loro disgiungibili: solo se si risponde positivamente a tale questione, si potrà affermare che l’accordo produce l’effetto favorevole al terzo, ma non anche quello sfavorevole; in caso contrario si dovrà escludere l’efficacia del patto rispetto alla azione e alla *Gerichtspflichtigkeit* del terzo.

La seconda ipotesi è contemplata dall’art. 23/25, c. 4, Reg., che estende al *trustee* e al beneficiario del *trust* la scelta del giudice competente, compiuta dal solo *settlor* nell’atto (unilaterale) costitutivo del *trust* stesso.

Il terzo caso è stato sancito dalla sentenza *Powell Duffryn*, con cui il *Kirchberg* ha stabilito l’efficacia nei confronti di tutti i soci della clausola statutaria sulla giurisdizione, sicché in quest’ambito è ravvisabile un perfetto

parallelismo tra la disciplina riservata ai patti “interni” e quella preveduta per gli accordi “europei”.

Ci si è poi chiesti se, al di fuori di queste tre ipotesi (e di quella che sarà esaminata nel prossimo capitolo), si possa ammettere l'operare della *lex fori prorogati*, quale legge chiamata a colmare le lacune di disciplina degli accordi sulla giurisdizione ex art. 23/25 Reg. Nonostante la Corte di giustizia, nella recente sentenza *Refcomp*, sembri recisamente negarlo, si è preferito giustificare la posizione dei giudici del Lussemburgo alla luce del caso su cui si dovevano pronunciare, ove una efficacia *ultra partes* dell'accordo avrebbe condotto a un risultato contrario al principio di prevedibilità del foro per il terzo, da cui non era esigibile la conoscenza della clausola sulla giurisdizione pattuita *inter alios*. Si è dunque ritenuto possibile il richiamo della *lex fori prorogati*, purchè questa ammetta l'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione rispetto a un terzo che ragionevolmente ne possa avere conoscenza. Si sono allora applicati i risultati raggiunti al contratto a favore del terzo, chiedendosi se la clausola ad esso relativa potesse esplicitare i suoi effetti nei confronti del beneficiario. In questo caso – in mancanza di pronunce dei giudici del Lussemburgo – è da escludere l'esistenza di una autonoma norma europea (al di fuori di quella che ammette un accordo sulla giurisdizione a favore del terzo) e si deve lasciare la soluzione della questione alla *lex fori prorogati*. Ove venga in rilievo una clausola a favore del giudice italiano dovrebbe allora ammettersi l'efficacia rispetto al terzo beneficiario, in ragione dell'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c., purchè la clausola ricomprenda nel suo oggetto la azione e la *Gerichtspflichtigkeit* del terzo. Esito questo che non deve ritenersi contrario al principio di prevedibilità del foro per il terzo, da cui è sicuramente esigibile la conoscenza della clausola di scelta del foro.

Si è considerato poi il caso in cui la controversia del terzo, rispetto alla quale si pone la questione dell'efficacia dell'accordo pattuito *inter alios*, fuoriesce dall'ambito soggettivo di applicazione della norma (nazionale o europea) che riconosce il patto in concreto rilevante. Si è concluso che l'efficacia rispetto al terzo potrà ammettersi solo se riconosciuta sia dal diritto europeo, sia dalla legge regolatrice di un accordo sulla giurisdizione “municipale”.

Al di fuori dei casi di efficacia *ultra partes* degli accordi sulla giurisdizione, sia il diritto italiano che quello europeo ammettono sempre l'approvazione del terzo, ossia una manifestazione di volontà con cui questi rende efficace nei suoi confronti il patto *inter alios* (o *inter pauciores*, nel caso di rapporti plurisoggettivi) relativo (anche o solo) alla sua azione e *Gerichtspflichtigkeit*.

Capitolo Quinto

Gli accordi sulla giurisdizione nei confronti del successore nel rapporto controverso

1. Posizione del problema. La questione dell'efficacia di un accordo sulla giurisdizione ex art. 4 l. n. 218/1995 nei confronti del successore. La tesi dell'efficacia basata sull'accessorietà degli accordi sulla giurisdizione e, dunque, sulla loro autonomia soltanto "relativa". Critica

Nel precedente capitolo si sono individuate varie ipotesi in cui gli accordi sulla giurisdizione esplicano efficacia rispetto a soggetti diversi dalle parti che li hanno conclusi. Con ciò tuttavia non si è esaurito il tema degli effetti *ultra partes* di tali patti, poiché rimane ancora da considerare se essi possano vincolare anche il terzo successore nel rapporto controverso¹. Ci si riferisce, più in particolare, al caso in cui, dopo che le parti hanno concluso un accordo sulla giurisdizione, in ordine alle azioni relative a un determinato rapporto giuridico, un terzo succeda nella titolarità attiva o passiva di tale rapporto. La domanda che ci si pone è se un simile accordo espliciti i suoi effetti pure nei confronti di tale soggetto, con la conseguenza che ogni azione relativa al rapporto in cui questi è succeduto debba essere proposta davanti al giudice

¹ Il termine "successione nel rapporto controverso" potrebbe essere causa di confusione, per cui vale la pena di effettuare alcune precisazioni in ordine al suo utilizzo. Esso, anzitutto, è impiegato per sottolineare la circostanza che non è affatto sicuro se, sul piano sostanziale, si sia effettivamente verificata una successione nel rapporto giuridico le azioni sul quale sono oggetto dell'accordo sulla giurisdizione. Il termine non sta, invece, a indicare che tale rapporto sia stato dedotto in giudizio prima dell'affermata successione (non è dunque utilizzato nel significato fatto proprio dalla rubrica dell'art. 111 c.p.c.) e neppure che la controversia (stragiudiziale) circa la sussistenza del rapporto sia sorta prima della successione: può infatti darsi benissimo che questa sia nata soltanto dopo la successione, esclusivamente tra il successore e la parte che "subisce" l'evento successorio. Pertanto l'espressione "nel caso di successione nel rapporto controverso" null'altro significa se non "nel caso in cui venga prospettata (in positivo o negativo, ossia per affermarla o negarla) la successione di un terzo in un (prospettato) rapporto giuridico".

prorogato e non invece nei fori eventualmente derogati. Questo capitolo è volto appunto a rispondere a quest'interrogativo, considerando anzitutto gli accordi previsti dall'art. 4 l. n. 218/1995 e poi gli accordi *ex art. 23/25 Reg.*

Si deve subito sottolineare che nella prima parte del capitolo (ossia nei paragrafi dal primo al settimo), ci si interrogherà soltanto sulla possibilità di affermare l'efficacia nei confronti del successore dei patti di cui all'art. 4 l. n. 218/1995 in base a ragioni "meramente interne" all'ordinamento italiano, *inteso come separato dal diritto europeo*. Solo in un secondo momento, dopo aver risolto la questione nel contesto del sistema di Bruxelles, ci si chiederà – al paragrafo dodicesimo – se la soluzione attinta in ambito europeo, possa condurre a mutare quella "provvisoriamente" accolta sul piano nazionale.

La legge italiana, nella sua veste di legge regolatrice^{2 3}, è chiamata a determinare se esista una regola, che sancisce l'efficacia dei patti riconosciuti dall'art. 4 l. n. 218/1995 nei confronti del successore nel rapporto controverso.

² Nel caso di accordi compromissori a favore di arbitro estero non necessariamente la questione dell'efficacia nei confronti del successore sarà disciplinata dalla legge italiana: in questo campo non opera infatti la *lex fori*, ma quella (implicitamente) stabilita dalla Convenzione di New York (v. *supra* Cap. III, § 2, nota 19). Più in particolare, viene in rilievo l'art. V, c. 1, lett. a, Conv., nella parte in cui richiama in ordine alla capacità delle parti la legge a queste applicabile: deve infatti ritenersi che tale norma operi in ordine ad ogni questione attinente ai profili soggettivi degli accordi arbitrali (v. *supra* Cap. III, § 2, nota 19, ove si esclude che tali questioni rientrino invece nell'ambito della validità degli accordi arbitrali e siano quindi disciplinate dalla legge scelta dalle parti o, in mancanza, da quella dello Stato ove il lodo verrà pronunciato) e perciò anche a quella della loro efficacia nei confronti del successore. Come già visto in ordine al più generale problema degli effetti rispetto al terzo dell'accordo a favore di arbitro estero, un "adeguamento" della norma convenzionale conduce ad affermare l'operatività della legge "applicabile al terzo", ossia della legge che disciplina la posizione del terzo medesimo rispetto al rapporto sostanziale, le controversie sul quale sono state compromesse in arbitri (v. *supra* Cap. IV, § 4, nota 34). Nel caso di terzo successore sarà allora applicabile la legge che disciplina il trasferimento del rapporto a tale soggetto (nel medesimo senso, pur ritenendo che la questione sia soggetta ai singoli diritti nazionali e non trovi una soluzione uniforme nella Convenzione di New York, v. SCHLOSSER, *Das Recht* cit., p. 323; ID., in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., sub Anhang § 1061, Art. II UNÜ, p. 644; HAUSMANN, *Schiedsvereinbarungen*, cit., pp. 2122 s.; nella dottrina italiana v. MURONI, *La successione nella res litigiosa nell'arbitrato rituale interno e con profili di internazionalità: analisi retrospettiva dell'ultimo comma del nuovo art. 816-quinquies c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 929, che, nel caso di accordo a favore di arbitro interno con profili di internazionalità, afferma l'operatività della legge che disciplina la successione nel rapporto sostanziale, sulla base della natura «strettamente sostanziale» della questione; nel senso invece che operi la legge applicabile all'accordo arbitrale SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 471; OLG Düsseldorf, 11 luglio 1995, in *RIW*, 1996, 239; così, nella giurisprudenza inglese, anche High Court, Queen's Bench Division, Commercial Court, 21 marzo 2005, *West Tankers Inc v Ras*

Nel nostro ordinamento non è ravvisabile alcuna norma che espressamente si occupi della questione, né rispetto agli accordi sulla giurisdizione, né in ordine ai negozi compromissori. Nondimeno si registrano delle posizioni volte ad ammettere, l'efficacia delle convenzioni arbitrali rispetto al successore nella situazione giuridica controversa, posizioni che, nella dottrina tedesca, hanno assunto un più ampio grado di generalità, essendo state espresse con riguardo a tutti i *Prozessverträge*. Conviene allora esaminarle nel dettaglio perché se una di queste dovesse ritenersi accoglibile, potrebbe essere invocata anche nel campo degli accordi sulla giurisdizione.

L'efficacia degli patti compromissori e, più in generale, degli accordi processuali nei confronti del successore è stata per lo più spiegata configurando il fenomeno come una successione negli effetti dell'accordo medesimo e, più in particolare, ricollegando tale successione al trasferimento del rapporto giuridico sostanziale cui il patto processuale si riferisce. Come sia possibile che il subentro in una posizione giuridica sostanziale conduca altresì al subingresso negli effetti del negozio processuale, attinente alle liti su tale posizione, è stato spiegato in due differenti maniere: la prima – quella di gran lunga più diffusa – sarà esaminata in questo paragrafo, della seconda si tratterà invece nel successivo.

L'orientamento che ha ricevuto i maggiori consensi afferma la successione del terzo negli effetti, in generale, del *Prozessvertrag* o, in particolare, della convenzione arbitrale (e, più precisamente, di quella sua *species* che è la clausola compromissoria), configurando l'effetto discendente da tali negozi come un accessorio⁴, una “modificazione” del rapporto sostanziale le contro-

Riunione Adriatica di Sicurtà Spa and Generali Assicurazioni Generali Spa, [2005] EWHC 454 (Comm), [2005] 2 All ER (Comm) 240, [2005] 2 Lloyd's Rep 257, in un caso in cui era stata chiesta una *anti-suit injunction* nei confronti dell'assicuratore surrogatosi *ex art.* 1916 c.c. nel diritto risarcitorio le liti sul quale erano state compromesse in arbitri. Il giudice inglese ha affermato che la questione se l'*obligation to arbitrate* nascente da un accordo compromissorio si trasferisca al successore deve essere risolta alla stregua della *proper law* dell'*arbitration agreement* che, *in casu*, era la legge inglese).

³ Non avrà rilievo a tali fini il fatto che le parti abbiano scelto una legge regolatrice del loro accordo diversa da quella italiana. Simile scelta attiene alle sole questioni relative alla validità dell'accordo (così come intesa dall'art. V, c. 1, lett. a, Conv. New York) tra le quali non dovrebbe rientrare quella della efficacia *ultra partes* dei patti sulla giurisdizione (v. nota precedente).

⁴ G. WAGNER, *Prozessverträge*, cit., p. 307, parla di «prozessuale Inhalts- bzw. Nebenbestimmungen des materiellen subjektiven Rechts». Nella dottrina italiana, nel senso che la clausola compromissoria sia accessoria rispetto al contratto cui si riferisce v. SALVANESCHI, *L'arbitrato* cit., pp. 90 s.; RESCIGNO, *Arbitrato* cit., pp. 23 ss.

versie sul quale sono oggetto dell'accordo⁵, e affermando l'operatività delle specifiche norme sostanziali, che regolano le diverse ipotesi di successione, tutte espressione del principio per cui *accessorium sequitur principale*⁶.

⁵ Cfr. NEUNER, *Privatrecht und Prozeßrecht*, p. 116; similmente SOEHRING, *Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozessverträgen*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968, pp. 47 s.; ID., *Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozessverträgen*, in *NJW*, 1969, pp. 1094 s. parla di modificazione del contenuto processuale dell'*Anspruch*; BLOMEYER, *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren*, 2. Aufl., Berlin, 1985, pp. 178 s. qualifica il *Prozessvertrag* come *prozessuale Belastung* del diritto sostanziale; con riguardo all'accordo arbitrale MASSURAS, *Dogmatische Strukturen* cit., pp. 102 s. parla di "modalità", "proprietà" (*Eigenschaft*) (così anche SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 72 e, nella giurisprudenza, BGH, 2 marzo 1978, in *NJW*, 1978, p. 1585), modificazione del diritto compromesso in arbitri; MARICONDA, *Cessione* cit., p. 1590, definisce la clausola arbitrale come una qualità del credito che trova fondamento nel contratto in cui è contenuta; nello stesso senso MAYER, *Les limites* cit., p. 363.

⁶ V., nella dottrina italiana, SALVANESCHI, *L'arbitrato* cit., pp. 92 ss.; FESTI, *La clausola* cit., p. 249 ss.; BENATTI, *Sulla circolazione* cit., p. 15 ss.; CARLEO, *Le vicende soggettive* cit., p. 65 ss.; MARICONDA, *Cessione* cit., pp. 1588 ss.; CECHELLA, *Il contratto d'arbitrato*, cit., pp. 68 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, cit., sub art. 808, p. 244; VECCHIONE, *L'arbitrato* cit., pp. 339 s. Relativamente alla cessione del contratto cfr. RESCIGNO, *Arbitrato* cit., p. 29; MARINI, *Note* cit., pp. 417 s. Va rilevato che in vari Autori si nota una certa incongruenza, almeno nell'ipotesi di cessione del contratto, laddove precisano che l'esigenza di un specifico consenso del cessionario deve ritenersi assolta *per relationem*, attraverso la dichiarazione produttiva dell'efficacia del contratto per il terzo (v., in tal senso, RESCIGNO, *Arbitrato* cit., p. 29; MARINI, *Note* cit., p. 418; BENATTI, *Sulla circolazione* cit., p. 16; FESTI, *La clausola* cit., p. 268, in ordine alla sola cessione del contratto). Una simile affermazione è però in contrasto con quella dell'automatico trasferimento degli effetti della clausola compromissoria, perché se vi è il consenso del successore all'accordo compromissorio che si "salda" con quello espresso, sempre nel negozio trilatero di cessione, dal contraente ceduto, questi non è più terzo rispetto alla convenzione arbitrale, ma parte, per cui non ha più alcun senso parlare di efficacia *ultra partes* della convenzione arbitrale. Se invece si ammette il trasferimento automatico degli effetti della clausola, nessun consenso da parte del successore risulta necessario. Altri autori ritengono poi che, qualora l'evento successorio prescindere da una dichiarazione di volontà del successore, il trasferimento degli effetti della clausola compromissoria sarebbe automatico; in caso contrario, invece, occorrerebbe una specifica manifestazione di volontà dell'avente causa, perché l'accordo arbitrale espliciti effetti nei suoi confronti (cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., sub art. 808, p. 786; PUNZI, *Disegno* cit., II, pp. 115 s., che reputa necessari sia una «manifestazione di consenso di tutti i soggetti la cui volontà condiziona il perfezionamento dell'accordo modificativo», sia «il rispetto della forma scritta richiesta dagli artt. 807, 808 e 808 bis c.p.c.»). Vien fatto però di dubitare della coerenza di una simile posizione. Avendo, infatti, in ogni caso a che fare con le medesime posizioni giuridiche, ossia con gli effetti dei negozi compromissori, sempre uguali dovrebbero essere i presupposti cui è subordinato il trasferimento: per cui, o si ammette sempre l'automatica successione negli effetti della convenzione arbitrale o si ritiene sempre necessario, a tal fine, uno specifico consenso da parte del successore. Non si può invece affermare un differente regime a seconda del tipo di vicenda successoria subita dalla posizione sostanziale oggetto dell'accordo arbitrale.

Una simile configurazione degli effetti degli accordi processuali è da respingere perché contraria alla già dimostrata autonomia di questi rispetto alle situazioni giuridiche sostanziali le controversie sulle quali sono oggetto di tali accordi. L'autonomia, infatti, esclude in radice la sussistenza di un legame di accessorietà, che possa rappresentare il presupposto applicativo della regola per cui *accessorium sequitur principale*.

Non è un caso, infatti, che la dottrina italiana che ha ritenuto la clausola compromissoria efficace nei confronti del successore, si è impegnata a elaborare una concezione “relativizzata” della autonomia di tale clausola⁷.

Nella dottrina francese v. MAYER, *Les limites* cit., p. 363; GOUTAL, *L'arbitrage et le tiers. I. Le droit des contrats*, in *Rev. arb.*, 1988, pp. 444 ss.; nella dottrina tedesca cfr., oltre agli Autori citati nelle due precedenti note, con riguardo ai *Prozessverträge* in generale, H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik* cit., pp. 112 ss.; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., pp. 350 s.; con riguardo agli accordi arbitrali, AHRENS, *Die subjektive Reichweite* cit., pp. 93 ss.; SCHLOSSER, *Das Recht* cit., pp. 326 s.; ID., in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 9, cit., § 1029, pp. 405 ss.

Per la giurisprudenza italiana v., in ordine alla efficacia dell'accordo arbitrale nel caso di cessione del credito: Cass., 17 settembre 1970, n. 1525, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1565; Cass., 29 luglio 1964, n. 2161, in *Giur. it.*, Mass., 1964, p. 720; relativamente alla cessione del contratto v. Cass., 21 giugno 1996, n. 5761, in *Riv. arb.*, 1996, p. 699, con nota sostanzialmente adesiva di CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*; Cass., 16 febbraio 1993, n. 1930, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2333, con nota adesiva di BUCCINI, *Cessione del contratto e compromesso arbitrale*; Cass., 14 febbraio 1979, n. 965, in *Foro it.*, *Rep.*, 1979, voce *Arbitrato*, n. 46. Va però rilevato che questa posizione, favorevole all'efficacia nei confronti del successore della clausola pattuita dal dante causa, sembra essere stata abbandonata dalla giurisprudenza di legittimità dopo il *revirement* di Cass., sez. un., 17 dicembre 1998, n. 12616, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2979 (seguita da ulteriori pronunce della S.C., su cui v. *infra*, nota 8). Il vecchio orientamento pare, invece, ancora “tenere” rispetto al cessionario d'azienda, che – ad avviso di Cass., 28 marzo 2007, n. 7652, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1227, con nota di ROCCHIO, *Circolazione della clausola compromissoria e cessione d'azienda* – subentra *ipso iure* nella clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato dal cedente per l'esercizio dell'azienda. Nella giurisprudenza tedesca in ordine all'efficacia rispetto al successore dell'accordo arbitrale BGH, 2 marzo 1978, in *NJW*, 1978, p. 1585; BGH, 20 marzo 1980, in *NJW*, 1980, p. 2022.

⁷ Si rinvia al primo volume, cap. I, § 8. Analogamente, nella dottrina tedesca, MASSURAS, *Dogmatische* cit., pp. 101 ss. sostiene che la *Unabhängigkeit* della clausola arbitrale dal contratto ha rilievo nel giudizio di validità della clausola (nonché nella determinazione della legge a questa applicabile) e non invece con riguardo alla efficacia nei confronti dei terzi. Un simile rilievo non è però così consueto in Germania, probabilmente perché l'autonomia degli accordi processuali, pur emersa talora in dottrina (J. Kohler, Kisch, Schwab, tutti citati nel primo volume, cap. I, § 8, nota 206) non si è imposta, non essendo stata di regola impiegata – escluse le appena ricordate eccezioni – per risolvere il problema del rapporto tra nullità del contratto e nullità dell'accordo processuale che a questo si riferisce, venendo invece all'uopo invocato il § 139 BGB sulla *Teilnichtigkeit*.

Tuttavia, come si è già considerato nel primo volume di questo studio, una simile concezione non può essere accolta e deve invece (ri)afferinarsi che l'autonomia è un dato strutturale avente una valenza generale e non limitata a determinati fini e, più in particolare, deve intendersi sia come autonomia dell'atto-accordo rispetto all'atto-contratto, sia come autonomia degli effetti dell'atto rispetto alle situazioni giuridiche (per solito di fonte contrattuale) le azioni sulle quali sono oggetto dell'accordo.

In conclusione l'autonomia esclude la validità della premessa da cui prende le mosse l'orientamento qui in esame: quella per cui gli effetti degli accordi processuali costituiscono un accessorio o una "modificazione" del diritto sostanziale⁸. In tal modo mina alla radice le conseguenze tratte in or-

⁸ Nel senso che la autonomia degli accordi arbitrali esclude l'efficacia degli accordi arbitrali rispetto al successore BOVE, *Processo arbitrale* cit., p. 788; ID., *La giustizia* cit., p. 48; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., pp. 188 s., rispetto alla cessione del contratto (ma non invece nel caso di cessione del credito: v. p. 190).

Circa il rilievo dell'autonomia in ordine alla questione dell'efficacia della clausola compromissoria rispetto al cessionario del credito v. Cass., sez. un., 17 dicembre 1998, n. 12616, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2979; Cass., 19 settembre 2003, n. 13893, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1583, con nota critica di MARICONDA, *Cessione* cit.; in *Riv. arb.*, 2004, p. 467 con nota critica di PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*. In queste due pronunce, la Suprema Corte ha affermato, da una parte e condivisibilmente, che il principio di autonomia della clausola compromissoria impedisce al cessionario del credito di opporre detta clausola al debitore ceduto; dall'altra parte e criticabilmente, che l'esigenza di tutela del debitore ceduto richiede che questi si possa avvalere della clausola nei confronti del cessionario. Una così postulata "circolazione a senso unico" della clausola compromissoria è stata criticata per la sua intrinseca contraddittorietà dalla dottrina quasi unanime (cfr., oltre alle già cit. note critiche, SALVANESCHI, *La cessione del credito trasferisce al cessionario anche la clausola compromissoria che accede al credito stesso*, in *Riv. arb.*, 2001, pp. 526 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., pp. 445 s.; EAD., in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., sub art. 806, p. 39; FESTI, *Cessione del credito e clausola compromissoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 241 ss.; GIORGETTA, *La Corte di cassazione torna a negare la legittimazione del cessionario del credito a far valere la clausola compromissoria per arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 653 ss. A quanto consta, solo una voce dottrinale ha ritenuto congruo l'esito attinto dalla Cassazione (ci si riferisce a CAVALLINI, *Il trasferimento* cit., pp. 481 ss.; ID., *Profili dell'arbitrato rituale*, Milano, 2005, pp. 140 ss.; ID., *L'arbitrato* cit., pp. 73 ss.), non però sulla base delle argomentazioni messe in campo dalla S.C., ma configurando la clausola stipulata tra cedente e ceduto come un accordo arbitrale "in formazione", che richiede per la sua perfezione una (nuova) manifestazione di volontà da parte del ceduto, esprimibile anche mediante la proposizione dell'*exceptio compromissi*. Non sarebbe, invece, necessario il consenso del cessionario, poiché questi «viene a trovarsi nella stessa posizione sostanziale del suo dante causa» ed è dunque già «vincolato all'accordo compromissorio da questo sottoscritto con il debitore» (CAVALLINI, *Il trasferimento* cit., p. 483; ID., *Profili* cit., p. 142; ID., *L'arbitrato* cit., p. 75). Si deve però rilevare che il "vincolo" cui si ritiene soggetto il cessionario è diverso da quello che gravava in capo al creditore originario in forza della clausola compromissoria, poiché questo

dine all'efficacia nei confronti del successore. Questa potrà essere affermata solo seguendo altre vie⁹.

non consiste nell'efficacia rispetto al cessionario stesso della clausola compromissoria, ma invece nella sua soggezione a una unilaterale manifestazione di volontà del ceduto volta a perfezionare un nuovo accordo arbitrale in ordine alle controversie col cessionario del credito. Ed è proprio la differenza di effetti che la clausola compromissoria – secondo la tesi in esame – esplicherebbe nei confronti del cedente e del cessionario, unita alla mancata giustificazione di ciò sulla scorta di un saldo e preciso fondamento normativo, diverso dalla generica esigenza di tutela del debitore ceduto estraneo all'atto di cessione, che rende una simile posizione di difficile accoglimento (va sottolineato che, nell'opera più recente tra quelle citate, l'Autore mostra qualche dubbio sulla tesi precedentemente accolta rilevando che, in ragione degli inconvenienti pratici cui dà luogo, «risulterebbe più opportuno – e più coerente con la piena valenza dell'autonomia della clausola – ritenere che nemmeno al debitore ceduto sia possibile opporre la clausola arbitrale al cessionario»: v. CAVALLINI, *L'arbitrato* cit., p. 75).

La S.C. in una sua successiva decisione (Cass., 1 settembre 2004, n. 17531, in *Corr. giur.* 2005, p. 1567, con nota critica di MARCONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: la Cassazione "evidentemente" si contraddice*) sembra esser tornata sui propri passi, affermando che neppure il ceduto può opporre al cessionario del credito la clausola conclusa con il cedente, senza peraltro menzionare e discutere il contrario orientamento appena esposto.

Meno netta è invece la posizione della più recente giurisprudenza di legittimità in ordine alla cessione del contratto: Cass., 22 dicembre 2005, n. 28496, in *Mass. Giur. it.*, 2005, c. 2124, ha infatti affermato che l'autonomia della clausola compromissoria «non comporta automaticamente la successione nella clausola compromissoria, ma non la esclude nemmeno in via di principio», più in particolare una simile successione si dovrebbe ammettere quando tra la clausola e il rapporto contrattuale ceduto sussista un collegamento tale che *simul stabunt vel simul cadent*.

⁹ G. WAGNER, *Prozessverträge*, cit., pp. 307 s., a favore dell'efficacia dei *Prozessverträge* nei confronti del successore ha invocato anche delle considerazioni di carattere *lato sensu* economico. L'Autore osserva che, ove si concluda un accordo processuale contestualmente e relativamente a un contratto, il contenuto di quest'ultimo e, in particolare, l'ammontare del corrispettivo viene determinato con riguardo altresì al tenore del pattuito accordo processuale. In quest'ottica sarebbe incongruo escludere il vincolo del successore – nel contratto o in una o più situazioni giuridiche da questo derivanti – all'accordo processuale concluso dal suo autore. Così, infatti, verrebbe a crearsi uno "squilibrio" rispetto alla situazione originariamente pattuita dalla parti, perché il corrispettivo, determinato avendo riguardo anche all'accordo processuale, rimarrebbe immutato, nonostante tale accordo non sia più operativo con riguardo a talune delle controversie nascenti dal contratto (segnatamente quelle tra successore e soggetto che "subisce" la successione). Sovvengono però le norme sostanziali in tema di successione (in Germania i §§ 1922 e 398 ss. BGB) che – ad avviso dell'Autore – sarebbero volte ad assicurare che la successione stessa non venga a pregiudicare l'equilibrio stabilito pattiziamente dalle parti col loro contratto e con gli accordi a questo complementari. Tali norme rispondono a una esigenza che si pone non solo allorché al contratto si accompagnino degli accordi con effetti sostanziali, ma altresì degli accordi processuali e dovranno perciò operare anche in quest'ultimo caso.

2. *La tesi dell'efficacia degli accordi nei confronti del successore, basata sul trasferimento del potere d'azione unitamente al diritto che esso è volto a tutelare. Critica*

Recentemente è stata proposta una differente tesi volta ad affermare la successione del terzo avente causa negli effetti della convenzione arbitrale, tesi sicuramente apprezzabile, sia perché assume quale propria premessa quella dell'autonomia degli accordi compromissori, sia perché si riferisce a qualsiasi specie di patto arbitrale e non soltanto alla clausola compromissoria¹⁰.

Tale tesi parte dalla premessa che la successione nel diritto sostanziale debba portare con sé, almeno tendenzialmente, la successione nell'azione¹¹. Questo perché, nonostante la pacifica autonomia dell'azione rispetto

Una simile argomentazione postula una funzione delle norme sostanziali sulla successione che non riesce però a spiegare perché queste operino anche con riguardo ad accordi (sostanziali o processuali) pattuiti successivamente alla conclusione del contratto, né quando oggetto di successione siano rapporti non aventi fondamento contrattuale. In tutte queste ipotesi non vi è in alcun modo la necessità di assicurare il perdurare dell'equilibrio stabilito dalle parti, vuoi perché tale equilibrio è stato originariamente definito prescindendo dall'accordo, essendo questo intervenuto successivamente, vuoi per la stessa insussistenza di un equilibrio pattizio. Non si può allora ascrivere una simile funzione alle norme invocate da Wagner, poiché appare inidonea a darne una compiuta spiegazione, ossia a giustificare l'operatività in tutte le fattispecie contemplate dalla loro lettera.

¹⁰ Si tratta della tesi sostenuta da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., pp. 414 ss.; EAD., in CARPI (a cura di), *L'arbitrato*, cit., sub art. 806, pp. 52 ss.

¹¹ All'uopo l'Autrice invoca la teoria di REDENTI, *Sul trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 78 ss., in base alla quale il trasferimento del diritto primario determinerebbe altresì il trasferimento dell'azione che da questo trae origine. Si deve però tener conto che Redenti concepisce l'azione come *ius quod sibi debeatur iudicio persequendi* e, dunque, come azione in senso concreto (v. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni e regole generali*, 2ª ed., Milano, 1957, pp. 47 ss.), non invece come azione in senso astratto (che potrebbe essere – se non identificata – almeno accostata a quella che, nel linguaggio di quest'Autore, è l'azione-pretesa: cfr. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 52). Pertanto, ove l'illustre Autore parla di trasferimento dell'azione, intende riferirsi non all'azione in senso astratto, ma a quella concreta. Talora si dovrebbe ritenere che il riferimento non sia neppure (soltanto) all'azione in senso concreto, ma addirittura a una posizione giuridica soggettiva di diritto sostanziale: così non soltanto ove si parla dell'azione revocatoria e delle azioni di impugnativa negoziale, si dovrebbe più correttamente riferire il discorso ai diritti potestativi sostanziali (cfr. in tal senso ALLORIO, *L'ordinamento* cit., p. 105, nota 157; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 132, nota 240; e la stessa E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., p. 413); ma anche ove si tratta dell'azione di rivendica e dell'azione di risarcimento per il danneggiamento di una cosa, il riferimento andrebbe piuttosto fatto al diritto alla consegna della cosa fondato sulla proprietà e al credito

al diritto, «il nesso genetico fra diritto primario ed azione, essendo altresì un nesso di scopo finale (tutela del diritto), permane come tale e manifesta, più o meno i suoi effetti anche nel seguito e cioè nelle possibili vicende dell'azione»¹².

Altra premessa fatta propria dalla posizione in esame è quella che la convenzione arbitrale ha l'effetto di costituire in capo alle parti il "diritto al processo arbitrale", creando così una situazione di concorso con il diritto d'azione, da risolversi dando prevalenza al diritto acquisito in forza del negozio compromissorio.

Ora, nel caso di trasferimento del diritto oggetto di una controversia compromessa in arbitri, all'avente causa non si trasferirebbe – secondo tale tesi – anche il «diritto di azionare il diritto primario davanti all'autorità giudiziaria, per la semplice ragione che l'azione non è più operativa, dal momento della stipula del patto compromissorio»¹³. Sicché l'avente causa si trova nell'impossibilità di tutelare il diritto che gli è stato trasferito, perché privo dell'azione nei confronti del giudice statale¹⁴. A questo punto, se non si vuol giungere all'inaccettabile esito per cui al successore non è concessa alcuna tutela giurisdizionale del diritto a lui trasferito, si deve ritenere che all'avente causa si trasferisca il "diritto al processo arbitrale" spettante al suo dante causa, così da poter ottenere dagli arbitri quella tutela giurisdizionale che gli è invece negata innanzi al giudici statale. In tal modo, si giunge ad

risarcitorio. Sembra dunque non sia possibile invocare l'autorità di Redenti per corroborare la tesi, sostenuta dall'Autrice, del trasferimento del potere d'azione unitamente al diritto che ne costituisce l'oggetto, perché l'Autrice fa riferimento – se ben s'intende – all'azione in senso astratto e non, come Redenti, a quella concreta.

È il caso di rilevare che la posizione di Redenti è stata oggetto di critica da parte di BIGIAVI, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, pp. 130 ss. il quale, *inter alia*, ha rilevato che l'azione non si trasferisce dal dante causa all'avente causa del diritto primario, ma si estingue nel primo e si costituisce a titolo originario in capo al secondo (cfr. ID., *Note inutili cit.*, pp. 138, 140). Anche la critica di Bigiavi sembra peraltro muoversi entro l'ambito di una concezione concreta dell'azione, atteso che l'Autore connette la "vita" dell'azione a quella del diritto che ne è oggetto.

¹² Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione cit.*, p. 415, citando REDENTI, VELLANI, *Diritto processuale civile*, I, 5ª ed., Milano, 2000, p. 66.

¹³ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione cit.*, p. 417. A mio avviso, tuttavia, ove si segua la tesi dell'Autrice, si dovrebbe ritenere che l'azione si trasferisca al successore, ma nel medesimo "stato" in cui si trovava presso il dante causa e dunque in quello "stato di paralisi" in cui l'aveva ridotta la conclusa convenzione arbitrale.

¹⁴ O meglio, perché questa è "paralizzata" a seguito della pattuizione dell'accordo compromissorio (v. nota precedente).

ammettere che il negozio compromissorio esplica effetti anche nei confronti del successore nella posizione giuridica compromessa in arbitri.

Un simile ragionamento potrebbe essere utilizzato anche per affermare l'efficacia, nei confronti del successore, di un accordo sulla giurisdizione riconosciuto dall'art. 4 l. n. 218/1995. Si potrebbe infatti affermare che, nel caso di patto di proroga, al successore si trasferisca, assieme al diritto, anche il potere d'azione (e la correlativa *Gerichtspflichtigkeit*) nei confronti del giudice italiano, sorto in forza di tale patto; e che, nel caso di convenzione di deroga, non si trasferisca in capo all'avente causa l'azione (e la correlativa *Gerichtspflichtigkeit*) nei confronti del giudice italiano, perché la convenzione l'ha estinta o ne ha impedito il sorgere, con la conseguenza che il terzo successore non potrebbe chiedere tutela del diritto trasferitogli, innanzi all'autorità giurisdizionale italiana.

Alla tesi qui esposta è però possibile muovere talune obiezioni che ne impediscono l'accoglimento.

Anzitutto, questa si fonda su una premessa – quella del trasferimento del potere d'azione unitamente al diritto che è volto a tutelare – che non è conciliabile con l'autonomia e l'astrattezza dell'azione^{15 16}. Se l'azione esiste in capo a un soggetto per il solo fatto che questi si affermi titolare di un determinato diritto, senza che assuma in alcun modo rilievo la reale esistenza di tale diritto, si fatica a comprendere perché, qualora questo, per avventura, effettivamente sussista nella sfera giuridica del soggetto, sia astretto al relativo potere d'azione da un nesso così forte da doversi affermare la circolazione simultanea del diritto e dell'azione. D'altronde, se si ammettesse il trasferimento del potere d'azione unitamente al diritto sostanziale, si dovrebbe ritenere che, a successione avvenuta, il dante causa risulterebbe privo dell'azione. Pertanto, qualora questi agisca per chiedere l'accertamento del suo diritto, la sua domanda dovrebbe essere rigettata non già nel merito, perché il diritto non sussiste più nella sua sfera giuridica, ma in rito, per difetto del potere d'azione, che – a seguire la posizione in esame – si sarebbe trasferito anch'esso in capo all'avente causa. Un simile risultato non pare però congruo, perché l'azione va riconosciuta a un soggetto per il solo fatto che questi si afferma titolare del rapporto fatto valere in giudizio, per cui

¹⁵ Nel senso che non sia possibile affermare che il trasferimento del diritto comporti altresì il trasferimento delle azioni volte a tutelarlo cfr. MURONI, *L'ambito soggettivo* cit., cc. 1525 s., che utilizza tale argomento per negare che la clausola compromissoria espliciti effetti nei confronti del cessionario di un credito derivante dal contratto cui la clausola stessa si riferisce.

¹⁶ Sull'astrattezza dell'azione v., primo volume, cap. I, § 5, nota 132.

se il dante causa agisce chiedendo l'accertamento di un diritto (nella realtà sostanziale trasferito ad altri, ma) che egli prospetta (ancora) come proprio, gli deve essere riconosciuta la legittimazione ad agire e, dunque, la titolarità del potere d'azione, senza che possa in alcun modo rilevare, a questi fini, il fatto che il diritto non appartenga più all'attore per essere stato trasferito ad un terzo.

Si deve poi rilevare che questa tesi è, almeno nei suoi esiti, identica alla prima che qui si è esaminato, poiché connette al trasferimento del rapporto oggetto dell'accordo sulla giurisdizione il trasferimento, in capo al successore, altresì degli effetti dell'accordo medesimo. Pertanto si potranno rivolgere a questa molti dei rilievi critici mossi nei confronti del primo orientamento. In particolare, vale la pena di rilevare che essa conduce a un risultato contrario al principio di autonomia degli accordi sulla giurisdizione, il quale, come si è veduto, comporta anche l'autonomia degli effetti dell'accordo rispetto alle posizioni giuridiche che di questo sono oggetto.

L'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore non può dunque essere affermata neppure sulla base delle argomentazioni messe in campo da questa tesi.

3. Critica della regola di efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore proposta dalle due tesi esaminate

Entrambe le tesi sin qui esaminate sono criticabili altresì per il *concreto contenuto* della regola di efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del successore che vengono a proporre. Esse, infatti, affermano che la successione nel rapporto oggetto di un accordo sulla giurisdizione comporta il trasferimento al successore anche degli effetti di tale accordo. Si sostiene, insomma, l'efficacia di un simile patto nei confronti di chi è *effettivamente* succeduto in tale rapporto. Siffatta regola, che fa dipendere la decisione su una *quaestio iurisdictionis*, qual è quella dell'efficacia dell'accordo nei confronti del terzo successore, dalla soluzione di una questione di merito, qual è quella del concreto verificarsi dell'evento successorio, non può che cagionare rilevanti problemi in sede applicativa.

Poniamo che il giudice italiano venga adito con una domanda di accertamento positivo o negativo di un diritto oggetto, nella sua originaria conformazione soggettiva, di un accordo sulla giurisdizione e che la domanda sia proposta dall'asserito successore nel diritto medesimo o nei suoi confronti. Se il giudice dovesse risolvere la questione dell'efficacia dell'accordo sulla

giurisdizione rispetto al terzo in base alla regola in esame, dovrebbe verificare se a quest'ultimo è stata *concretamente* trasferita la posizione giuridica oggetto dell'accordo e dunque dovrebbe conoscere (almeno una parte di ciò che costituisce) il merito della causa. In tal modo, però, verrebbe misconosciuto il carattere necessariamente pregiudiziale rispetto al merito della questione di giurisdizione, che non può, da un lato, costituire condizione della decisione nel merito della causa e, dall'altro, esser condizionata dal contenuto concreto di tale decisione.

Per superare l'*impasse*¹⁷ è escluso che il giudice, in sede di esame della *quaestio iurisdictionis*, possa procedere sì a una verifica circa l'effettivo verificarsi della successione, ma con cognizione sommaria, ossia con modalità meno "impegnative" di quelle richieste per la decisione del merito della causa. Se così fosse, infatti, una pronuncia che nega l'efficacia di un accordo di proroga della giurisdizione italiana per mancato verificarsi del trasferimento del diritto, si rivelerebbe più che una sentenza sulla giurisdizione, una sentenza di merito "camuffata", che si pronuncia – sia pur sommariamente – sull'infondatezza della domanda (o sulla sua fondatezza, nel caso di azione di accertamento negativo)¹⁸.

¹⁷ Era chiamata a risolvere un problema simile Cour d'appel Paris, 1^{re} Ch. civ., 25 novembre 1999, in *Rev. arb.*, 2001, p. 165, con nota di COHEN. Più precisamente, si verteva in un caso in cui il cessionario di un contratto aveva proposto una domanda arbitrare nei confronti del ceduto e quest'ultimo aveva exceptato l'inoperatività della clausola compromissoria, affermando l'inefficacia della cessione del contratto. Il giudice dell'impugnazione del lodo ritiene infondata l'eccezione del ceduto rilevando che si trattava di una clausola arbitrare in materia internazionale, che obbedisce – secondo l'orientamento invalso nella giurisprudenza francese (per qualche cenno v. primo volume, cap. II, § 3, nota 62) – a regole specifiche, che non fanno riferimento a norme di conflitto, né alle leggi da quest'ultime designate. Tra queste regole vi è quella per cui la clausola si trasferisce assieme al contratto cui si riferisce o ai diritti da questo derivanti e la validità di tale trasferimento non può essere affetta dai vizi concernenti la cessione di diritto sostanziale. In tal modo il giudice francese "neutralizza" – in modo tutt'altro che persuasivo – l'affermazione del convenuto in arbitrato circa l'inefficacia della cessione, escludendo che questa possa giocare un ruolo nel risolvere (in senso negativo) la questione dell'operatività della clausola compromissoria nel caso di cessione del contratto.

¹⁸ Infatti, anche qualora il giudice, ai fini della verifica della propria giurisdizione, si dovesse limitare a una delibazione *prima facie* circa l'effettivo trasferimento in capo al terzo della posizione giuridica oggetto dell'accordo, con la decisione dichiarativa del difetto di giurisdizione, per inefficacia dell'accordo di proroga rispetto al terzo, affermerebbe che, *prima facie*, il terzo non è titolare della situazione giuridica e dunque che la domanda è *prima facie* infondata (o fondata, nel caso di azione di accertamento negativo). Si tratterebbe, insomma, di una decisione di merito, dato che non vi può essere differenza tra una decisione che afferma la manifesta infondatezza della domanda e una che ne dichiara *simpliciter* l'infondatezza. Come, infatti, rilevava LIEBMAN, *Domanda infondata e regolamento di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*,

Per risolvere il problema si dovrebbe, invece, invocare la teoria della prospettazione, elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per il caso di circostanze doppiamente rilevanti, che giocano, cioè, un ruolo per la decisione sia della questione di giurisdizione sia del merito¹⁹. In base a questa teoria, il giudice deve determinare la giurisdizione sulla base della domanda e dunque reputando necessariamente vere le affermazioni dell'attore relative, appunto, a circostanze doppiamente rilevanti.

Pertanto, il giudice sicuramente potrà concludere nel senso dell'efficacia nei confronti del terzo dell'accordo sulla giurisdizione, in ordine alle azioni di accertamento positivo e condanna, con cui il terzo stesso fa valere il dirit-

1953, pp. 36 s., «[D]ichiarare l'inesistenza del diritto fatto valere dall'attore significa sempre decidere nel merito della causa, e ciò tanto se la questione si presenta dubbia e complessa, quanto se essa è invece semplice ed evidente. Non esistono a questo riguardo gradazioni diverse di infondatezza, che permettano di distinguere una pronuncia preliminare di improponibilità da una pronuncia finale di rigetto».

¹⁹ Tale teoria è accolta in Italia per la soluzione delle questioni sia di giurisdizione che di competenza, per le quali rilevano delle circostanze che giocano un ruolo anche nella decisione nel merito della causa. Cfr., in ordine alla competenza, REDENTI, *Problemi di competenza in Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, II, pp. 88 ss., in part. 90; ATTARDI, *Sulla regola che «la competenza si determina dalla domanda»*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, pp. 52 ss.; SEGRÈ, *Premesse sulla competenza*, in ALLORIO (diretto da), *Commentario cit.*, Libro I, Tomo I, cit., pp. 109 s.; ARIETA, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Padova, 1990, pp. 230 ss. che, pur accogliendo tendenzialmente la teoria della prospettazione, ritiene necessario distinguere a seconda del singolo criterio di competenza che in concreto viene in rilievo; BUONCRISTIANI, *Giurisdizione, competenza, rito e merito, (problemi attuali e possibili soluzioni)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pp. 196 ss.; CAPPONI, *Note in tema di rapporti tra competenza e merito, Contributo allo studio dell'art. 38 c.p.c.*, Torino, 1997, pp. 53 ss. In ordine alla giurisdizione, v. M. LUPOI, *La contestazione in fatto del criterio di collegamento giurisdizionale*, in *Foro it.*, 1977, V, c. 304; PROTO PISANI, *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e di competenza*, in *Foro it.*, 1984, V, c. 99; F. AULETTA, *Per un modello di soluzione delle questioni di competenza giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 315; FRANZINA, *Il coordinamento fra lex fori e norme uniformi nell'accertamento del titolo di giurisdizione secondo il Regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Riv. dir. int.*, 2004, pp. 359 ss.; *contra* GIULIANO, *La giurisdizione cit.*, pp. 157 s.; BARILE, *Sulla rilevazione dei criteri di giurisdizione costituiti dalla nascita e dalla esecuzione delle obbligazioni in territorio italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1960, p. 334; MORELLI, *Diritto cit.*, p. 103; BOSCO, *Il rapporto fra l'oggetto della domanda e la competenza giurisdizionale nei processi contro stranieri, quando l'indagine sulla competenza sia connessa ad elementi deducibili dal merito*, in *Riv. dir. int.*, 1934, pp. 574 s. Per la giurisprudenza, sulla competenza, v. a titolo di esempio, Cass. 25 agosto 2006, n. 18485; Cass., 12 ottobre 2004, n. 20177; Cass. 27 gennaio 1998, n. 789. Sulla giurisdizione italiana, al di fuori del sistema di Bruxelles, v. Cass., sez. un., 28 maggio 1998, n. 5295, in *Giur. it.*, 1999, p. 959; Cass., sez. un., 7 agosto 1998, n. 7759, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 586; Cass., sez. un., 5 novembre 1998, n. 11088, in *Giur. it.*, 1999, p. 1809.

to oggetto del trasferimento: in tali azioni, infatti, l'attore necessariamente affermerà che egli è succeduto nel diritto del suo dante causa. Ma *quid iuris* nel caso di azioni di accertamento negativo²⁰? In tali ipotesi, se il giudice dovesse risolvere la questione di giurisdizione *si vera sint exposita (actoris)*,

²⁰ Si deve più in generale rilevare che la regola per cui “la competenza si determina dalla domanda” sembra formulata tenendo presenti le sole domande di accertamento positivo e di condanna. Infatti se tale regola, così come usualmente formulata, venisse applicata alla lettera (“il giudice deve valutare la competenza e la giurisdizione sulla base delle affermazioni dell'attore”), si verrebbe a negare in radice che le norme di competenza e giurisdizione, che contemplan circostanze doppiamente rilevanti, possano operare in ordine alle azioni di accertamento negativo. Così, ad es., nel caso di azione di nullità del contratto non potrebbero venire in rilievo le norme sul foro contrattuale, perché, in base alle affermazioni dell'attore – che il giudice deve ritenere necessariamente vere – non vi sarebbe alcun (valido) contratto. In dottrina, tuttavia, è ampiamente ammessa l'invocabilità delle norme sulla giurisdizione e sulla competenza che danno rilievo a circostanze doppiamente rilevanti, anche in ipotesi di azioni di accertamento negativo. Si veda in ordine alla giurisdizione, CONSOLO, *Azioni dichiarative di irresponsabilità per violazione di privativa industriale e giurisdizione ex art. 5 n. 3 della Convenzione di Bruxelles*, in ID., *Nuovi problemi cit.*, pp. 303 ss.; DE CRISTOFARO, *Giurisdizione sulle domande di accertamento negativo in materia di responsabilità da illecito ed in materia contrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, pp. 757 ss.; MARI, *Il diritto cit.*, pp. 298 s., 381; DAVÌ, voce «*Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 352; PIETROBON, *Note sulla giurisdizione in materia di accertamento negativo della concorrenza sleale*, in *AIDA*, 1994, pp. 242 ss.; DE CRISTOFARO, *Il foro cit.*, pp. 290 ss.; ZICCARDI, *I criteri speciali di competenza giurisdizionale e la qualificazione delle controversie*, in *Comunicazioni e studi*, VI, Milano, 1954, pp. 81 s., in ordine all'art. 4 n. 2 c.p.c. Relativamente alla competenza v. A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, pp. 329 ss.; LEVONI, voce «*Competenza nel diritto processuale civile*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 123, che ammette l'operare del *forum obligationis* nel caso di azione di accertamento negativo del credito; SEGRÈ, *La questione di merito come fatto costitutivo della competenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, pp. 486 ss.; *contra* LANFRANCHI, *Accertamento negativo della concorrenza sleale e foro delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, II, pp. 440 ss. La giurisprudenza ammette pacificamente l'operare delle norme di competenza, che contemplan circostanze doppiamente rilevanti, in ordine alle azioni di accertamento negativo: cfr., ad es., Cass., 12 novembre 2003, n. 17106; Cass., 12 novembre 1993, n. 11183; Cass., 14 gennaio 1992, n. 341. Più oscillante è invece la posizione relativamente alle norme sulla giurisdizione: recentemente si è sancita l'applicabilità alle azioni di accertamento negativo dell'art. 5, n. 1, Conv. (Cass., sez. un., 2 aprile 2003, n. 5108, in *Corr. giur.*, 2004, p. 210, con nota adesiva di KOFLER e già Cass., sez. un., 13 dicembre 1993, n. 12263, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 693; *contra* però Cass., sez. un., 25 novembre 1995, n. 12209, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 816; Cass., sez. un., 23 dicembre 1997, n. 13015, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 160), ma non dell'art. 5, n. 3, Conv. (cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2003, n. 19550, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2464; per la giurisprudenza di merito Trib. Bologna, 22 settembre 1998, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 754, con nota critica di DE CRISTOFARO; *contra* Trib. Brescia, 11 novembre 1999, in *Riv. dir. ind.*, 2000, p. 236, con nota di JANDOLI; la questione deve ormai ritenersi superata a seguito di Corte di giustizia, 25 ottobre 2012, C-133/11, *Folien Fischer*

dovrebbe sempre escludere la successione del terzo negli effetti dell'accordo sulla giurisdizione, poiché questi non può essere divenuto titolare di un diritto (che il giudice non può che ritenere, in base alle affermazioni dell'attore) inesistente²¹. Si potrebbe allora, onde escludere questo indebito restringimento dell'ambito oggettivo dell'accordo sulla giurisdizione, nel caso in cui questo sia fatto valere nei confronti del terzo, far riferimento non già alla posizione dell'attore, che qui non afferma alcunché, ma si limita a negare, bensì all'affermazione del convenuto circa l'esistenza (e dunque anche il trasferimento in capo a sé) del diritto, ossia in altri termini, al vanto stragiudiziale che accende l'interesse ad agire. Peraltro, anche un simile riferimento non sarebbe sempre risolutivo, perché un tale vanto potrebbe in concreto non sussistere, ogni qualvolta l'interesse ad agire sia fondato su un'apparenza giuridica²².

Anche a prescindere da questi rilievi critici, a me pare poi, che l'applicazione congiunta della regola proposta dagli orientamenti in esame e della teoria della prospettazione, presti il fianco a una ben più decisiva obiezione. Una simile "applicazione" porterebbe, infatti, ad affermare l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione anche in casi in cui ciò non sarebbe in alcun

AG, *Fofitec AG c. Ritrama SpA*, che ha affermato l'operatività dell'art. 5, n. 3 Reg. nelle azioni di accertamento negativo della responsabilità aquiliana).

Tali considerazioni indicano la necessità di procedere a una riformulazione della regola in questione che tenga presenti anche le azioni di accertamento negativo e che potrebbe essere la seguente: "nel caso di circostanze doppiamente rilevanti, il giudice deve decidere sulla sua competenza o giurisdizione avendo riguardo all'oggetto del giudizio, quale individuato dalla domanda dell'attore e, dunque, ritenendo sussistente il titolo di giurisdizione o di competenza ogni qualvolta la circostanza doppiamente rilevante, o costituisce direttamente l'oggetto del giudizio, o rappresenta un punto che il giudice deve risolvere per pronunciarsi su tale oggetto". In tal modo si esclude ogni riferimento alle affermazioni di una delle parti del processo e la domanda viene in rilievo solo quale atto attraverso cui la parte fissa il *thema decidendum*. Applicando congiuntamente la regola proposta dalle tesi qui in esame e la teoria della prospettazione, concepita nel modo indicato in questa nota, non sorgerebbero i problemi di cui si discute nel testo relativamente alle azioni di accertamento negativo. Nondimeno, anche l'"applicazione" di tale regola non si potrebbe sottrarre ai rilievi effettuati *infra* nel testo.

²¹ Solo nel caso in cui l'attore in accertamento negativo faccia valere l'inesistenza del diritto allegando soltanto dei fatti estintivi (o modificativi) posteriori alla successione, il giudice potrà affermare l'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione nei confronti del terzo: in tale ipotesi, infatti, è lo stesso attore ad affermare che al terzo è stata trasferita la posizione giuridica oggetto dell'accordo.

²² Nel senso che, qualora sussista un'apparenza giuridica, può anche darsi che la controparte non contesti, né vanti alcunché, cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., p. 225.

modo giustificato alla stregua della regola in esame. Ci si riferisce, più in particolare, alle ipotesi in cui, nonostante quanto affermato dalle parti, non si è effettivamente verificato sul piano sostanziale alcun trasferimento di posizioni giuridiche in capo all'asserito successore e dunque non si potrebbe neppure ritenere realizzata – alla stregua della regola che si va discutendo – una successione negli effetti dell'accordo sulla giurisdizione.

Si deve dunque affermare che la regola proposta da queste tesi pone innanzi a un vicolo cieco: o essa viene applicata integralmente, ma allora viene violato il fondamentale carattere pregiudiziale della questione di giurisdizione rispetto al merito; o, invece, viene “applicata” congiuntamente alla teoria della prospettazione, ma allora essa porterebbe ad affermare l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione anche in casi in cui ciò non sarebbe in alcun modo giustificato.

Si consideri infine che la presente regola risulta criticabile anche per un ulteriore motivo. Essa infatti prevede che il terzo a cui è trasferita la posizione giuridica oggetto dell'accordo *succeda* negli effetti dell'accordo medesimo. Ciò vuol dire, però, che questi effetti, a successione avvenuta, non si troveranno più nella sfera giuridica del dante causa, ma solo in quella dell'avente causa, con la conseguenza che il primo non sarà più vincolato dall'accordo sulla giurisdizione da lui pur concluso. Si avrebbe così un esito assolutamente incongruo ogni qualvolta il dante causa, dopo che si è verificata la successione, agisse in giudizio chiedendo l'accertamento di una delle posizioni giuridiche oggetto dell'accordo che egli continua, nonostante la successione, a prospettare come propria: in un caso siffatto – se si applicasse la regola qui criticata – il dante causa non potrebbe avvalersi dell'accordo sulla giurisdizione concluso, né questo gli potrebbe essere fondatamente opposto dalla controparte, atteso che i relativi effetti si sarebbero ormai trasferiti al successore²³.

²³ Si potrebbe pensare altresì a una domanda con cui l'originario titolare del rapporto chieda di accertare che questo non sussista più in capo a sé, per essere stato trasferito al successore. Anche rispetto a una simile domanda, alla stregua della tesi qui criticata, si dovrebbe escludere l'operatività dell'accordo sulla giurisdizione poiché i suoi effetti sarebbero stati trasferiti al successore. Nega invece un simile esito con riguardo a una clausola a favore di arbitrato estero, in ipotesi di cessione del contratto, Cass., sez. un., 19 novembre 1979, n. 6017, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 562; in *Foro it.*, 1981, I, c. 1700 (in senso adesivo v. SCHLOSSER, *Das Recht cit.*, p. 427), ove si rileva che un siffatto risultato si deve accogliere quand'anche si ritenesse che gli effetti della clausola arbitrale si trasferiscano assieme al contratto. L'affermazione della S.C., pur comprensibile da un punto di vista pratico, non appare fondata: un trasferimento degli effetti del patto arbitrale implica necessariamente che questi non sussistano più in capo al dante causa che – a successione avvenuta – non sarà allora più vincolato da tale patto.

4. La tesi dell'efficacia basata sulla successione nella lite. Critica

Dal lungo esame compiuto nei precedenti paragrafi, si può ricavare almeno un punto fermo per il prosieguo dell'indagine: l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore nel rapporto controverso potrà essere affermata solo in forza di argomentazioni che non vengano a misconoscere la autonomia di tale accordi, che costituisce una caratteristica strutturale degli stessi, avente una valenza generale.

Una teoria sicuramente compatibile con l'autonomia degli accordi sulla giurisdizione, è quella proposta da Francesco Carnelutti nel secondo degli scritti ricordati nel primo paragrafo²⁴, in cui trattava proprio della questione dell'efficacia di un clausola di deroga alla giurisdizione italiana nei confronti del cessionario del credito. Il Maestro, dopo aver rilevato – come si è già ricordato – che l'autonomia della clausola portava ad escludere che il trasferimento del credito, derivante dal contratto cui la clausola si riferiva, comportasse altresì il trasferimento automatico degli effetti della clausola stessa, sosteneva che l'efficacia della clausola nei confronti del successore nel rapporto controverso dovesse, invece, fondarsi sul fatto che questi era succeduto nella lite che opponeva le parti che avevano originariamente concluso l'accordo sulla giurisdizione. L'illustre Autore faceva in tal modo riferimento al concetto di “successione nella lite” elaborato in un precedente studio²⁵. In esso si rilevava che, se in pendenza di un processo viene trasferito il rapporto giuridico oggetto del processo medesimo, non si può certo dire che si sia verificata una successione in quel rapporto giuridico. Questa, infatti, presuppone l'esistenza in capo al dante causa del rapporto stesso. Ma siffatta esistenza è proprio ciò di cui si controverte nell'ambito di quel processo e ciò che il giudice è stato richiesto di accertare con efficacia di giudicato. Se dunque, dal punto di vista del processo, non si può affermare sia avvenuta alcuna successione nel rapporto che ne costituisce l'oggetto, dato che la sua esistenza è qui (ancora) incerta, si deve ritenere che la successione sia avvenuta in un diverso *quid*, da individuarsi, precisamente, nella lite tra le due parti originarie del giudizio²⁶.

Una volta invocata la successione nella lite, è facile affermare l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione rispetto al cessionario del credito, successore

²⁴ Ci si riferisce a CARNELUTTI, *Efficacia degli accordi cit.*, pp. 168 ss.

²⁵ Si tratta di CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, I, pp. 3 ss.

²⁶ Cfr. CARNELUTTI, *Appunti cit.*, p. 5.

nella lite relativa a quel credito. Affermare che un terzo succeda nella lite che oppone due soggetti null'altro significa se non che esplicano efficacia anche nei suoi confronti fatti e atti rilevanti per il litigante originario suo "dante causa"²⁷. Tra questi atti devono essere annoverati anche gli accordi sulla giurisdizione, i negozi compromissori e, più in generale, tutti gli accordi processuali concernenti il rapporto o la situazione giuridica trasferita²⁸ e conclusi dai litiganti originari. Tutti questi, dunque, estendono la loro efficacia altresì rispetto al terzo che è succeduto nella lite.

Nonostante l'autorevolezza della fonte, neppure questa teoria può trovare accoglimento.

Essa, anzitutto, sta o cade assieme al concetto carneluttiano di lite²⁹, sempre difeso con tenacia dal Maestro, ma nondimeno oggetto di serie critiche in dottrina, tali da farne escludere la fecondità dogmatica e l'utilità applicativa. Non è il caso in questa sede di addentrarci in un dibattito già da tempo concluso. Basti qui rilevare che, anche a voler accogliere il concetto di lite non si potrebbe negare l'esistenza di processi di cognizione "senza lite", che non presuppongono cioè l'esistenza di una lite da pretesa contestata³⁰, che è l'unica forma di lite che il processo di cognizione sarebbe volto a comporre³¹. Si tratta, più precisamente, dei processi di condanna e costitutivi che debbono poter operare anche nel caso in cui una parte non contesti la prete-

²⁷ Cfr. CARNELUTTI, *Appunti cit.*, p. 13.; ID., *Efficacia degli accordi cit.*, p. 172. Una tal definizione di successione nella lite deriva dalla più generale nozione di successione in un rapporto giuridico accolta dall'Autore e concepita come un'estensione al rapporto del successore dell'efficacia dei fatti giuridici influenti sul rapporto del dante causa (così CARNELUTTI, *Appunti cit.*, p. 9).

²⁸ Cfr. CARNELUTTI, *Efficacia degli accordi cit.*, pp. 172 ss.

²⁹ Per un simile rilievo v. PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964, pp. 110 s. Sul dibattito dottrinale in ordine al concetto di lite si veda, per tutti, CALAMANDREI, *Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, I, pp. 3 ss., 89 ss. e CARNELUTTI, *Lite e funzione processuale (Postilla)*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, I, pp. 99 ss.

³⁰ È lo stesso CARNELUTTI, *Lite cit.*, p. 35; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, s.d., pp. 182 s., ad ammettere esplicitamente l'esistenza di processi (di cognizione) senza lite (da pretesa contestata). In questi casi – Egli afferma – il processo di cognizione funziona a vuoto. Va tuttavia rilevato che successivamente Carnelutti è venuto a restringere l'ambito dei processi senza lite, affermando che nei processi di condanna e costitutivi se non c'è lite da pretesa contestata, vi è pur sempre una lite da pretesa insoddisfatta. Per cui nella categoria dei processi senza lite dovrebbero essere annoverati soltanto quelli che oggi chiamiamo processi costitutivi necessari (cfr. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, cit., pp. 235 ss.).

³¹ Accanto alla lite da pretesa contestata è, infatti, posta la lite da pretesa insoddisfatta che si avrebbe, ad es., quando il debitore, pur non contestando la pretesa del creditore non adempie al suo debito (cfr. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, cit., p. 351).

sa dell'altra, ma nondimeno non la soddisfi, non adempiendo al proprio debito, o non consentendo a quella modificazione giuridica cui l'altra avrebbe diritto. In caso contrario, infatti, tali processi non potrebbero adempiere la loro funzione che è, rispettivamente, quella di costituire un titolo esecutivo e di creare, modificare o estinguere un rapporto giuridico³². Rispetto ai processi di condanna o costitutivi non avrebbe dunque senso discorrere di successione nella lite, dato che questa non ne costituisce un presupposto indefettibile. Conseguentemente, un accordo sulla giurisdizione non potrebbe esplicare i propri effetti nei confronti del successore, nell'ambito dei giudizi di condanna e costitutivi, a differenza di quanto accadrebbe invece nei processi di mero accertamento, con una disparità di regime per cui si fatica a reperire una qualche giustificazione razionale.

A prescindere da ciò, è anche il concetto di successione nella lite che non lascia affatto persuasi. La lite è «il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell'altro»³³. Per cui succedere nella lite significa succedere nella pretesa di un soggetto o nella resistenza della controparte, ossia in mere affermazioni, positive o negative, dei litiganti originari³⁴. È dato oramai acquisito però che la successione può aver luogo solo rispetto a rapporti giuridici e non invece in ordine ad atti o fatti³⁵.

Sembra dunque che neppure questo modo di fondare l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore, pur in armonia con la riconosciuta autonomia di tali accordi, possa trovare accoglimento.

5. Si esclude la possibilità che l'efficacia automatica degli accordi sulla giurisdizione possa affermarsi in particolari ipotesi di successione. La successione mortis causa a titolo universale e la cessione d'azienda

Una volta esclusa la validità delle varie tesi favorevoli ad ammettere che gli accordi sulla giurisdizione esplicino efficacia nei confronti del terzo successore in generale, è necessario chiedersi se una simile efficacia debba non-

³² Cfr. ATTARDI, *L'interesse* cit., pp. 41 s.

³³ Così CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, cit., p. 40.

³⁴ Secondo le parole di CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, cit., p. 346 «[L]a pretesa è un *atto*, non un *potere*; qualche cosa che il titolare dell'interesse *fa*, non qualche cosa che *ha*».

³⁵ Cfr. PICARDI, *La successione* cit., pp. 81 s.; MANDRIOLI, *La rappresentanza* cit., pp. 54 s., nota 21.

dimeno ammettersi *in determinate ipotesi particolari di successione*. Vengono all'uopo in rilievo il caso della successione universale *mortis causa*³⁶, e quello della cessione d'azienda.

Quanto alla prima, si può rilevare che l'erede succede in *universum ius* e dunque nel complesso delle posizioni giuridiche soggettive trasmissibili che erano in capo al *de cuius*. Tali situazioni giuridiche possono essere di natura sostanziale, ma anche processuale, per cui nulla escluderebbe che l'erede divenga titolare dell'azione nei confronti del giudice italiano sorta in capo al defunto in forza di un accordo di proroga della giurisdizione italiana e, dunque, che l'erede medesimo sia soggetto agli effetti di un simile accordo concluso dal *de cuius*. Se, invece, un patto di deroga ha fatto venir meno, o impedito il sorgere, nella sfera giuridica del defunto, di determinate azioni nei confronti del giudice italiano, esse non potranno trasferirsi all'erede, con la conseguenza che questi dovrebbe ritenersi vincolato altresì dall'accordo di deroga stipulato dal suo autore³⁷.

³⁶ Alla successione a titolo universale per causa di morte può essere assimilata anche la successione a titolo universale delle persone giuridiche, con estinzione del soggetto della cui successione si tratta. È dubbio, tuttavia, se si possa annoverare in quest'ambito anche la fusione delle società per incorporazione o per unione, o se, al contrario, tale fenomeno debba essere piuttosto concepito come un mero evento evolutivo-modificativo della struttura societaria. Nella dottrina processualcivistica si è registrato di recente un vivace dibattito su tale questione e sulle ricadute che la sua soluzione avrebbe sul processo, a seguito di due sentenze della S.C. che, qualificando la fusione come evento evolutivo-modificativo dell'assetto societario, hanno escluso l'applicabilità delle norme processuali relative all'interruzione (si tratta di Cass., 8 febbraio 2006, n. 2637 e di Cass., 23 giugno 2006, n. 14526, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 176): nel primo senso v. COLESANTI, *Noterelle in tema di fusione societaria e interruzione del processo*, in *Banca*, 2006, pp. 491 ss.; ID., *Ancora in tema di fusioni societarie e interruzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007 pp. 375 ss.; E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 179, il quale, tuttavia, ritiene che nel processo pendente non si rifletta la vicenda estintiva della società fusa; nel secondo senso cfr. CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed «estinzione» societaria (a proposito di gradazioni sull'«immortalità»)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 179 ss.; DALFINO, *Sulla inidoneità interruttiva della fusione societaria (e sull'effetto successorio che ad essa si accompagna)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 91 ss.

³⁷ Nel senso che l'accordo compromissorio stipulato dal *de cuius* vincoli l'erede, v. REDENTI, voce «Compromesso cit.», p. 807; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., sub art. 808, p. 786; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., pp. 185 s.; SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, cit., sub art. 808, p. 244; SALVANESCHI, *L'arbitrato cit.*, pp. 136 s.; FESTI, *La clausola cit.*, pp. 250 ss.; BENATTI, *Sulla circolazione cit.*, pp. 15 s.; CARLEO, *Le vicende soggettive cit.*, pp. 65 s.; CECHELLA, *Il contratto d'arbitrato*, in ID. (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, p. 69; CAVALLINI, *I limiti oggettivi e soggettivi della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 1152; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione cit.*, pp. 423 s.; EAD., in CARPI (a cura di), *L'arbitrato*, cit., sub art. 806, p. 53; PUNZI, *Disegno cit.*, II, pp. 109 s. Per la

Di primo acchito sembrerebbe possibile accogliere una tal impostazione. Una simile efficacia degli accordi sulla giurisdizione, infatti, non contrasta col principio di autonomia, poiché il trasferimento in capo all'erede degli effetti di tali negozi non è connesso all'effettivo trasferimento della posizione giuridica oggetto di tali accordi, ma soltanto al fatto che il soggetto abbia la qualità di erede.

Non si potrebbe poi criticare una simile posizione perché prevede il *trasferimento* all'erede degli effetti dell'accordo sulla giurisdizione: in questo caso, infatti, manca l'esigenza di far sì che il dante causa rimanga vincolato all'accordo da lui stipulato, dato che questi, fatalmente, non può più agire a tutela del diritto oggetto del patto sulla giurisdizione³⁸.

Nondimeno, va esclusa la validità di un simile ragionamento perché basato su un presupposto erroneo: quello cioè che le azioni siano delle situazioni giuridiche soggettive trasmissibili. Abbiamo già considerato che si deve escludere il trasferimento del potere d'azione unitamente al rapporto che ne costituisce l'oggetto. Del resto, non si può individuare neppure un momento diverso, rispetto a quello del trasferimento del diritto, in cui l'azione trapassi dal dante all'avente causa. Se dunque il successore del diritto non deriva la sua azione dal proprio autore, si deve ritenere che essa sorga a titolo originario in capo a costui³⁹. Una simile conclusione varrà in ordine a tutte le differenti ipotesi di successione e non vi è ragione di adottare una soluzione differente rispetto alla successione a titolo universale. Per cui si dovrà ritenere che le azioni di cui era titolare il *de cuius*, in quanto posizioni giuridiche intrasmissibili, si estinguano con la sua morte e che in capo all'erede si costituiscano, a titolo originario, le azioni aventi ad oggetto i diritti (asseritamente) acquisiti in forza della successione *in universum ius*.

Passiamo ora al caso della cessione d'azienda. L'art. 2558, c. 1, c.c. prevede che, salva diversa pattuizione, «l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale». Si potrebbe ritenere però che il subentro non si verifichi solo nei rapporti contrattuali, ma, più in generale, nei rapporti negoziali, inerenti

giurisprudenza v. Cass., 27 luglio 1990, n. 7597, in *Riv. arb.*, 1992, p. 269; Cass., 22 giugno 1982, n. 3784.

³⁸ Salvo non ammettere ipotesi di rara verificaione, se non addirittura scolastiche, come quella di un rappresentante che, ignorando la morte del rappresentato, faccia valere in giudizio un diritto di questi.

³⁹ Sostengono che l'azione si costituisce a titolo originario in capo al successore (a titolo particolare) BIGIAMI, *Note inutili* cit., pp. 138, 140; MURONI, *L'ambito soggettivo* cit., cc. 1525 s.

all'esercizio dell'azienda e, dunque, anche in quelli derivanti da accordi sulla giurisdizione aventi ad oggetto azioni su posizioni giuridiche soggettive inerenti all'esercizio dell'azienda⁴⁰.

Ciò non osterebbe col principio di autonomia di tali accordi, visto che il trasferimento degli effetti di questi non dipende dal trasferimento della posizione soggettiva oggetto degli accordi medesimi, ma soltanto dall'efficacia del contratto di alienazione d'azienda⁴¹. Tuttavia, all'accoglimento di una simile conclusione osta sia l'appena rilevata intrasferibilità dell'azione, sia il fatto che la previsione di un trasferimento degli effetti dell'accordo sulla giurisdizione condurrebbe all'incongruo esito di ritenere che l'alienante, a cessione d'azienda perfezionata, non sarebbe più vincolato dall'accordo sulla giurisdizione da lui stipulato.

6. Transizione. Individuazione della regola più congrua in virtù della quale affermare l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore. Il principio di relatività degli accordi sulla giurisdizione richiede che di una simile regola si reperisca un adeguato fondamento normativo

L'indagine compiuta nei precedenti paragrafi ci porta a concludere che non può essere accolta nessuna delle diverse tesi volte ad affermare l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione, o delle analoghe convenzioni arbitrali, nei confronti del terzo successore nel rapporto controverso. Non ci rimane allora che considerare quale sia la preferibile soluzione da accogliere rispetto al problema che ci occupa.

L'esame sin qui condotto ci ha mostrato che molte delle tesi volte ad affermare l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore sono criticabili già per il contenuto concreto della regola proposta, per cui risulta necessario individuare anzitutto quale sia il preferibile contenuto di una regola sull'efficacia di un accordo sulla giurisdizione rispetto al

⁴⁰ Nel senso che il negozio compromissorio sia efficace anche nei confronti dell'acquirente dell'azienda, CARLEO, *Le vicende* cit., pp. 81 ss.; FESTI, *La clausola* cit., p. 263; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (a cura di), *L'arbitrato*, cit., *sub* art. 806, p. 57.

⁴¹ È questa, probabilmente, la ragione per cui la S.C., in un periodo in cui ha palesato un'evidente contrarietà ad ammettere l'efficacia dei negozi compromissori nei confronti del successore nel rapporto controverso, ha nondimeno sostenuto che questi esplicano i loro effetti nei confronti dell'acquirente dell'azienda: v. Cass., 28 marzo 2007, n. 7652, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1227, con nota di ROCCHIO, *Circolazione* cit.

terzo successore nel rapporto controverso, per poi procedere ad interrogarci sul se una regola siffatta abbia vigenza nel nostro diritto positivo.

In primis, si deve trattare di una regola che non subordina l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione all'*effettiva* successione del terzo nel rapporto giuridico, perché, da una parte, essa sarebbe contraria al principio di autonomia degli effetti degli accordi sulla giurisdizione dalle posizioni giuridiche che di questi sono oggetto; dall'altra, porrebbe quegli inestricabili problemi applicativi che abbiamo già considerato nel terzo paragrafo. La regola dovrà, al contrario, affermare l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione in ogni caso in cui venga prospettata, in senso positivo o negativo (e dunque per affermarla o negarla), la successione di un terzo in un prospettato rapporto giuridico.

Inoltre, la regola in questione non potrà prevedere che in capo al terzo successore nel rapporto controverso, si trasferiscano gli effetti dell'accordo sulla giurisdizione, perché altrimenti il dante causa, a successione avvenuta, non sarebbe più vincolato al patto da lui concluso. Dovrà invece stabilire l'*estensione* al terzo successore dell'efficacia di un accordo sulla giurisdizione, che continuerà però ad esplicare i propri effetti rispetto alle parti originarie, per il caso in cui una di esse, ritenendosi ancora titolare del rapporto oggetto della successione, agisse in giudizio a tutela di questo.

La regola più congrua in base alla quale affermare l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore nel rapporto controverso potrebbe allora essere così formulata: «nel caso di successione nel rapporto controverso, un accordo sulla giurisdizione in ordine alle azioni relative ad un determinato rapporto giuridico intercorrente tra due soggetti ed efficace nei loro confronti, estende i suoi effetti altresì rispetto alle azioni in ordine al rapporto intercorrente tra uno di questi soggetti e un terzo (prospettato o prospettatosi quale) successore dell'altro».

È questa una regola che sancisce l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione non soltanto nei confronti di un soggetto che non è parte di questo, ma anche rispetto a delle posizioni giuridiche soggettive – ossia le azioni relative al rapporto tra l'avente causa e la controparte del dante causa – differenti rispetto a quelle che costituivano originario oggetto dell'accordo medesimo.

Infatti, le azioni relative al rapporto del successore e quelle in ordine al rapporto del suo autore differiscono non solo per i soggetti, ma anche perché hanno ad oggetto rapporti giuridici tra loro diversi. La dottrina, sia processualistica che civilistica, ha infatti già da tempo mostrato che, nel caso di successione in un determinato rapporto giuridico, non si può ritenere

identico il rapporto del dante causa e quello dell'avente causa⁴²: si tratta, infatti, di rapporti tra loro differenti non soltanto dal punto di vista soggettivo, dato che non intercorrono tra i medesimi soggetti⁴³, ma anche dal punto di vista oggettivo, avendo delle fattispecie costitutive parzialmente differenti. Più in particolare, il titolo del rapporto del successore è costituito, oltre che dalla fattispecie costitutiva del rapporto del suo autore, anche della vicenda successoria, in forza della quale egli è divenuto titolare del rapporto^{44 45}.

Si tratta allora di una regola che sancisce un'estensione dell'efficacia di un accordo sulla giurisdizione non soltanto sotto il profilo soggettivo, poiché ne assoggetta un terzo che non ha partecipato alla conclusione del patto, ma anche sotto quello oggettivo, poiché amplia il raggio d'azione dell'accordo a posizioni giuridiche diverse da quelle che costituivano originaria mira della volontà negoziale, quale estrinsecata nell'accordo medesimo. In altre parole, si ammetterebbe un'efficacia dei patti sulla giurisdizione non soltanto *ultra partes*, ma pure *ultra voluntatem partium*.

Una simile regola costituisce un'evidente eccezione al principio di relatività dei contratti, consacrato all'art. 1372 c.c., che si estende, in via d'applicazione analogica, anche agli accordi sulla giurisdizione, eccezione che, per aver cittadinanza nel diritto positivo, deve ivi reperire, in base al terzo comma dell'art. 1372 c.c., un adeguato fondamento normativo. Il successivo

⁴² Cfr., in tal senso, CARNELUTTI, *Appunti cit.*, pp. 5 ss.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pp. 137 s.; LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, Padova, 1983, pp. 216 ss.; NICOLÒ, voce «*Successione nei diritti*», in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, pp. 607 ss.

⁴³ Sottolinea questo aspetto, per rimarcare la differenza tra il rapporto del successore e quello del suo autore, ALLORIO, *La cosa giudicata cit.*, pp. 137 s.

⁴⁴ Cfr., in tal senso, NICOLÒ, voce «*Successione cit.*», p. 609; STOLFI, *Note sul concetto di successione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 542 che, tuttavia, afferma ciò solo rispetto alla successione a titolo particolare; nella successione *in universum ius* – a Suo avviso – non si avrebbe invece un mutamento (o meglio un ampliamento) della fattispecie costitutiva; LORENZETTO PESERICO, *La successione cit.*, pp. 216 s., in ordine ad ogni ipotesi di successione. L'Autrice rileva che la differenza tra i rapporti del dante causa e dell'avente causa si apprezza anche perché su di questi incidono fatti modificativi ed estintivi differenti (cfr. LORENZETTO PESERICO, *La successione cit.*, pp. 217 ss.).

⁴⁵ Una simile differenza tra le azioni in ordine al rapporto del dante causa e quelle relative al rapporto dell'avente causa, non consente, pertanto, di invocare in questa sede l'argomento utilizzato per estendere all'azione del sostituto processuale gli effetti dell'accordo sulla giurisdizione sull'azione del legittimato ordinario ad agire. Lì infatti si poteva affermare l'identità oggettiva tra le due azioni, entrambe relative a un medesimo rapporto giuridico, qui, invece, una simile identità non è ravvisabile, atteso che le azioni hanno ad oggetto rapporti giuridici tra loro differenti.

paragrafo sarà dedicato proprio alla ricerca di un simile fondamento, ovviamente diverso da quello proposto dalle varie tesi sinora emerse nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale. È chiaro però che se quest'indagine non dovesse condurre a un risultato positivo, il principio di relatività dei negozi giuridici ci imporrà di concludere che i patti in questione non esplicano alcuna efficacia nei confronti del terzo successore nel rapporto controverso.

7. Tentativo di individuare un siffatto fondamento normativo: esame della dottrina tedesca che afferma l'efficacia dei Prozessverträge nei confronti del successore sulla base di norme processuali analoghe agli artt. 2909 c.c., 111, 475, c. 2, e 477 c.p.c. Critica. Indagine sull'art. 816-quinquies, c. 3, c.p.c. Da questa disposizione si ricava l'efficacia del patto compromissorio nei confronti del successore arbitrato pendente. Inapplicabilità analogica della norma in ipotesi di successione avvenuta prima della proposizione della domanda di arbitrato. Conclusioni "provvisorie" in ordine agli accordi sulla giurisdizione: soltanto gli accordi di proroga esplicano efficacia nei confronti del terzo successore lite pendente

Nella ricerca di un saldo fondamento giuridico della regola appena individuata, viene anzitutto in rilievo la posizione emersa nella dottrina tedesca che basa l'efficacia di un *Prozessvertrag* nei confronti del successore su ragioni eminentemente processualistiche e, in particolare, sui §§ 265, 325 e 727 ZPO. Queste disposizioni regolano, rispettivamente, la successione (a titolo particolare) nel diritto controverso⁴⁶, l'efficacia della cosa giudicata sostanziale nei confronti del successore sia *lite pendente* che *post rem iudicatam*⁴⁷ e, infine, l'efficacia esecutiva della sentenza rispetto al successore nel credito

⁴⁶ Il § 265 ZPO dispone che «1. Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten. 2. Die Veräußerung oder Abtretung hat auf den Prozess keinen Einfluss. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozess als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Tritt der Rechtsnachfolger als Nebenintervenient auf, so ist § 69 nicht anzuwenden. 3. Hat der Kläger veräußert oder abgetreten, so kann ihm, sofern das Urteil nach § 325 gegen den Rechtsnachfolger nicht wirksam sein würde, der Einwand entgegengesetzt werden, dass er zur Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr befugt sei».

⁴⁷ Il § 325, Abs. 1, ZPO così prevede: «Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Parteien und die Personen, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind oder den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, dass eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist»

e nel debito⁴⁸. Tali norme, da cui si ricava che la successione in un rapporto giuridico è un fenomeno conosciuto non solo dal diritto sostanziale, ma anche da quello processuale, troverebbero applicazione – evidentemente analogica – anche nel campo degli accordi processuali, sancendone l'efficacia nei confronti del successore⁴⁹.

Nel diritto italiano esistono delle norme dal tenore (almeno in parte) analogo agli appena menzionati paragrafi della ZPO e, segnatamente, l'art. 111 c.p.c., che disciplina la successione a titolo particolare nel diritto controverso, prevedendo al quarto comma l'estensione dell'efficacia della sentenza nei confronti del successore; l'art. 2909 c.c., ove si stabilisce che l'efficacia di giudicato si esplica altresì nei confronti degli eredi e degli aventi causa delle parti; l'art. 475, c. 2, c.p.c., relativo alla spedizione del titolo in forma esecutiva ai successori della parte a favore della quale è stato pronunciato il provvedimento o stipulata l'obbligazione e, infine, l'art. 477 c.p.c., attinente all'efficacia del titolo esecutivo contro gli eredi. Vi è da chiedersi quindi se in tali norme possa ravvisarsi il fondamento giuridico della regola di efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del successore.

Consideriamo, anzitutto, l'art. 2909 c.c. e gli artt. 475, c. 2 e 477 c.p.c. (questi ultimi due nella misura in cui attengono a un provvedimento giudiziale costituente titolo esecutivo⁵⁰). Sembra incongruo ricostruire, sulla base di queste norme, un principio generale di efficacia rispetto al successore di

⁴⁸ Il § 727 ZPO stabilisce che «1. Eine vollstreckbare Ausfertigung kann für den Rechtsnachfolger des in dem Urteil bezeichneten Gläubigers sowie gegen denjenigen Rechtsnachfolger des in dem Urteil bezeichneten Schuldners und denjenigen Besitzer der in Streit befangenen Sache, gegen die das Urteil nach § 325 wirksam ist, erteilt werden, sofern die Rechtsnachfolge oder das Besitzverhältnis bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. 2. Ist die Rechtsnachfolge oder das Besitzverhältnis bei dem Gericht offenkundig, so ist dies in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen».

⁴⁹ Cfr. in tal senso SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen* cit., pp. 158 s.; LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 3, *sub* vor § 128, pp. 116 s.; TEUBNER, KÜNZEL, *Prozessverträge, Zulässigkeit, Abschluß und Wirkungen*, in MDR, 1988, p. 726; BORK, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 1, *cit. sub* § 38, pp. 688 s., che peraltro ha una posizione eclettica, poichè ritiene che l'efficacia nei confronti del successore possa trovare fondamento tanto sulle norme processuali, tanto su quelle sostanziali, esplicazione del principio per cui *accessorium sequitur principale*.

⁵⁰ La regola di cui si sta cercando il fondamento estende al successore l'efficacia di un atto processuale quale è l'accordo sulla giurisdizione e perciò, in tale ricerca, possono venire in rilievo solo norme che ammettono una efficacia nei confronti del successore di un atto *processuale*. Non si dovrà allora qui tener conto degli artt. 475, c. 2 e 477 c.p.c., nella parte in cui riguardano titoli esecutivi stragiudiziali e dunque atti *sostanziali*, cui pur la legge processuale riconosce un peculiare effetto processuale, ossia il sorgere dell'azione esecutiva.

tutti gli atti processuali (provengano questi dalle parti o dal giudice): esse attengono esclusivamente a dei provvedimenti giudiziali (rispettivamente la sentenza passata in giudicato e le sentenze e gli altri provvedimenti del giudice costituenti titolo esecutivo) e, inoltre, hanno riguardo soltanto al successore divenuto tale dopo la pronuncia del provvedimento⁵¹ (o il suo passaggio in giudicato, nel caso dell'art. 2909 c.c.⁵²). Sarebbe perciò erroneo invocare queste norme per affermare l'efficacia di negozi processuali compiuti dalle parti nei confronti di un successore che, nella maggior parte dei casi, è divenuto tale anteriormente alla pendenza della lite⁵³.

Rimane da considerare l'art. 111 c.p.c., la indagine della cui rilevanza dovrà prendere le mosse dalla introduzione nel nostro codice di rito – ad opera del d. lgs., 2 febbraio 2006 n. 40 – dell'art. 816 *quinquies*, c. 3, c.p.c., che ha stabilito l'applicabilità della disciplina della successione a titolo particolare nel diritto controverso al processo arbitrale⁵⁴.

⁵¹ Sottolinea in particolare questo aspetto, in critica della posizione di Schiedermaier, G. WAGNER, *Prozessverträge*, cit., pp. 306 s.

⁵² Nel senso che l'art. 2909 c.c. riguarda i successori *post rem iudicatam* v., per tutti, LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, pp. 39 s.; ID., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 169; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8^a ed., I, cit., p. 94; PROTO PISANI, *Opposizione* cit., pp. 135, 139. Nel senso che gli artt. 475, c. 2 e 477 c.p.c. contemplino la successione avvenuta dopo la formazione del titolo esecutivo (e prima dell'inizio del processo esecutivo), v. LORENZETTO PESERICO, *La successione* cit., pp. 342 s.)

⁵³ A ciò si può aggiungere che l'art. 2909 c.c. intende per successore colui a favore del quale effettivamente sussiste un titolo astrattamente idoneo a trasferire il rapporto giuridico oggetto del giudicato (cfr. MENGONI, *Note sulla trascrizione delle impugnative negoziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, pp. 396 s.), mentre la regola che qui viene in rilievo ha riguardo a colui che semplicemente si afferma (o viene prospettato come) successore.

⁵⁴ L'art. 816 *quinquies*, c. 3, c.p.c. pone fine al dibattito dottrinale circa la disciplina da riservarsi al caso della successione a titolo particolare nel diritto reso controverso innanzi agli arbitri. V. REDENTI, voce «*Compromesso* cit., pp. 807 s., che ritiene inapplicabile l'art. 111 c.p.c.; CARNACINI, voce «*Arbitrato rituale*», in *Noviss. dig. it.*, I², Torino, 1958, p. 896 che, nel caso di successione a titolo particolare *mortis causa*, esclude l'operatività dell'art. 111, c. 2, c.p.c. e, nel caso di successione per atto tra vivi, reputa che il processo arbitrale prosegue tra le parti originarie (ma non si capisce se in esso abbia o meno rilievo l'evento successorio) e che non sia possibile l'intervento del successore, se non col consenso delle altre parti e degli arbitri; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, pp. 100 s., che ritiene inapplicabile l'art. 111 c.p.c. al processo arbitrale. Dopo la novella del 1994 molti autori hanno affermato l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. nel giudizio arbitrale: v. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, pp. 667 s.; EAD., *L'arbitrato* cit., pp. 123 ss.; SASSANI, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 211; BOVE, *Processo arbitrale* cit., p. 784; TOMMASEO, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 186; DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in VERDE (a

L'iter che vorremmo seguire, per interrogarci sulla rilevanza di una simile norma rispetto alla questione che ci occupa, si snoda attraverso i seguenti passaggi: anzitutto ci si deve domandare se dall'art. 816 *quinquies*, c. 3, c.p.c. si possa dedurre una regola di efficacia dell'accordo compromissorio nei confronti del terzo divenuto successore nel rapporto controverso, durante la pendenza del procedimento arbitrale; ci si chiederà, poi, se siffatta regola può estendersi anche nel caso di successione nel rapporto controverso avvenuta prima dell'inizio del giudizio arbitrale; infine, si dovrà verificare in quale misura i risultati attinti nel campo delle convenzioni arbitrali possano valere anche in quello attiguo degli accordi sulla giurisdizione⁵⁵.

cura di), *Diritto cit.*, pp. 257 s.; CECHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in ID. (a cura di), *L'arbitrato*, cit., pp. 181 s., che afferma l'applicabilità dell'art. 111 nei casi in cui il successore sia soggetto agli effetti dell'accordo compromissorio; MURONI, *La successione* cit., pp. 922 s.; EAD., *La pendenza* cit., pp. 257 ss., con riferimento alla disciplina precedente alla più recente novella. Escludono l'operatività dell'art. 111 c.p.c. invece, LA CHINA, *L'arbitrato* cit., pp. 96 s.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 1ª ed., Padova, 2000, I, pp. 571 ss. Peculiarì risultano, infine, le posizioni di E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione* cit., pp. 464 ss., che pur reputando inapplicabile l'art. 111 c.p.c., ritiene operante un «regime normativo contiguo» a quello preveduto da tale norma e di CAVALLINI, *L'alienazione della res litigiosa nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, pp. 146 ss.; ID., *Profili* cit., pp. 113 ss., che afferma l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. interpretato, però, alla stregua della teoria dell'irrelevanza (dell'evento successorio nel processo pendente) lasciando impregiudicata ogni questione circa la validità di tale teoria con riguardo al processo che si svolge innanzi al giudice statale.

Dall'esigua giurisprudenza che si è pronunciata sul punto non si possono ricavare dati univoci: nel senso dell'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. v. Cass., 25 luglio 2002, n. 10922; Corte Appello Napoli, 9 settembre 1999, in *Riv. arb.*, 2001, p. 227, con nota di NAZZINI; sia pure in *obiter*, Corte Appello Napoli, 7 luglio e 19 ottobre 1998, in *Riv. arb.*, 1999, p. 279, con nota di LUISO. Si pronuncia invece nel senso dell'inapplicabilità della disciplina dettata dall'art. 111 c.p.c., Cass., 8 aprile 2003, n. 5457, in *Giur. it.*, 2004, p. 1391, con nota critica di RONCO, *Successione nel diritto controverso e traslazione del potere di nomina degli arbitri (brevi rilievi sulla pendenza della lite e sull'applicazione dell'art. 111 c.p.c. nel giudizio arbitrale)*.

⁵⁵ Ci si può chiedere perché si debba seguire questo lungo percorso quando, invece, si potrebbe dedurre l'esistenza di una regola che sancisce l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti almeno del successore *lite pendente*, sulla base della pacifica applicabilità dell'art. 111 c.p.c. nel processo che si svolge davanti al giudice italiano. Il fatto è che l'art. 111 c.p.c. – almeno secondo la teoria della rilevanza – permette sì, in astratto, la deduzione in giudizio del rapporto del successore, ma non esclude che il giudice si possa dichiarare carente di giurisdizione sulla nuova domanda, poiché non prevede che la norma sulla giurisdizione (anche concreta, quale quella posta da un accordo *ex art.* 4 l. n. 218/1995), su cui si basa la *potestas iudicandi* del giudice italiano, in ordine al rapporto del dante causa, possa essere invocata, per il solo fatto della successione, al fine di fondare la giurisdizione anche sul rapporto dell'avente causa. Risulta allora escluso che, dall'operatività dell'art. 111 c.p.c. nel processo che si svolge davanti al giudice italiano, si possa dedurre alcunché circa la questione dell'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore, *lite pendente* o meno.

Passiamo allora a trattare della prima questione, ossia se l'art. 816 *quinquies*, ultimo comma, c.p.c. possa invocarsi a fondamento della regola per cui l'accordo arbitrale esplica i suoi effetti anche nei confronti del terzo, succeduto nel rapporto controverso durante la pendenza del procedimento arbitrale. Tale norma è stata già oggetto di un attento studio da parte di due Autori⁵⁶, il cui pensiero – sostanzialmente coincidente – conviene ripercorrere nelle sue linee essenziali, anche perché si fonda su una premessa che anche qui si accoglie, ossia quella della generale inefficacia dell'accordo arbitrale nei confronti del successore nel rapporto⁵⁷.

Vale subito la pena di mettere in luce che tali Autori interpretano l'art. 111 c.p.c. come norma che sancisce la piena rilevanza dell'evento successorio nell'ambito del processo pendente e che prevede altresì la possibilità di "aggiornare" tale processo (relativo a un rapporto che, nella sua originaria configurazione soggettiva, oramai non esiste più) attraverso la deduzione in giudizio del "nuovo" rapporto facente capo al successore. Deduzione che può essere operata o dall'avente causa mediante la sostituzione della domanda originaria con un'altra, proposta nella qualità di sostituto processuale e volta all'accertamento del rapporto del successore, che pur sostituito, eccezionalmente, non sarà parte necessaria del giudizio (art. 111, c. 1, c.p.c.)⁵⁸;

Diverso è invece il discorso rispetto all'art. 816 *quinquies*, c. 3, c.p.c.: come si vedrà, con la sua introduzione, il legislatore ha mostrato una volontà inequivoca che l'art. 111 c.p.c. trovi *integrale* applicazione nel giudizio arbitrale e ciò è possibile solo se si ammette che l'accordo compromissorio, stipulato dagli originari (asseriti) titolari del rapporto, espliciti la propria efficacia anche nei confronti del successore nel rapporto reso controverso innanzi agli arbitri.

⁵⁶ Ci si riferisce a CONSOLO, *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 865 ss.; MURONI, *La successione cit.*, pp. 903 ss.; EAD., *La pendenza cit.*, pp. 262 ss. Su tale norma v. anche SALVANESCHI, in MENCHINI (a cura di), *Commentario cit.*, sub art. 816 *quinquies* c.p.c., pp. 1296 ss.; G.F. RICCI, in CARPI (diretto da), *Arbitrato cit.*, sub art. 816 *sexies*, pp. 462 s.; LA CHINA, *L'arbitrato, Il sistema e l'esperienza*, 3^a ed., Milano, 2007, pp. 123 ss.; PUNZI, *Disegno cit.*, 2^a ed., II, pp. 134 ss.

⁵⁷ V. CONSOLO, *I terzi cit.*, pp. 865 s.; MURONI, *La successione cit.*, pp. 907 ss., nota 10, pp. 913 s.; EAD., *La pendenza cit.*, pp. 231, testo e nota 66, 233 s., testo e nota 71, 243 s., testo e nota 85, 249. La posizione dell'Autrice in ordine all'efficacia del negozio compromissorio nei confronti del terzo successore emerge con più evidenza in EAD., *L'ambito soggettivo cit.*, cc. 1524 ss., ove si ammette l'efficacia della clausola arbitrale solo nei confronti del cessionario del contratto (sarebbe peraltro utile precisare che ciò potrà accadere solo ove emerga la volontà del cessionario e del contraente ceduto, espressa nella debita forma scritta, di "rinnovare" la clausola rispetto alle controversie che eventualmente li vedranno contrapposti).

⁵⁸ Questo chiaramente nel caso di successione per atto tra vivi; in ipotesi, invece, di successione a titolo particolare *mortis causa* il c. 2 prevede invece che l'erede stia in giudizio in sostituzione del legatario.

o dal successore medesimo, mediante il suo intervento nel processo (art. 111, c. 3, c.p.c.); o, infine, da chi subisce l'evento successorio attraverso la chiamata dell'avente causa (art. 111, c. 3, c.p.c.). Si abbraccia così *in toto* la teoria della rilevanza dell'evento successorio nel giudizio pendente⁵⁹.

Venendo, poi, all'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. nell'ambito del giudizio arbitrale, si distingue a seconda che il patto compromissorio espliciti o meno i suoi effetti nei confronti del terzo successore. Si ritiene pertanto – vedremo nel prosieguo se a ragione o a torto – che l'introduzione dell'art. 816 *quinquies*, c. 3, c.p.c. non abbia mutato i termini della questione circa l'efficacia della convenzione arbitrale rispetto al successore, che dovrebbe essere risolta allo stesso modo, sia prima che dopo l'entrata in vigore di tale norma.

Si può dare anzitutto il caso in cui l'accordo arbitrale risulti efficace nei confronti dell'avente causa. Ipotesi, invero piuttosto rara, alla stregua della posizione che si va illustrando (ma anche per noi), che si verificherà, ad esempio, nel contesto della cessione del contratto, ma solo ove emerga la volontà, espressa dal contraente ceduto e dal cessionario nella debita forma scritta, di rinnovare il vincolo compromissorio in ordine alle controversie che li vedranno contrapposti o, più in generale, – aggiungerei noi – allorché l'avente causa e la controparte del dante causa concludano un nuovo accordo arbitrale eguale nei contenuti a quello pattuito dalle (asserite) parti

⁵⁹ La teoria della piena rilevanza dell'evento successorio nel processo pendente, anche qualora in esso non sia dedotto il rapporto del successore, è stata patrocinata in particolare da CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., pp. 98 ss., nota 124; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., pp. 455 ss. Si pronunciano a favore della teoria della rilevanza anche PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., sub art. 111, p. 1243; DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Milano, 1953, pp. 20 ss., 165 s., 246 s.; PICARDI, *La successione* cit., pp. 98 ss.; FAZZALARI, «*Successione nel diritto controverso*», in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 527. Nel senso, invece, che l'evento successorio non ha rilevanza nel processo pendente, che prosegue mantenendo il suo oggetto originario, senza che il giudice possa tener conto della successione avvenuta *medio tempore* per dichiarare l'infondatezza nel merito della domanda v. già ALLORIO, *La cosa giudicata* cit., pp. 165 ss.; SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, I, cit., sub art. 111, pp. 416 ss.; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 584. Più di recente v. a favore dell'irrelevanza e, più in particolare, nel senso dell'inefficacia tra le parti e il terzo, nel processo pendente, dell'atto di trasferimento, LORENZETTO PESERICO, *La successione* cit., pp. 273 ss.; ATTARDI, *Diritto* cit., in part. pp. 335 ss. Peculiari risultano poi le posizioni di VERDE, *Diritto processuale civile*, 1. *Parte generale*, cit., pp. 206 s., che afferma di aderire alla teoria dell'irrelevanza, ma sostiene l'estensione automatica della domanda nei confronti del successore, cui è lasciata la decisione se intervenire o meno nel processo; LUISO, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., I, cit., pp. 371 ss., il quale ritiene irrilevante la successione nel processo, quando questa si verifica dal lato passivo e rilevante, quando interessa il lato attivo del rapporto.

originarie del rapporto. In questi casi l'art. 111 c.p.c. troverà integrale applicazione nel processo arbitrale e così il dante causa potrà modificare la propria domanda deducendo in giudizio il rapporto del successore⁶⁰, l'avente causa potrà intervenire in giudizio per far valere il rapporto che lo lega alla controparte del dante causa e sarà infine possibile una sua chiamata nel processo⁶¹.

Nei più frequenti casi in cui non si può invece ammettere l'efficacia dell'accordo compromissorio rispetto al successore, si dovrà anzitutto escludere che il dante causa possa modificare la sua domanda chiedendo l'accertamento del rapporto nella sua rinnovata configurazione soggettiva. Se così facesse l'arbitro non potrebbe pronunciarsi sul merito di questa nuova domanda, ma dovrebbe dichiarare il difetto della propria *potestas iudicandi*, poiché le controversie sul rapporto del successore non sono ricomprese nell'orbita di efficacia dell'originario patto compromissorio e, dunque, possono essere decise soltanto dal giudice statale. Il medesimo discorso può esser ripetuto per negare la decidibilità nel merito da parte degli arbitri della domanda proposta mediante la chiamata in causa del successore. In tal caso, la chiamata dovrebbe allora interpretarsi come mera *denuntiatio litis* inidonea a far acquisire al successore la qualità di parte del procedimento arbitrale, ma volta esclusivamente a sollecitarne un eventuale intervento volontario⁶².

⁶⁰ L'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. nella parte in cui ammette la *perpetuatio legitimationis* del dante causa o, più precisamente, la possibilità per questi di agire quale sostituto processuale dell'avente causa, è stata negata in dottrina rilevando che in sede arbitrale non sarebbe ammissibile il fenomeno della legittimazione straordinaria ad agire, per il fatto che il sostituto non è parte dell'accordo arbitrale (v., in particolare, REDENTI, voce «Compromesso cit.», p. 808; CAVALLINI, *L'alienazione cit.*, p. 163, testo e note 23 e 24; ID., *Profili cit.*, p. 120; ID., *L'arbitrato cit.*, p. 111). Tale obiezione viene però convincentemente superata rilevando che, nell'arbitrato, quel che conta è che la parte sostanziale, ossia il soggetto la cui posizione giuridica sia stata dedotta in giudizio, sia parte dell'accordo compromissorio o comunque soggetto ai suoi effetti, mentre non è necessario che lo sia altresì chi propone la domanda, qualora costui non rivesta, come nell'ipotesi della sostituzione processuale, anche la qualità di parte sostanziale (v. MURONI, *La successione cit.*, pp. 912, 924; EAD., *La pendenza cit.*, pp. 151 ss., 262 s.). Alla stregua di queste considerazioni, si può allora ritenere ammissibile che il dante causa agisca quale sostituto processuale dell'avente causa nel giudizio arbitrale.

⁶¹ V. CONSOLO, *I terzi cit.*, p. 866; MURONI, *La successione cit.*, pp. 924 s.; EAD., *La pendenza cit.*, pp. 263 s.

⁶² Così CONSOLO, *I terzi cit.*, p. 866, testo e nota 45 (con riguardo alla chiamata del successore); MURONI, *La successione cit.*, p. 928; EAD., *La pendenza cit.*, p. 269.

Della articolata disciplina dettata dall'art. 111 c.p.c. risulterebbe applicabile solo il terzo comma, nella parte in cui prevede che il terzo può intervenire nel processo: intervento sicuramente ammissibile perchè con esso il successore, oltre e prima di chiedere all'arbitro l'accertamento del proprio rapporto, approverebbe, almeno implicitamente, l'accordo compromissorio originariamente stipulato, estendendo dunque la *potestas iudicandi* dell'arbitro al nuovo *thema decidendum* introdotto proprio con l'intervento⁶³.

Nel caso però in cui manchi l'intervento del successore, l'oggetto del processo arbitrale resterà invariato e non potrà che essere costituito dal rapporto giuridico tra il dante causa e la sua controparte. In coerenza con la totale adesione alla teoria della rilevanza, si ritiene che qui il giudice possa dare rilievo all'evento successorio, al fine di dichiarare l'*attuale* infondatezza della domanda, ma possa anche, alternativamente, rigettare nel merito la domanda in base all'assenza di fatti costitutivi, o alla presenza di fatti estintivi (o modificativi) del rapporto anteriori alla successione. Solo in quest'ultimo caso, però, la declaratoria dell'inesistenza del rapporto giuridico del dante causa esplicherà, *ex art. 111, c. 4, c.p.c.*, efficacia riflessa nei confronti dell'avente causa⁶⁴; non invece nella prima ipotesi, in cui il successore non vedrebbe in alcun modo pregiudicato l'eventuale giudizio avente ad oggetto il rapporto in cui è succeduto⁶⁵.

Alla stregua di quest'impostazione, dunque, solo qualora il negozio compromissorio esplica effetti nei confronti del terzo successore nel rapporto controverso l'art. 111 c.p.c. sarebbe applicabile *in toto* al procedimento arbitrale; nelle altre ipotesi, invece, opererebbero solo il terzo comma che riconosce al successore il potere di intervento e il quarto comma, sempre che la decisione del giudice sia basata su un fatto estintivo (o modificativo) precedente la successione (e opponibile al successore) o – si potrebbe aggiungere – sull'inesistenza di uno degli elementi della fattispecie costitutiva. In quest'ultime ipotesi, dunque, la tutela di chi subisce l'evento successorio

⁶³ In tal senso v. MURONI, *La successione* cit., pp. 927 s.; EAD., *La pendenza* cit., pp. 268. L'Autrice si basa sul presupposto per cui il consenso prestato dal successore alla convenzione arbitrale sia sufficiente ad estendergli i relativi effetti, senza la necessità di una "rinnovazione" del consenso da parte di chi "subisce" l'evento successorio.

⁶⁴ V. CONSOLO, *I terzi* cit., p. 867; MURONI, *La successione* cit., pp. 926 s.

⁶⁵ Per CONSOLO, *I terzi* cit., p. 867, invece, in questi casi il giudicato gioverebbe al successore «poiché unica ragione di rigetto della domanda svolta dal dante causa è data propria dall'avvenuta alienazione del diritto, prima di titolarità del dante causa, nel corso del giudizio arbitrale».

– che è poi la *ratio* ispiratrice dell'intera disciplina della successione a titolo particolare nel diritto controverso – sarebbe soltanto eventuale e rimessa, in ultima analisi, o alla volontà del successore (cui è data la possibilità di intervenire), o al fatto che l'evento successorio risulti questione meno liquida di altra idonea a determinare l'infondatezza della domanda, in modo da condurre alla pronuncia di una sentenza che espliciti la sua efficacia riflessa nei confronti del successore *lite pendente*.

Simili conclusioni sembrano però trovare un ostacolo nella chiara lettera dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. che, stabilendo l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. nell'ambito del processo arbitrale, senza al contempo prevedere alcuna clausola di compatibilità, conduce a ritenere che la disciplina dettata da tale norma debba essere applicata *nella sua interezza*. Né, del resto, si potrebbe affermare che una simile clausola debba ritenersi implicitamente apposta. Questo è un accorgimento ermeneutico che si utilizza nei casi – ormai purtroppo sempre più frequenti – in cui il legislatore fa un rinvio frettoloso e poco meditato a una specifica norma o a un determinato complesso normativo. Nulla di tutto questo può, però, essere imputato al legislatore con riferimento all'art. 816 *quinquies*⁶⁶. Tale norma, infatti, nel disciplinare l'intervento e la chiamata del terzo nel giudizio arbitrale, non si è limitata a rinviare agli artt. 105 e 106 c.p.c., ma ha distinto tra intervento principale, litisconsortile e chiamata del terzo, da una parte, e intervento adesivo dipendente e del litisconsorte necessario pretermesso (non soltanto dal giudizio arbitrale, ma ancor prima dall'accordo compromissorio), subordinando l'ammissibilità dei primi e non invece dei secondi, al consenso del terzo, delle parti nonché degli arbitri. L'accuratezza con cui il legislatore delegato ha redatto questa norma induce allora a credere che, ove al terzo comma ha previsto l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c., senza nulla aggiungere, lo abbia fatto con piena consapevolezza e, dunque, allo scopo di sancire l'operatività

⁶⁶ Una clausola di compatibilità potrebbe al più ritenersi necessaria in base a un'interpretazione *secundum Constitutionem* dell'art. 816 *quinquies*, c. 3, c.p.c., idonea a farla sfuggire a una censura di costituzionalità per eccesso di delega, dato che la legge n. 80 del 2005 imponeva al legislatore delegato di dettare una disciplina della successione nel diritto controverso «nel rispetto dei principi fondamentali dell'istituto» (sembra ravvisarsi una simile argomentazione in CONSOLO, *I terzi* cit., p. 863, testo e nota 36; MURONI, *La successione* cit., p. 904). C'è da chiedersi però se l'applicazione integrale dell'art. 111 c.p.c., ammessa da molti Autori già prima di questa più recente novella (v. *supra*, nota 54), possa davvero ritenersi contraria ai principi fondamentali dell'arbitrato.

dell'intera disciplina dettata dal codice di rito per la successione a titolo particolare nel diritto controverso⁶⁷.

È chiaro che l'integrale applicazione dell'art. 111 c.p.c. nel procedimento arbitrale presuppone necessariamente che l'accordo compromissorio espliciti efficacia nei confronti del terzo successore altrimenti gli arbitri non potrebbero decidere nel merito sulla nuova domanda relativa al rapporto del successore, sia essa proposta dal dante causa, nella qualità di sostituto processuale, o dall'avente causa mediante l'intervento o, infine, da chi subisce l'evento successorio con la chiamata del successore nel processo arbitrale⁶⁸. Dall'art. 816 *quinquies*, dunque, si deduce, sia pur solo implicitamente, che l'accordo compromissorio esplica la propria efficacia nei confronti del terzo successore, nel caso di successione a titolo particolare nel rapporto reso controverso innanzi agli arbitri.

C'è da chiedersi se tale efficacia debba essere limitata alla sola ipotesi della successione a titolo particolare o possa anche essere estesa a quella della successione universale. Una lettura restrittiva potrebbe essere suggerita dal fatto che, da una parte, l'art. 111 c.p.c. regola solo l'ipotesi della successione a titolo particolare⁶⁹, *inter vivos* o *mortis causa* e che, dall'altra, la novella sull'arbitrato non ha, *expressis verbis*, disciplinato la successione a titolo universale che si verifica in pendenza di un procedimento arbitrale. Una regolamentazione della materia non può infatti essere ravvisata nell'art.

⁶⁷ In questo senso sembrano pronunciarsi anche BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BOVE, CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, p. 76; BOVE, *La giustizia* cit., p. 162; NELA, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme* cit., sub art. 816 *quinquies* c.p.c., pp. 1756 s., il quale esclude che l'intervento e la chiamata del successore necessitino – come invece in generale gli interventi e le chiamate del terzo previsti al primo comma dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. – del consenso delle altre parti del processo arbitrale e degli arbitri.

⁶⁸ È il caso di osservare che quanto detto nel testo presuppone che l'art. 111 c.p.c. sia interpretato secondo gli insegnamenti della teoria della rilevanza. Ad accogliere, invece, l'opposta teoria dell'irrelevanza dell'evento successorio nel processo pendente, l'art. 816 *quinquies*, c. 3, c.p.c. non potrebbe essere invocato a fondamento della regola dell'efficacia dell'accordo arbitrale rispetto al successore nel rapporto reso controverso innanzi agli arbitri.

⁶⁹ Appare peraltro preferibile ritenere che l'art. 111 c.p.c. non si applichi nei soli casi di successione a titolo particolare, ma in tutte le ipotesi in cui si verifichi una successione nel diritto controverso "tra parti perduranti", a prescindere dal fatto che si tratti di successione a titolo particolare o a titolo universale (cfr., in tal senso CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., pp. 439 s.; LUISO, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., I, cit., pp. 358 s.; ID., «Venir meno» della parte e successione nel processo, in *Riv. dir. proc.*, 1983, pp. 209 s.). Con la precisazione che, nel caso di successione a titolo universale, l'art. 111 c.p.c. trova applicazione non diretta, ma soltanto analogica (così CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, cit., p. 439).

816 *sexies* c.p.c. in cui ci si limita a garantire, in ossequio al principio del contraddittorio, la ricostituzione della bilateralità della lite, allorché questa sia “distrutta” a seguito del venir meno di una delle parti per morte o per altra causa⁷⁰. La preoccupazione di tale disposizione è quella di far sì che il processo torni ad essere – così come deve – *actus trium personarum* e ciò si farà, nel silenzio della norma, rendendo parte il successore a titolo universale, che non manca mai nel caso in cui venga meno un soggetto di diritto, o in applicazione analogica dell’art. 110 c.p.c., o in base al rilievo che tale soggetto succede *al de cuius in universum ius* – e, dunque, anche nelle situazioni giuridiche processuali che a quest’ultimo facevano capo – quale parte del giudizio arbitrale. Il problema che qui ci si pone è invece a valle dell’applicazione di tale norma ed è quello se, una volta ricostituita la bilateralità della lite, il successore universale o la sua controparte nel processo, possano sostituire la domanda originaria con una nuova relativa al rapporto giuridico che ora fa capo al successore medesimo. Nel silenzio delle norme, si dovrebbe ritenere che sia applicabile per analogia il combinato disposto degli artt. 816 *quinquies*, c. 3 e 111 c.p.c., poiché le esigenze di tutela della controparte del successore e di economia processuale si presentano identiche in tutti i casi di successione *lite pendente*, vuoi a titolo particolare, vuoi a titolo universale. Se il nostro ordinamento permette la deduzione nel giudizio arbitrale del rapporto così come soggettivamente configurato dopo la successione, dovrà allora anche attribuire agli arbitri la *potestas* per pronunciarsi su di esso e, così, prevedere che l’accordo compromissorio, da cui essi traggono i loro poteri, espliciti effetti nei confronti del successore universale.

Nessun dubbio dovrebbe allora residuare sul fatto che l’art. 816 *quinquies*, c. 3, c.p.c., applicato a seconda dei casi in via diretta o analogica, sancisce l’efficacia dell’accordo compromissorio nei confronti del successore in ogni ipotesi di successione nel rapporto controverso, avvenuta in pendenza del procedimento arbitrale, sia essa a titolo particolare o invece universale.

C’è da chiedersi però se la regola che si deduce implicitamente, ma inequivocabilmente, da tale disposizione è proprio quella che si è individuata, nel suo esatto contenuto precettivo, nel precedente paragrafo (tenendo ovviamente conto che qui vengono in rilievo i patti compromissori e non gli

⁷⁰ A ben vedere, neppure nel processo innanzi al giudice statale può ritenersi regolata l’ipotesi della successione a titolo universale nel diritto controverso, atteso che l’art. 110 c.p.c. disciplina non già questa fattispecie, ma quella del venir meno di una parte del processo per morte o altra causa (cfr. LUISO, «Venir meno» cit., pp. 206 s.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8^a ed., II, cit., p. 438). Evento questo che cagiona sempre una successione a titolo universale, ma non necessariamente nel diritto oggetto del giudizio.

accordi sulla giurisdizione e che si ha a che fare col solo caso della successione avvenuta durante la pendenza del processo arbitrale). Abbiamo visto che due sono le precipue caratteristiche che questa deve possedere: deve, anzitutto, subordinare l'efficacia dell'accordo nei confronti del terzo non già all'effettivo trasferimento in capo a questi del rapporto sostanziale, ma alla circostanza che venga prospettata, in senso positivo o negativo (ossia al fine di affermarla o negarla), la successione di un terzo in tale (prospettato) rapporto; deve, poi, configurare questa efficacia in termini di mera estensione al terzo successore degli effetti dell'accordo, anziché di successione in tali effetti.

Quanto alla prima caratteristica, si può osservare che l'art. 111 c.p.c. subordina l'ammissibilità della domanda nuova relativa al rapporto dell'avente causa, proposta vuoi dal dante causa, quale sostituto processuale, vuoi dal successore stesso per mezzo di un suo intervento, vuoi, infine, da chi "subisce" la successione, mediante la chiamata del terzo, al mero fatto che nel processo si affermi (o si neghi) che il terzo è succeduto nel rapporto che ne costituisce l'oggetto. Altrimenti, se si subordinasse l'ammissibilità di tale domanda al fatto che il terzo sia *effettivamente* succeduto nel rapporto, o anche soltanto alla circostanza che si sia verificato un evento astrattamente idoneo al trasferimento del rapporto – come pur è stato autorevolmente sostenuto⁷¹ – si rischierebbe di negare la relazione di pregiudizialità che deve, invece,

⁷¹ Così FAZZALARI, «Successione cit., pp. 524 s.; ID., voce «Successione nel diritto controverso», in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1386; MENGONI, *Note sulla trascrizione cit.*, pp. 396 s., i quali ritengono che la fattispecie «successione a titolo particolare nel diritto controverso» contemplata dall'art. 111 c.p.c. consiste nell'esistenza di un atto di disposizione astrattamente idoneo a trasferire al terzo il rapporto che costituisce l'oggetto del processo. Ciò però implica che il giudice, per verificare l'ammissibilità della domanda nuova proposta dall'avente causa, o dell'intervento o della chiamata del successore, dovrebbe esaminare la sussistenza o meno di una fattispecie astrattamente traslativa e dunque conoscere una parte di ciò che costituisce il merito della domanda relativa al rapporto del successore. Solo ritenendo ammissibili tali domande per il mero fatto che sia prospettata la successione di un terzo nel rapporto giuridico oggetto del giudizio, si evita di violare il fondamentale principio di pregiudizialità tra rito e merito. Diverso è invece il discorso in ordine al quarto comma dell'art. 111 c.p.c., rispetto al quale si dovrà accogliere quanto affermato da Fazzalari e Mengoni: presupposto dell'efficacia (riflessa) della sentenza nei confronti del successore è, infatti, la sussistenza di un atto o un fatto astrattamente idoneo a trasferire a costui il diritto (v., sostanzialmente nel medesimo senso, LASERRA, *Prospettazione ed effettività nell'art. 111 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 1295 ss., che considera anche l'ipotesi dell'efficacia diretta della sentenza nei confronti del successore).

sempre essere riconosciuta tra questioni di rito e questioni di merito⁷². Se dunque l'ammissibilità della domanda nuova, che deduce il rapporto del successore *lite pendente*, è subordinata alla mera prospettazione della successione, alla medesima circostanza dovrà essere subordinata pure l'estensione dell'efficacia dell'accordo compromissorio, pena altrimenti ammettere dei casi in cui la domanda nuova risulti sì astrattamente ammissibile, ma non possa in concreto essere esaminata nel merito dagli arbitri per difetto di *potestas iudicandi*.

In ordine alla seconda caratteristica, si può rilevare che, una volta subordinata l'efficacia del negozio compromissorio rispetto all'avente causa alla mera prospettazione della successione, si deve necessariamente ritenere che tale efficacia debba essere configurata come estensione e non come successione negli effetti dell'accordo arbitrale. Altrimenti, basterebbe a un soggetto affermare che si è verificata una successione nel rapporto giuridico dedotto in giudizio, per sfuggire agli effetti dell'accordo medesimo.

Si deve allora conclusivamente affermare che la regola che sancisce l'efficacia degli accordi compromissori nei confronti del successore nel rapporto controverso (quale individuata nel precedente paragrafo) rinviene il suo implicito fondamento normativo nell'art. 816 *quinquies*, c. 3, c.p.c., almeno per l'ipotesi di successione avvenuta in pendenza del procedimento arbitrale.

Una volta risolto il primo quesito che ci si era posti all'inizio di questo paragrafo, si può passare al secondo problema, chiedendosi se la regola che sancisce l'efficacia della convenzione arbitrale, nei confronti dell'avente causa *arbitrato pendente*, possa estendersi anche ai casi di successione nel rapporto controverso avvenuti prima che il processo arbitrale sia stato instaurato.

A tale questione deve darsi una risposta sicuramente negativa. Osta, infatti, a una simile estensione il fatto che la regola di efficacia *ultra partes* dell'accordo compromissorio, dedotta dall'art. 816 *quinquies*, c. 3, c.p.c. è funzionale a soddisfare le esigenze di economia processuale e, ancor più, di tutela della parte del giudizio che "subisce" l'evento successorio, esigen-

⁷² In tal senso si è nitidamente pronunciato LASERRA, *Prospettazione* cit., pp. 1286, invocando la regola generale sulla legittimazione al compimento degli atti processuali, che si incentra sulla mera prospettazione di parte. L'Autore limita però il campo di applicazione dell'art. 111 c.p.c. al solo caso in cui la prospettazione della successione provenga da una delle parti originarie del processo, escludendone invece l'operatività nell'ipotesi in cui questa sia effettuata dal successore mediante l'intervento. Un siffatto intervento, effettuato in un processo in cui nessuna delle parti abbia prospettato la successione, secondo l'Autore, sarebbe ammissibile non *ex art. 111, c. 3 c.p.c.*, ma già sulla base dell'art. 105, c. 1, c.p.c.

ze che costituiscono la *ratio* ispiratrice della disciplina dettata in tema di successione nel diritto reso giudizialmente controverso. Queste esigenze sorgono solo col nascere del processo (*in casu*, arbitrale) e prima di quel momento non hanno alcuna ragion d'essere⁷³. Sembra dunque che qui manchi quell'*eadem ratio* tale da consentire l'applicazione analogica della regola che si trae implicitamente dall'art. 816 *quinquies*, c. 3, c.p.c., alle ipotesi di successione avvenuta prima che il procedimento innanzi agli arbitri sia reso pendente.

Neppure nel caso in cui la successione sia avvenuta in pendenza di un giudizio instaurato davanti al giudice statale e relativo a una controversia compromessa in arbitri, l'accordo arbitrale avrà efficacia nei confronti del successore. Neppure qui vi è infatti la necessità di far fronte, né all'esigenza di tutela della parte del processo *arbitrale* che ha subito l'evento successorio, né a quella di evitare il dispendio dell'attività svolta nel giudizio *arbitrale*. Del resto, ammettere in questo caso l'efficacia dell'accordo compromissorio nei confronti del successore *lite pendente* non condurrebbe all'ampliamento del potere di cognizione e decisione del giudice innanzi a cui pende il processo rispetto a un rapporto – quello del successore – che altrimenti ne sarebbe escluso, ma significherebbe, al contrario, privare il giudice statale della *potestas iudicandi* su tale rapporto.

Pertanto, solo nel caso di successione nel rapporto controverso avvenuta in pendenza del processo arbitrale, il nostro ordinamento riconosce agli accordi compromissori efficacia altresì nei confronti del terzo avente causa, mentre in tutte le altre ipotesi una simile efficacia, in virtù del principio di relatività dei negozi, è da escludere, con la conseguenza che le controversie relative al rapporto del successore dovranno essere decise dal giudice ordinario⁷⁴.

Una volta raggiunte queste conclusioni rispetto ai patti arbitrali, è necessario tornare agli accordi sulla giurisdizione, nel cui campo esse possono essere pacificamente trasposte data la già veduta analogia tra le due tipologie di negozi. Si potrà allora affermare che solo un accordo di proroga della giurisdizione italiana *ex art. 4, c. 1, l. n. 218/1995*, può esplicare effetti nei confronti dell'avente causa e nella sola ipotesi di successione avvenuta durante

⁷³ Cfr., in particolare, DE MARINI, *La successione* cit., pp. 5 ss.; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., *sub art. 111*, pp. 1221 s.; LUISO, voce «*Successione nel processo*», in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, p. 4.

⁷⁴ Una tale conclusione era stata propugnata, prima dell'introduzione dell'art. 816 *quinquies*, c. 3, c.p.c., da BOVE, *Processo arbitrale* cit., pp. 790 s.

la pendenza del giudizio instaurato in Italia. Soltanto in quest'ipotesi, infatti, si avrà una situazione analoga a quella della successione avvenuta durante la pendenza del processo arbitrale, dovendosi in entrambi casi garantire che l'efficacia prorogatoria dell'accordo, vuoi sulla giurisdizione, vuoi arbitrale, sia estesa altresì al rapporto del successore.

Qualora, invece, venga in rilievo un accordo di deroga della giurisdizione italiana si dovrà negare la sua efficacia nei confronti dell'avente causa, quand'anche la successione sia avvenuta in pendenza del giudizio instaurato davanti al giudice italiano⁷⁵. Il caso è infatti analogo a quello della successione avvenuta in pendenza di un processo instaurato innanzi al giudice statale e relativo a una controversia compromessa in arbitri.

È opportuno rilevare che l'efficacia dell'accordo di proroga nei confronti del successore *lite pendente* si avrà in ogni ipotesi di (prospettata) successione nella titolarità, attiva o passiva, del rapporto che costituisce oggetto del giudizio. Così, opererà ogni qualvolta si abbia una successione *inter vivos*, a prescindere che essa avvenga in forza di un negozio giuridico o di un altro atto o fatto ritenuto idoneo dalla legge al trasferimento del diritto; come anche nel caso di successione *mortis causa*, vuoi a titolo universale, vuoi a titolo particolare⁷⁶.

Ci si può chiedere se questa efficacia *ultra partes* dell'accordo di proroga della giurisdizione valga anche per l'ipotesi di successione costitutiva, che si ha quando il proprietario di un bene costituisce in capo a un terzo un diritto reale limitato sullo stesso nonché nel caso di successione in un rapporto che trova il suo fondamento in un contratto, la cui esistenza, validità, risoluzione, o rescissione costituisce oggetto di un giudizio pendente.

⁷⁵ Il giudice italiano non dovrà in alcun modo tenere in considerazione se, alla stregua della legge applicabile nel foro prescelto dalle parti, l'accordo di deroga produca effetti nei confronti del successore. Si è infatti già veduto che la efficacia derogatoria attribuita dal nostro ordinamento a un accordo *ex art. 4, c. 2, l. n. 218/1995* prescinde dall'efficacia prorogatoria a questo eventualmente riconosciuta nello Stato del giudice individuato nel patto (v. primo volume, cap. II, § 2). Ciò comporta la possibilità che, sia il giudice italiano derogato, sia quello prorogato possano avere competenza giurisdizionale rispetto alle controversie sul rapporto del successore, ove i due giudici risolvano in maniera differente la questione dell'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione nei confronti di quest'ultimo. Un simile conflitto di giurisdizioni potrà risolversi con i consueti mezzi, preventivi (art. 7, c. 1, l. n. 218/1995 – a cui si dovrà aggiungere l'art. 33 Reg. n. 1215/2012, allorché entrerà in vigore – quando il giudizio innanzi al giudice prorogato sia iniziato prima di quello italiano) o successivi (art. 64, lett. e, l. n. 218/1995, se si sia già formato un giudicato in Italia, o art. 64, lett. f, se il processo italiano preveniente non sia ancora sfociato nel giudicato).

⁷⁶ Per un esame delle varie ipotesi in cui si verifica una successione nel rapporto controverso si rinvia a DE MARINI, *La successione cit.*, pp. 59 ss.

Chiaramente la risposta all'interrogativo sarà positiva solo ove si ritenga che l'art. 111 c.p.c. operi anche in queste ipotesi. In dottrina non emerge un orientamento univoco rispetto alla questione⁷⁷, sembra tuttavia preferibile abbracciare una posizione restrittiva, poiché la lettera dell'art. 111 c.p.c., parlando di successione nel diritto (*recte* rapporto giuridico) controverso, limita l'applicazione *diretta* della norma ai soli casi in cui la successione si è verificata rispetto alla posizione giuridica che costituisce oggetto del giudizio. Del resto, l'esigenza di tutela della parte che subisce l'evento successorio impone, in questo caso, l'applicazione analogica del quarto comma dell'art. 111 c.p.c. Se si accoglie un siffatto orientamento, si dovrà affermare che, nelle ipotesi qui discusse, è esclusa l'efficacia del patto di proroga della giurisdizione italiana nei confronti del successore.

Si deve allora concludere che, nel diritto italiano, si può ammettere l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore, solo nel caso di proroga della giurisdizione dei nostri giudici e di successione avvenuta durante la pendenza del processo instaurato in Italia; in tutte le altre ipotesi una simile efficacia deve invece essere esclusa. È bene però sottolineare che si tratta di una conclusione "provvisoria" che dovrà essere rimeditata dopo aver considerato la soluzione – di tutt'altro segno – attinta in ambito europeo, interrogandosi se quest'ultima possa influenzare anche l'ambito interno in ragione del legame tra il sistema della competenza giurisdizionale italiano ed europeo istituito dal rinvio, compiuto dall'art. 3, c. 2, prima parte, l. n. 218/1995, ai criteri speciali di giurisdizione (*olim*) contemplati dalla Convenzione di Bruxelles.

⁷⁷ Nega l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. in entrambe le ipotesi contemplate nel testo PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., *sub* art. 111, pp. 1229, 1232; ID., *La trascrizione* cit., pp. 110 ss. Nel medesimo senso CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8^a ed., II, cit., pp. 528 s. All'opposto è la posizione di ATTARDI, *Diritto* cit., pp. 336 ss., che ritiene in entrambi i casi interamente applicabile la disciplina della successione a titolo particolare nel diritto controverso (interpretata alla luce della teoria della irrilevanza). De Marini afferma l'operatività, seppur non integrale, dell'art. 111 c.p.c. nel caso di successione costitutiva (cfr. DE MARINI, *La successione* cit., pp. 63 s.), ma non nell'altra ipotesi ricordata nel testo (DE MARINI, *La successione* cit., pp. 48 ss.).

8. *La questione dell'efficacia di un accordo ex art. 23/25 Reg. nei confronti del successore. La sentenza Tilly Russ. Alla regola stabilita nella sentenza si possono muovere le stesse critiche rivolte alla tesi che fonda l'efficacia dell'accordo nei confronti del successore sull'accessorietà dell'accordo stesso*

È giunto ora il momento di passare al sistema di Bruxelles e di chiederci se, in quest'ambito, si possa affermare che un accordo sulla giurisdizione ex art. 23/25 Reg. espliciti effetti anche nei confronti del terzo successore nel rapporto controverso.

Si è già considerato che ogni aspetto relativo alla disciplina di un accordo riconosciuto dall'art. 23/25 Reg. è regolato dal diritto europeo o direttamente, mediante autonome regole ricavabili dal Regolamento, il più delle volte in forza di interpretazioni pretorie della Corte di giustizia o indirettamente e, dunque, per mezzo del rinvio alla *lex fori prorogati*⁷⁸.

Prima questione da risolvere è quella se si possa individuare una autonoma norma europea che disciplina il fenomeno. Si deve allora considerare più da vicino l'unico caso in cui la Corte di giustizia si è occupata *ex professo* della questione dell'efficacia di un accordo sulla giurisdizione, riconosciuto dall'allora vigente art. 17 Convenzione di Bruxelles, nei confronti del terzo successore: ci si riferisce chiaramente alla sentenza *Tilly Russ*⁷⁹. Ai giudici del Lussemburgo era stato chiesto se una clausola di proroga della giurisdizione, contenuta in una polizza di carico e valida nei rapporti tra caricatore e vettore, fosse opponibile al prenditore della polizza. Al quesito la Corte ha risposto nel modo seguente: «le esigenze stabilite dall'art. 17 della convenzione sono soddisfatte, trattandosi di una clausola attributiva di competenza inserita in una polizza di carico, allorché questa clausola sia stata riconosciuta valida tra il caricatore ed il vettore e, in base al diritto nazionale vigente, il terzo portatore, acquistando la polizza di carico, sia subentrato nei diritti e negli obblighi del caricatore».

⁷⁸ V. primo volume, cap. II, § 5.

⁷⁹ Corte di giustizia, 19 giugno 1984, C-71/83, *Partenreederei ms. Tilly Russ e Ernest Russ c. Nv Haven en Vervoerbedrijf Nova e NV Goeminne Hout*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, p. 650; in *Dir. mar.*, 1985, p. 580, con nota di LOPEZ DE GONZALO, *Le clausole di deroga alla giurisdizione nelle polizze di carico di fronte alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee*; in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1985, p. 385, con nota di GAUDEMET-TALLON; in *RIW*, 1984, p. 909, con nota di SCHLOSSER.

Il *dictum* della Corte è stato oggetto di due differenti interpretazioni⁸⁰.

Secondo una prima, il *Kirkberg* avrebbe rimesso al “diritto nazionale applicabile”⁸¹ la questione relativa all’opponibilità al prenditore della clausola di proroga contenuta in una polizza di carico, valida ed efficace nei rapporti tra caricatore e vettore⁸². In altre parole, i giudici del Lussemburgo

⁸⁰ Cfr. MARI, *Il diritto cit.*, pp. 669 ss., che con chiarezza individua le due opzioni ermeneutiche disponibili all’interprete della sentenza *Tilly Russ*.

⁸¹ Si utilizza questa espressione, ricavabile dai testi francese e tedesco della sentenza, ove appunto si parla di «*droit national applicable*» e di «*anwendbares nationales Recht*», perché più congrua di quella delle versioni italiana e inglese, ove invece si legge, rispettivamente, «diritto nazionale vigente» e «*relevant national law*».

⁸² Questa è l’interpretazione maggiormente seguita in dottrina. In tal senso si sono chiaramente pronunciati RIGHETTI, *La deroga cit.*, pp. 296 ss., testo e nota 145; CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milano, 1988, p. 443; ID., *Lo spazio cit.*, pp. 174 s.; CONTALDI, *L’art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968 e l’opponibilità al terzo portatore delle clausole di proroga della giurisdizione contenute in polizze di carico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, in part. pp. 891 s.; LOPEZ DE GONZALO, *Le clausole cit.*, pp. 601 ss.; ANCEL, *Le clause attributive de jurisdiction selon l’art. 17 de la Convention de Bruxelles*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 292; GAUDEMET-TALLON, nota senza titolo, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1985, pp. 395 s.; EAD., nota senza titolo, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1995, p. 613; EAD., *Compétence cit.*, pp. 148 s.; BISCHOFF, osservazioni alla sentenza *Tilly Russ*, in *Journ. droit int.*, 1985, pp. 164 s.; BRIGGS-REES, *Civil jurisdiction cit.*, 5th ed., p. 182.

Questa interpretazione sembra accolta anche dalla più recente giurisprudenza della Cassazione francese la quale pare aver abbandonato la sua precedente posizione che – pretermettendo la regola sancita in *Tilly Russ* – negava *sic et simpliciter* (ossia senza previamente individuare il «diritto nazionale applicabile») l’opponibilità della clausola di proroga contenuta nella polizza di carico al prenditore della polizza medesima e all’assicuratore, surrogatosi nei diritti del destinatario delle merci, per averlo indennizzato dei danni da queste subite (cfr. Cass., chambre com., 26 maggio 1992, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1992, p. 703, con nota di GAUDEMET-TALLON; Cass., chambre com., 10 gennaio 1995, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1995, p. 610, con nota di GAUDEMET-TALLON; in *Jour. droit int.*, 1996, p. 141, con osservazioni di HUET; Cass., chambre com., 4 aprile 1995, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1995, p. 610; Cass., chambre com., 16 gennaio 1996, in *Droit mar. fr.*, 1996, p. 393, con osservazioni di BONASSIES; Cass., chambre com., 15 ottobre 1996, in *Droit mar. fr.*, 1997, p. 705, con nota di NICOLAS). La pronuncia della *chambre commerciale* del 4 marzo 2003 (in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2003, p. 285 con nota di LAGARDE; in *Droit mar. fr.* 2003, p. 566, con nota di DELEBECQUE; v. anche le osservazioni di HUET, in *Journ. droit int.* 2004, p. 197) ha infatti escluso l’opponibilità della proroga al terzo prenditore, stabilendo anzitutto che il «diritto nazionale applicabile» era quello francese e rilevando poi che, alla stregua di questo, la clausola di proroga non poteva essere invocata nei confronti del terzo prenditore della polizza di carico. Peraltro, già precedentemente la Cassazione francese aveva operato nella stessa maniera per risolvere la questione dell’opponibilità al terzo di una clausola di deroga a favore di un giudice extracomunitario e così sottratta dall’orbita applicativa dell’allora vigente art. 17 Conv. (v. Cass., I^{ère} chambre civ., 12 luglio 2001, in *Dir. mar.* 2002, p. 280, con nota di DELEBECQUE, che ha affermato l’opponibi-

avrebbero affermato che la questione dell'efficacia della clausola di proroga nei confronti del terzo prenditore non attiene alla Convenzione di Bruxelles, ma deve invece risolversi in base al «diritto nazionale applicabile», senza peraltro stabilire come questo si dovesse individuare⁸³.

Secondo una diversa interpretazione, invece, l'intervento della Corte di Giustizia sarebbe stato ben più incisivo. Si sarebbe, infatti, fissata una autonoma regola comunitaria in base alla quale al prenditore sarebbe sempre opponibile la clausola di proroga contenuta nella polizza di carico, se questi, alla stregua del «diritto nazionale applicabile» subentri nei diritti e negli obblighi che al caricatore derivano dalla polizza di carico⁸⁴. Insomma, il

lità della clausola al terzo, perché così prevedeva la legge applicabile alla stregua delle norme di conflitto del foro, nella specie la legge di Singapore). Nulla invece può dirsi sulla nostra giurisprudenza di legittimità, dato che in tutti i casi è stata esclusa l'opponibilità al terzo della clausola perché, già nei rapporti tra vettore e caricatore, questa mancava dei requisiti formali stabiliti dall'art. 17 Conv. Bruxelles: cfr. Cass., sez. un., 21 novembre 1984, n. 5944, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, p. 840; Cass., sez. un., 21 novembre 1984, n. 5945, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 127; Cass., sez. un., 18 luglio 1986, n. 4636, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 163, con nota di CAMPEIS, DE PAULI; Cass., sez. un., 11 dicembre 1987, n. 9210, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 424, con nota di LOPEZ DE GONZALO; Cass., sez. un., 17 febbraio 1992, n. 1917, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 2167; Cass., sez. un., 18 maggio 1995, n. 5475, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 515.

⁸³ È soltanto con la successiva sentenza *Coreck* (Corte di giustizia, 9 novembre 2000, C-387/98, *Coreck Marittime GmbH c. Handelsveem B.V.*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1577 con osservazioni di DE CRISTOFARO; in *Dir. mar.* 2001, p. 251; in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2001, p. 367, con nota di BERNARD-FERTIER; in *Droit mar. fr.*, 2001, p. 191, con nota di DELEBECQUE; in *Journ. droit int.*, 2001, p. 701, con osservazioni di BISCHOFF; in *ZZP Int.*, 1999, p. 233, con nota di ADOLPHSEN) che la Corte di Giustizia, pur in una pronuncia di irricevibilità della domanda pregiudiziale, ha affermato che il «diritto nazionale applicabile» doveva essere determinato alla stregua delle norme di conflitto del foro adito. I giudici del Lussemburgo hanno dunque accolto la posizione dottrinale che interpretava il richiamo al diritto nazionale applicabile come un riferimento alla *lex causae* (cfr. EKELMANS, *Les conditions de validité au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 d'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissance maritime*, in *Cabiers droit eur.*, 1985, pp. 426 ss.; NORTH, *Jurisdiction Clause in Bills of Ladings and European Judgments Convention. The Tilly Russ*, in *Lloyds' mar. comm. law quar.*, 1985, pp. 179 ss.; BISCHOFF, osservazioni cit., p. 164, che parla della legge che disciplina la polizza di carico; CARBONE, *Lo spazio cit.*, pp. 174 s.; MARI, *Il diritto cit.*, pp. 668 s.; KROPHOLLER, VON HEIN, *Europäisches cit.*, sub Art. 23 EuGVO, p. 442; MANKOWSKI, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches cit.*, sub Art. 23 Brüssel I-VO, p. 586; GEBAUER, *Zur Drittwirkung cit.*, p. 474) e hanno conseguentemente rigettato l'opposto orientamento che interpretava tale richiamo come relativo alla *lex fori* (BONASSIES, nota alla sentenza *Tilly Russ*, in *Droit mar. fr.*, 1985, p. 93; CONTALDI, *L'art. 17 cit.*, pp. 892 s.).

⁸⁴ In tal senso cfr. BONASSIES, nota cit., pp. 92 s.; COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions cit.*, p. 323; MARI, *Il diritto cit.*, pp. 671 ss.; DE CRISTOFARO, (PENASA), in CONSOLO (diretto da),

Kirkberg avrebbe ritenuto questione di diritto convenzionale quella relativa all'opponibilità al terzo prenditore della clausola di proroga, rinviando al «diritto nazionale applicabile» soltanto per risolvere la questione circa il trasferimento, dal caricatore al prenditore, della posizione giuridica complessa derivante dalla polizza di carico.

Quest'ultima è certamente la posizione che appare più convincente.

Innanzitutto essa sembra trovare conferma nel tenore letterale della motivazione della sentenza *Tilly Russ*. Se infatti fosse nel giusto la prima posizione, la Corte di giustizia si sarebbe potuta limitare a rinviare al «diritto nazionale applicabile», senza attardarsi a determinare cosa accadrebbe qualora tale diritto prevedesse il subentro del prenditore nei diritti e negli obblighi del caricatore. Un simile impegno motivatorio è invece pienamente comprensibile ove, invece, si ritenga che la Corte abbia essa stessa stabilito la regola in ordine all'efficacia della clausola di proroga nei confronti del prenditore. Infatti, i giudici del Lussemburgo partono dal rilievo che alcuni ordinamenti prevedono che il terzo prenditore succeda nei diritti e obblighi (diremmo di natura sostanziale) che al caricatore derivano dalla polizza di carico, per poi osservare che, in simili ipotesi, «l'acquisto della polizza di carico non può attribuire al terzo portatore più diritti di quanti ne aveva il caricatore», e così concludere che il prenditore diviene titolare *anche* dei diritti ed obblighi di natura processuale relativi alla clausola di proroga (*recte*, negli effetti giuridici di natura processuale derivanti dalla clausola) – aggiungeremmo noi – sempre e a prescindere da quanto disponga la legge che disciplina il trasferimento dei diritti e degli obblighi sostanziali.

D'altro canto, se la Corte di giustizia avesse veramente voluto rinviare al «diritto nazionale applicabile» la questione dell'opponibilità al terzo prenditore della clausola sulla giurisdizione, avrebbe più congruamente dovuto dichiarare l'irricevibilità della questione, in quanto non attinente all'interpretazione della Convenzione di Bruxelles.

Codice cit., *sub art. 2*, p. 158. Sembrano accogliere quest'interpretazione anche GOTTWALD, in RAUSCHER, WAX, WENZEL (hrsg. von), *Münchener Kommentar zur ZPO*, cit., *sub Art. 23 EuGVO*, p. 1441; GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches cit.*, *sub Art. 23 EuGVVO*, p. 484; G. WAGNER, in STEIN, JONAS, *Kommentar cit.*, *sub Art. 23 EuGVVO*, pp. 425 s.; MANKOWSKI, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches cit.*, *sub Art. 23 Brüssel I-VO*, p. 584; GEBAUER, *Zur Drittwirkung cit.*, p. 474; CHESHIRE, NORTH, FAWCETT, *Private cit.*, p. 295; LOPEZ DE GONZALO, LA MATTINA, *Cessione del credito e proroga di giurisdizione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 95. In giurisprudenza v. in *obiter*, ma con tutta la chiarezza desiderabile, High Court, Chancery Division, *Knorr-Bremse cit.*

A prescindere, poi, da ciò che emerge dalla motivazione della sentenza, l'interpretazione qui accolta appare più in linea con alcuni dei principi seguiti dalla Corte di giustizia nell'interpretazione della Convenzione. Innanzitutto, con la preferenza da sempre mostrata per soluzioni di carattere autonomo dai diritti dei singoli Stati contraenti⁸⁵: è infatti evidente che la regola dettata dai giudici del Lussemburgo prescinde dal modo di disporre dei vari ordinamenti, venendo in rilievo il «diritto nazionale applicabile» – che nella prospettiva qui accolta non può che essere la *lex causae* applicabile alla posizione giuridica del prenditore della polizza di carico⁸⁶ – soltanto al fine di stabilire se il terzo sia o meno succeduto nei diritti e negli obblighi del caricatore.

Inoltre, tale opzione ermeneutica appare più in linea con il principio di certezza giuridica o di prevedibilità del foro innanzi a cui un soggetto può essere convenuto⁸⁷. Ognun vede che il rinvio della questione dell'opponibilità della clausola, *tout court*, al «diritto nazionale applicabile» renderebbe

⁸⁵ La Corte di giustizia, pur avendo affermato, nella sua prima decisione relativa alla Convenzione di Bruxelles (sentenza 6 ottobre 1976, C-12/76, *Industrie Tessili c. Dunlop*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 176), la sostanziale equivalenza tra l'adozione di nozioni autonome e il rinvio ai diritti nazionali, si è successivamente orientata nel senso di privilegiare soluzioni autonome, essendo queste le uniche in grado di garantire l'uniforme applicazione delle norme convenzionali in tutti gli Stati contraenti (cfr., ad es., sentenza 17 giugno 1992, C-26/91, *Handte c. TMCS*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 451; sentenza 13 luglio 1993, C-125/92, *Mulox IBC Ltd. c. Geels*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 432). In tal senso v. MARI, *Il diritto cit.*, pp. 48 ss.

⁸⁶ In Italia la dottrina maggioritaria è propensa a ritenere che la *lex causae* debba individuarsi nella legge applicabile ai titoli di credito (e dunque, ex art. 59, c. 3, l. n. 218/1995, nella legge dello Stato di emissione del titolo), qualora sia dedotto in giudizio l'autonomo diritto alla consegna derivante dalla polizza di carico e, invece, nella legge applicabile al contratto di trasporto (individuata alla stregua del Reg. Roma I, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali), qualora il giudizio riguardi diritti ed obblighi diversi da quello di consegna che trovano fondamento nel contratto di trasporto. Cfr. MARI, *Il diritto cit.*, pp. 668 s.; RIGHETTI, *La deroga cit.*, pp. 297 s., nota 145, ed ivi ulteriori riferimenti di dottrina internazionaleprivatistica. Per la dottrina tedesca v. MANKOWSKI, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, pp. 259 ss.; ID., in RAUSCHER, *Europäisches cit.*, sub Art. 23 Brüssel I-VO, p. 586.

⁸⁷ In tal senso cfr. MARI, *Il diritto cit.*, p. 670. D'altro canto CONTALDI, *L'art. 17 cit.*, pp. 893 ss., nell'ottica del primo orientamento considerato nel testo, non risparmia critiche al rinvio al «diritto nazionale applicabile» della questione dell'opponibilità al terzo prenditore della clausola di proroga contenuta in una polizza di carico, perché ciò condurrebbe inevitabilmente a risolvere la questione in modo differente a seconda dello Stato in cui si agisce. Va peraltro subito rilevato che neppure la regola di cui si discorre nel testo viene pienamente incontro all'esigenza di certezza giuridica, come non si mancherà di rilevare *infra*, § 9.

non agevolmente ricavabile la soluzione di tale questione nei singoli casi concreti, per le difficoltà insite, sia nell'individuazione del diritto nazionale, sia nella determinazione del concreto modo di disporre del medesimo in ordine all'opponibilità al terzo prenditore della clausola sulla giurisdizione. Senza contare poi che tale rinvio, permettendo soluzioni differenziate a seconda dello Stato il cui giudice viene adito, verrebbe a incentivare il *forum shopping* (ossia, nel caso *Tilly Russ*, la ricerca di un foro che permetta di avvalersi o sfuggire agli effetti della clausola di proroga rispetto alle controversie col prenditore della polizza) e dunque ciò che una Convenzione che disciplina la competenza giurisdizionale è, in primo luogo, volta a prevenire.

Stabilita quale debba ritenersi la più corretta interpretazione della sentenza *Tilly Russ*⁸⁸, si può affermare che nel sistema di Bruxelles viga, almeno in tema di efficacia della clausola di proroga contenuta in una polizza di carico nei confronti del prenditore, una autonoma regola europea, con la conseguente esclusione del rinvio alla *lex fori prorogati*.

Quello che bisogna allora chiedersi è se si possa estendere la regola ivi sancita a tutti i casi di trasferimento del diritto oggetto di un accordo sulla giurisdizione⁸⁹ e affermare dunque che l'accordo sulla giurisdizione relativo a una determinata posizione giuridica, concluso tra gli originari titolari, esplica i propri effetti anche rispetto a colui che, alla stregua del «diritto nazionale applicabile», subentra nella titolarità di tale posizione giuridica.

Una simile conclusione risulta difficilmente accettabile. La regola stabilita in *Tilly Russ* è infatti perfettamente analoga a quella proposta dalle prime due posizioni esaminate nel corso del presente capitolo, in tema di efficacia

⁸⁸ Non sembra che elementi contrari a tale conclusione si possano reperire nella successiva sentenza *Coreck*, in cui la Corte di Giustizia si è limitata a stabilire che, qualora il portatore della polizza non subentri nella posizione giuridica del caricatore alla stregua della «legge nazionale applicabile», la clausola di proroga della giurisdizione sarà efficace nei suoi confronti soltanto se egli ha dato il consenso a tale clausola, in una delle forme previste dall'art. 17 Conv., ora 23/25 Reg.

⁸⁹ Va rilevato che in dottrina si ritiene pacificamente che la regola sancita in *Tilly Russ* debba estendersi a tutti i casi in cui si ponga la questione dell'efficacia nei confronti del terzo successore in un determinato rapporto giuridico, dell'accordo sulla giurisdizione relativo a tale rapporto, stipulato dagli originari (asseriti) titolari: cfr. MARI, *Il diritto* cit., pp. 671 s.; RIGHETTI, *La deroga* cit., p. 299; GAUDEMET-TALLON, *Compétence* cit., pp. 148 s.; MANKOWSKI, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches* cit., sub art. 23 Brüssels I-VO, p. 597; KROPHOLLER, VON HEIN, *Europäisches* cit., sub Art. 23 EuGVO, p. 442; MAGNUS, in ID., MANKOWSKI, *Brussels* cit., sub Art. 23, p. 509; WAGNER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., sub Art. 23 EUGVVO, pp. 423 s.; HAUSMANN, QUEIROLO, in SIMONS, HAUSMANN (a cura di), *Regolamento* cit., sub art. 23, pp. 515 s.; GEBAUER, *Zur Drittwirkung* cit., p. 474; LOPEZ DE GONZALO, LA MATTINA, *Cessione del credito* cit., pp. 95 s., in ordine alla cessione del credito.

della convenzione arbitrale nei confronti del successore. Anch'essa connette l'operare dell'accordo sulla giurisdizione rispetto al terzo alla circostanza che questi sia *effettivamente* succeduto nella posizione giuridica oggetto dell'accordo medesimo. Contro tale regola si possono allora avanzare le medesime critiche che si sono già rivolte a quella e che qui ci si limiterà soltanto a "contestualizzare" nell'ambito del sistema di Bruxelles, rinviando invece per una loro compiuta esposizione a quanto già detto nei precedenti paragrafi⁹⁰.

Anzitutto, una simile regola risulta contraria al principio di autonomia degli accordi sulla giurisdizione, che come si è visto, implica anche l'autonomia degli effetti di tali accordi rispetto alle posizioni giuridiche che ne costituiscono l'oggetto: principio questo che ha trovato riconoscimento da parte della Corte di giustizia nel caso *Benincasa*⁹¹.

La regola desumibile da *Tilly Russ* pone poi rilevanti problemi applicativi, dato che subordina l'efficacia della clausola di proroga della giurisdizione nei confronti del terzo prenditore, alla circostanza – tipicamente attinente al merito – che questi sia *effettivamente* succeduto nei diritti e negli obblighi facenti capo al caricatore, disconoscendo così quella relazione di pregiudizialità sussistente tra giurisdizione e merito che è stata più volte affermata dai giudici del Lussemburgo⁹².

Onde evitare un simile esito, si rivelerebbe necessario fare "applicazione" della regola sancita in *Tilly Russ* unitamente alla teoria della prospettazione nella sua forma temperata, che costituisce – a detta della dottrina maggioritaria⁹³ – la teoria accolta nel sistema di Bruxelles per far fronte al problema

⁹⁰ V. *supra*, §§ 1 e 3.

⁹¹ V. primo volume, cap. I, § 8, in fine.

⁹² La Corte di giustizia ha, infatti, più volte affermato che il rispetto degli scopi e dello spirito della Convenzione esige che il giudice nazionale si possa pronunciare sulla propria competenza giurisdizionale senza dover procedere all'esame del merito della causa: cfr. sentenza 4 marzo 1982, C-38/81, *Effer c. Kantner*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 643; sentenza 22 marzo 1983, C-34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Z.N.A.V.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, p. 896; sentenza 29 giugno 1994, C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd. c. Stawa Metallbau GmbH*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 675; sentenza 3 luglio 1997, C-269/95, *Benincasa* cit.; sentenza 16 marzo 1999, C-159/97, *Trasporti Castelletti* cit.

⁹³ Ma non unanime, atteso che vi è chi, come FRANZINA, *Il coordinamento* cit., pp. 375 ss., ritiene che in ambito comunitario sia accolta la teoria della prospettazione nella sua forma pura, con la conseguenza che il giudice dovrebbe determinare la giurisdizione sulla base della domanda, reputando necessariamente vere le affermazioni dell'attore relative a circostanze doppiamente rilevanti (questa appare anche la posizione generalmente accolta dalla giurisprudenza italiana: v., ad es., Cass., sez. un., 1 marzo 1988, n. 2156). Questi due differenti orientamenti si basano su una diversa interpretazione dell'invero non nitida sentenza *Effer*,

delle circostanze doppiamente rilevanti, quelle, cioè, che giocano un ruolo per la decisione sia della questione di giurisdizione sia del merito.

In base a tale teoria, il giudice, nel risolvere la *quaestio iurisdictionis*, dovrebbe verificare la sussistenza di simili circostanze sulla scorta di fatti concludenti e pertinenti⁹⁴ e, dunque, non certo con lo stesso impegno che egli spenderà nel conoscerle ai fini del merito, ma neppure basandosi esclusivamente sulle semplici affermazioni dell'attore⁹⁵; per cui, nel caso che qui

con cui la Corte di giustizia si è pronunciata sulla tenuta del titolo di giurisdizione, di cui all'art. 5, n. 1, Conv., di fronte a contestazioni del convenuto, circa l'esistenza del contratto a fondamento della domanda. La Corte nel dispositivo ha affermato l'applicabilità della norma sul *forum solutionis* pure nel caso in cui sia controversa l'esistenza del contratto. Il problema è che, nella motivazione, compaiono affermazioni non così agevolmente conciliabili con il dispositivo. Sostengono infatti i giudici del Lussemburgo che il giudice chiamato a dirimere una lite derivante da un contratto deve verificare «i presupposti essenziali della propria competenza in base a fatti concludenti e pertinenti forniti dalla parte interessata che provano l'esistenza o inesistenza del contratto». Ed è appunto questa non immediata coerenza fra motivazione e dispositivo che ha originato le due differenti posizioni qui ricordate: una, concentrandosi sulla motivazione, ritiene che la Corte abbia rigettato la teoria della prospettazione nella sua forma pura e richiesto una prova, seppur non piena, ma solo per fatti concludenti e pertinenti, dell'esistenza (e della validità) del contratto; l'altra, basandosi sul dispositivo, crede invece che i giudici del Lussemburgo abbiano *sic et simpliciter* accolto la teoria della prospettazione. Per una ulteriormente diversa lettura della sentenza *Effer*, in base alla quale la Corte di giustizia si sarebbe pronunciata solo sull'individuazione del giudice che «risulta fornito di giurisdizione appropriata a risolvere la questione dell'esistenza della materia contrattuale prevista dall'art. 5 n. 1 Conv.», cfr. PERILLO, *La teoria della prospettazione della domanda e le regole della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in AA. VV., *La Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 e la riforma del processo civile italiano*, Milano, 1985, p. 116.

⁹⁴ In tal senso cfr. DE CRISTOFARO, *Il foro cit.*, pp. 276 ss.; GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches cit.*, sub Art. 5 EuGVVO, p. 205; LEIBLE, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches cit.*, sub Art 5 Brüssel I-VO, p. 212; OST, *Doppelrelevante Tatsachen im Internationalen Zivilverfahrensrecht*, Frankfurt a.M., 2002, pp. 213 ss.; HUET, osservazioni alla sentenza *Effer*, in *Journ. droit int.* 1982, pp. 475 ss.; GAUDEMET-TALLON, nota alla sentenza *Effer*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1982, pp. 575 ss.; SALERNO, *L'incidenza del diritto applicabile nell'accertamento del forum destinatae solutionis*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 101; GOTHOT, HOLLEAUX, *La Convention cit.*, pp. 31 s.; MARI, *Il diritto cit.*, p. 731, il quale afferma che, nella sentenza *Effer*, la Corte di giustizia ha affermato «l'esigenza (minima) di una domanda da cui si desuma *prima facie* che la controversia riguarda la materia contrattuale».

⁹⁵ Non è chiaro peraltro quale sarebbe lo *standard of proof* specificatamente richiesto per risolvere la questione di giurisdizione: cfr. O'MALLEY, LAYTON, *European cit.*, p. 395; SALERNO, *L'incidenza cit.*, p. 101, nota 99. BRIGGS, REES, *Civil jurisdiction cit.*, 4th ed., p. 175 – facendo riferimento alla sentenza della Court of Appeal, 29 ottobre 1997, *Canada Trust Co and others v Stolzenberg and others (No. 2)* [1998] 1 All ER 318 [1998] 1 WLR 547 (CA) – ritengono che si debba adottare lo *standard* del *good arguable case*; nel senso invece che sia richiesto il più rigoroso *standard* del *serious issue to be tried*, v. DE CRISTOFARO, *Il foro cit.*, p. 279; MARI,

ci occupa, il giudice per decidere circa l'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione.

Il diritto cit., p. 731, infine, ritiene sufficiente che risulti la appartenenza *prima facie* della controversia alla materia contrattuale.

Quanto alla giurisprudenza inglese, fondamentale è il già ricordato caso *Canada Trust*, ove doveva essere provato il domicilio inglese di uno dei convenuti, rilevante *ex art.* 6, n. 1, Conv. Lugano, per radicare la giurisdizione inglese anche rispetto ai litisconsorti passivi non domiciliati nel Regno Unito. La Court of Appeal ha qui sancito l'operatività dello *standard* del *good arguable case*, con decisione espressamente approvata da Lord Steyn nel suo *speech* in House of Lords, 12 ottobre 2000, *Canada Trust Co and others v Stolzenberg and others* (No. 2) [2002] 1 AC 1, [2000] 4 All ER 481, [2000] 3 WLR 1376 (anche in *Int'l lis* 2002, 70, con nota di ONNIBONI, *Pendenza della lite davanti al giudice inglese ai fini degli artt. 2 e 6, n. 1, Conv. di Lugano del 1988*). I giudici inglesi si son poi sempre attenuti allo *standard* del *good arguable case* (cfr. High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 30 luglio 2002, *Carnoustie Universal SA v International Transport Workers Federation* [2003] ILPr 7, [2002] 2 All ER (Comm) 657, in cui si discuteva dell'applicazione degli artt. 17 e 21 Conv.; High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 11 febbraio 2003, *D. King v Crown Energy Trading AG* [2003] ILPr 28, in cui si doveva accertare la sede inglese di una società; High Court, Chancery Division, 29 aprile 2004, *The Bank of Tokio-Mitsubishi Ltd. v Baskan Gıda Sanayi Ve Pazarlama AS* [2004] 2 Lloyd's Rep 395, [2004] ILPr 26, in cui era in disputa l'operatività dell'art. 23 Reg.), rilevando, peraltro, il carattere flessibile di tale *standard*, che impone una verifica più o meno approfondita a seconda del criterio di giurisdizione che in concreto viene in rilievo (carattere già sottolineato da Lord Waller nel suo *judgment* in Court of Appeal, 29 ottobre 1997, *Canada Trust cit.*, ove, in particolare, si rileva che tale vaglio sarà più impegnativo ogni qualvolta si abbia a che fare con una circostanza – come il domicilio del convenuto – che non gioca un ruolo nella decisione del merito). Si deve, però, rimarcare che una simile soluzione non si è compiutamente stabilizzata, come ha avuto modo di rilevare Lord Rix nel suo *judgment* in Court of Appeal, 17 gennaio 2006, *Konkola Copper Mines Plc v Coromin* [2006] 1 Lloyd's Rep 410, [2006] ILPr 46, ove “fotografa” lo *status* della giurisprudenza inglese sul punto: «the standard of proof has not been settled, but there is a general tendency to apply the good arguable case test in a form which is more or less consistent with Canada Trust gloss». Non può dirsi in tal senso risolutiva neppure la successiva pronuncia del Privy Council, 11 ottobre 2006, *Bold Distilleries Trading As Bols Royal v Superior Yacht Services Limited* [2007] 1 All ER (Comm) 461, [2007] 1 Lloyd's Rep 683, che ha affermato l'operatività dello *standard of proof* del *good arguable case* in un caso in cui l'attore invocava a fondamento della giurisdizione del giudice adito un accordo *ex art.* 23 Reg. Non è risolutiva sia perché il Privy Council si riferiva allo *standard* stabilito dal diritto di Gibilterra (peraltro non diverso da quello applicato nei precedenti inglesi sopra citati), sia perché le sue decisioni hanno soltanto efficacia persuasiva e non vincolante rispetto ai giudici inglesi. Nondimeno le successive decisioni inglesi hanno sempre applicato lo *standard* del *good arguable case* invocando in particolare la pronuncia del Privy Council (v. Court of Appeal, 28 marzo 2007, *Benatti v WPP Holdings Italy s.r.l. and others* [2007] 1 WLR 2316, in *Int'l lis* 2010, 7 ss., con nota di SILVESTRI, ove si poneva il problema dell'applicabilità o dell'art. 23 Reg. o della sezione 5 del Reg.; High Court, Queen's Bench Division (Technology and Construction Court), 4 aprile 2007, *Hewden Tower Cranes Ltd v Wolffkran GmbH* [2007] 2 Lloyd's Rep 138, [2007] ILPr 43; High Court, Chancery Division (Patents Court), 7 febbraio 2008, *Knorr-Bremse Systems for Commercial Vehicles Ltd v Haldex Brake Products GmbH* [2008] 2 All ER (Comm)

zione rispetto al prestatore, dovrebbe verificare il suo “probabile” subentro nel diritto di cui era originariamente titolare il caricatore⁹⁶.

Non si può però fare a meno di rimarcare che l'applicazione congiunta della regola stabilita in *Tilly Russ* e della teoria della prospettazione temperata preli il fianco a una decisiva obiezione. Una simile “applicazione”

448, [2008] ILPr 26: entrambi casi in cui veniva in rilievo un accordo di deroga della giurisdizione inglese *ex art. 23 Reg.*; High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 30 aprile 2008, *Deutsche Bank AG & Ors v Asia Pacific Broadband Wireless Communications Inc & Anor Deutsche Bank* [2008] 2 Lloyds Rep 177, [2008] ILPr 43, in cui si discuteva della validità ed efficacia di un accordo *ex art. 23* a favore del giudice inglese).

Qualora al giudice risulti che nessuna delle parti abbia soddisfatto lo *standard* in questione e, dunque, abbia mostrato di avere (*much*) *the better of the argument* rispetto alla controparte, si pone il problema di individuare il soggetto su cui grava il *burden of proof* che vedrà la questione di giurisdizione risolta a suo sfavore. Rispetto a ciò, alcune decisioni hanno affermato che l'onere della prova grava sempre su chi propone la domanda, che deve provare di avere un *good arguable case* che sussista la giurisdizione del giudice inglese, anche nel caso in cui vengano in rilievo circostanze (come ad esempio un accordo di deroga a favore di giudici stranieri o la previa pendenza della lite in un altro Stato europeo) che escludono la competenza giurisdizionale altrimenti spettante al giudice inglese (High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 30 luglio 2002, *Carnoustie* cit.; High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 6 maggio 2003, *Provimi* cit.). Altre decisioni però hanno stabilito che, almeno nel caso in cui si invochi un accordo *ex art. 23 Reg.* di deroga alla giurisdizione inglese, l'onere della prova incomba sul convenuto, che deve quindi dimostrare di avere «much the better of the argument» (rispetto all'attore) in ordine all'esistenza di un valido ed efficace accordo sulla giurisdizione (High Court, Chancery Division, 29 aprile 2004, *The Bank of Tokyo-Mitsubishi* cit.; High Court, Chancery Division (Patents Court), 7 febbraio 2008, *Knorr-Bremse* cit.; High Court, Queen's Bench Division (Technology and Construction Court), 4 aprile 2007, *Hewden* cit.).

Resta solo da sottolineare che la giurisprudenza inglese, invocando all'uopo un passo della sentenza *Shevill* (Corte di giustizia, 7 marzo 1995, C-68/93, *Fiona Shevill c. Presse Alliance S.A.*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 5), ritiene che lo *standard* e il *burden of proof* non siano delle *questions of Community law*, come tali bisognose di una soluzione autonoma ugualmente operante in tutti gli Stati dell'Unione, ma questioni da risolvere in base al diritto nazionale del giudice concretamente adito.

⁹⁶ Sembra pronunciarsi in tal senso, senza però invocare la teoria della prospettazione, GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches* cit., *sub Art. 23 EuGVVO*, p. 484, nota 304 che, nel caso in cui sia controversa l'efficacia dell'evento successorio, ritiene che l'accordo sulla giurisdizione espliciti i propri effetti nei confronti del successore, se si dia l'esteriore fattispecie di una alienazione («der äußere Tatbestand einer Abtretung»).

risulterebbe, infatti, contraria al fondamento in base al quale i giudici del Lussemburgo hanno affermato quella regola.

Come si è già rilevato, la Corte di giustizia l'ha sancita in ragione dell'esigenza che la posizione del prenditore e del caricatore, suo dante causa, siano eguagliate in tutto e, dunque, non soltanto in ordine ai diritti e obblighi di natura sostanziale che derivano dalla polizza di carico, ma anche rispetto agli effetti processuali che discendono dalla clausola di proroga contenuta nella medesima polizza. Una decisione che faccia applicazione della regola stabilita in *Tilly Russ*, congiuntamente alla teoria della prospettazione nella sua forma temperata, porterà però ad affermare l'opponibilità della clausola di proroga anche in ipotesi in cui la posizione del prenditore non è affatto eguale a quella del caricatore, ossia nei casi in cui, nonostante la più o meno sommaria valutazione compiuta dal giudice, non si è effettivamente verificato sul piano sostanziale alcun trasferimento di posizioni giuridiche dall'uno all'altro soggetto. Ognun vede che in tali ipotesi non sussiste l'esigenza che sta alla base della decisione dei giudici del Lussemburgo, per cui ammettere l'efficacia della clausola di proroga anche in un simile caso non sarebbe in alcun modo giustificato, almeno stando al ragionamento della Corte di giustizia.

Si deve dunque affermare che la regola desumibile dalla sentenza *Tilly Russ* pone innanzi a un vicolo cieco: o essa viene applicata integralmente, ma allora si viola il fondamentale carattere pregiudiziale della questione di giurisdizione rispetto al merito; o, invece, viene "applicata" congiuntamente alla teoria della prospettazione, ma allora essa verrebbe a operare anche in casi in cui la sua *ratio* non glielo permetterebbe.

Questa indagine ci porta allora a concludere che, da una parte, non è certamente auspicabile che la regola sancita in *Tilly Russ*, viste le perplessità dogmatiche e i problemi applicativi che essa pone, venga estesa a disciplinare ogni ipotesi di successione nel rapporto oggetto dell'accordo sulla giurisdizione; e, dall'altra, che tale sentenza necessita di un'interpretazione "correttiva" o "adeguatrice", per consentire una sua applicazione nelle ipotesi in cui si deve risolvere la questione – oggetto specifico di tale decisione – dell'efficacia della clausola sulla giurisdizione, contenuta in una polizza di carico, nei confronti del prenditore della polizza medesima.

9. In ambito europeo la regola circa l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore deve essere ricavata dal principio che emerge dalla sentenza *Dansommer*. Interpretazione "adeguatrice" della sentenza *Tilly Russ*, quale decisione che stabilisce come deve determinarsi l'oggetto del giudizio, al limitato fine della soluzione della quaestio iurisdictionis, in un caso – quello della domanda fondata su una polizza di carico – che si presta a facili abusi della regola dell'efficacia dell'accordo nei confronti del successore

Una volta esclusa la rilevanza della sentenza *Tilly Russ* ed anzi verificata la necessità di adottarne un'interpretazione "adeguatrice", l'indagine dovrà ripartire daccapo chiedendosi nuovamente se in ambito europeo possa essere rinvenuta una autonoma regola che sancisce l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore nel rapporto controverso. È appena il caso di rilevare che tale regola dovrà avere il medesimo contenuto di quella individuata trattando degli accordi sulla giurisdizione riconosciuti dall'art. 4 l. n. 218/1995 e, dunque, potrebbe essere così formulata: «nel caso di successione nel rapporto controverso, un accordo sulla giurisdizione in ordine alle azioni relative ad un determinato rapporto giuridico intercorrente tra due soggetti ed efficace nei loro confronti, estende i suoi effetti altresì rispetto alle azioni in ordine al rapporto intercorrente tra uno di questi soggetti e un terzo (prospettato quale) successore dell'altro».

Pur cautamente, ritengo che una simile regola possa reperire il suo fondamento nella sentenza *Dansommer*⁹⁷. Con tale decisione i giudici del Lussemburgo hanno affermato che, nel caso sia dedotto in giudizio un diritto derivante da un contratto di affitto di un bene immobile, è invocabile il cri-

⁹⁷ Corte di giustizia, 20 gennaio 2000, C-8/98, *Dansommer A/S c. Götz*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1130. La vicenda traeva origine da un contratto di locazione di un bene immobile sito in Danimarca concluso tra il signor Götz e il proprietario di tale immobile, con l'intermediazione di un operatore turistico professionale, la *Dansommer*. A locazione conclusa, quest'ultima agiva in Germania nei confronti del conduttore deducendo in giudizio il diritto al risarcimento del danno per inadempimento dell'obbligo di mantenere l'immobile in buono stato, diritto che originariamente faceva capo al locatore, ma nel quale la *Dansommer* affermava di essersi surrogata. Il giudice tedesco d'appello, dubitando della sussistenza della propria competenza giurisdizionale, investiva la Corte di giustizia della questione se, nel caso di specie, trovasse applicazione l'allora vigente art. 16 n. 1 Conv. Bruxelles e si dovesse, pertanto, riconoscere la giurisdizione esclusiva dei giudici danesi. Il *Kirchberg*, dopo aver rilevato che all'azione sarebbe stato sicuramente applicabile l'art. 16 n. 1 Conv. Bruxelles, ove essa fosse stata proposta dal proprietario-locatore, si pone il problema se si debba per caso giungere a una diversa conclusione per il fatto che la domanda era stata proposta non già dall'originario titolare del diritto, ma da un terzo (asseritamente) surrogatosi in tale diritto.

terio di giurisdizione esclusiva dettato dall'art. 16, punto 1, lettera a), Conv. Bruxelles, anche se l'azione non venga instaurata dal titolare originario del diritto, ma da un soggetto surrogatosi in tale diritto. È il caso di osservare che la Corte qui – a differenza che nella sentenza *Tilly Russ* – non subordina l'efficacia della norma sulla giurisdizione rispetto all'azione proposta dal terzo, alla circostanza che questi si sia *effettivamente* surrogato nel diritto del dante causa e dunque sembra ritenere sufficiente, a tali fini, che il terzo, nel giudizio da lui instaurato, *afferma* di essersi surrogato nel diritto in questione.

Ora, astruendo dalle peculiarità del caso concreto, da tale pronuncia si può ricavare che la norma sulla giurisdizione, operante in ordine alle controversie aventi ad oggetto un determinato rapporto giuridico, deve trovare applicazione, nel caso di successione nel rapporto controverso, anche nelle controversie relative a quello “stesso” rapporto giuridico, tra soggetti parzialmente diversi, ossia tra uno degli originari titolari e il successore dell'altro⁹⁸. Ciò si verificherà con riguardo alle sole norme sulla giurisdizione che

⁹⁸ Questa regola è generalmente ritenuta operante con riguardo all'art. 5, n. 1, Reg. (cfr. MARTINY, *Internationale Zuständigkeit für „vertragliche Streitigkeiten“*, in *Einheit und Vielfalt des Rechts, Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag*, München, 2002, p. 661; GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches cit., sub Art. 5 EuGVVO*, p. 204; G. WAGNER, in STEIN, JONAS, *Kommentar cit., sub Art. 5 EuGVVO*, p. 151; LEIBLE, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches cit., sub Art. 5 Brüssel I-VO*, p. 204; MANKOWSKI, in RAUSCHER, MANKOWSKI, *Brussels cit., sub Art. 5*, pp. 142 ss.; JAULT-SESEKE-LA MATTINA, in HAUSMANN, QUEIROLO (a cura di), *Regolamento cit., sub art. 5 n. 1*, pp. 186 s.; BRIGGS, REES, *Civil Jurisdiction cit.*, 5th ed., pp. 217 s.; SCHLOSSER, *EU-Zivilprozessrecht, cit., sub Art. 5 EuGVVO*, p. 52, con riguardo alla successione a titolo particolare; GOTTWALD, in RAUSCHER, WAX, WENZEL, *Münchener Kommentar cit., sub Art. 5 EuGVO*, p. 1382, nel caso di cessione del credito; OGH 11 maggio 2005, in *IPRax* 2006, p. 489; BGH, 22 aprile 2009, *RIW* 2009, p. 569; FRANZINA, *La giurisdizione cit.*, pp. 249 ss. Quest'ultimo – invocando altresì la sentenza *Dansommer* – ritiene operante la regola «almeno nei casi in cui una persona “normalmente accorta” sia in grado di prevedere per quali fatti e di fronte a quale giudice potrebbe essere convenuto in relazione al rapporto» (situazione che – ad avviso dell'Autore – si verifica di regola tutte le volte in cui la vicenda successoria si realizzi in virtù di un atto negoziale e ogni qualvolta vengano fatte valere dal contraente, nei riguardi del terzo, pretese identiche – nel loro contenuto e nella loro proiezione territoriale – rispetto a quelle che avrebbero potuto essere rivolte alla parte originaria).

Una simile conclusione potrebbe essere revocata in dubbio in ragione di Corte di giustizia, 5 febbraio 2004, C-265/02, *Frabuil SA c. Assitalia S.p.a.* (in *Int'l lis*, 2004, p. 127, con nota di CERDONIO CHIAROMONTE, *Foro contrattuale e diritti del fideiussore che ha pagato tributi doganali*; in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1134, con nota di FRANZINA, *Surrogazione e regresso del fideiussore nella disciplina comunitaria della competenza giurisdizionale*) ove si è stabilito che l'azione del fideiussore, il quale, dopo aver pagato i tributi doganali, fa valere la surrogazione e il regresso nei confronti del proprietario delle merci (obbligato in solido al pagamento di tali tributi) non appartiene alla materia contrattuale se quest'ultimo non sia parte del contratto di

non diano rilievo a criteri di carattere soggettivo, relativi al titolare originario del rapporto, cui si è “sostituito” il successore⁹⁹.

Una simile regola appare conforme ai principi di prossimità e prevedibilità impiegati dalla Corte di giustizia nell’interpretazione della norme (speciali) di giurisdizione del sistema di Bruxelles. Quanto al principio di prossimità, è agevole osservare che, nelle liti tra le parti originarie del rapporto e in quelle tra una di queste e il successore, le questioni rilevanti sono in gran parte le stesse: segnatamente quelle relative all’esistenza del rapporto tra le sue parti originarie (nelle seconde si porranno inoltre quelle relative alla successione nel rapporto). Se le prime liti sono ritenute dalle norme regolamentari pros-

fideiussione e non ne abbia autorizzato la conclusione. Da tale pronuncia si potrebbe infatti dedurre che l’operatività del foro contrattuale è condizionata a un atto di assenso della parte che “subisce” la successione (prospetta quest’ipotesi, per poi escluderla, FRANZINA, *La giurisdizione* cit., p. 251). Tuttavia, la decisione – come sottolineato in dottrina – appare erronea quanto alla sua motivazione, potendo invece il suo esito essere attinto grazie a un diverso percorso argomentativo che escluda l’azione dalla materia contrattuale in ragione del fatto che la surrogazione, invocata dal fideiussore, atteneva a un credito (originariamente) dell’amministrazione doganale, di fonte legale e non già contrattuale (CERDONIO CHIAROMONTE, *Foro contrattuale* cit., p. 127, la quale osserva che la decisione si lascia invece accogliere anche in ordine alla motivazione, ove si ritenga che questa riguardi il solo regresso, inteso come diritto diverso e ulteriore rispetto a quello che si fa valere con la surrogazione; nel medesimo senso FRANZINA, *Surrogazione* cit., pp. 1138 s.). Si deve allora escludere che la sentenza possa costituire un ostacolo all’operare del foro contrattuale nei confronti del successore.

Nel senso dell’applicabilità all’art. 5, n. 3, Reg. nel caso di successione nel credito risarcitorio cfr. KROPHOLLER, VON HEIN, *Europäisches* cit., sub Art. 5 EuGVO, p. 233; GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches* cit., sub Art. 5 EuGVVO, p. 237; G. WAGNER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., sub Art. 5 EuGVVO, p. 175; SCHLOSSER, *EU-Zivilprozessrecht*, cit., sub Art. 5 EuGVVO, p. 62; LEIBLE, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches* cit., sub Art. 5 Brüssel I-VO, p. 204; GOTTWALD, in RAUSCHER, WAX, WENZEL, *Münchener Kommentar* cit., sub Art. 5 EuGVO, p. 1394; in giurisprudenza v. Cass., sez. un., 4 febbraio 2008, n. 2519, in ipotesi di cessione del credito.

⁹⁹ Ad esempio, il successore non potrà essere convenuto innanzi al foro del domicilio del suo dante causa. Inoltre, un ente pubblico – surrogatosi nei diritti dell’alimentando e che in tale veste agisce nei confronti del debitore di alimenti – non può invocare l’art. 5, n. 2, Conv. o Reg. (così Corte di giustizia, 15 gennaio 2004, C-433/01, *Freistaat Bayern c. Jan Blijdenstein*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2004, p. 471 con nota di PATAUT; in *Journ droit int.*, 2004, p. 635, con nota di HUET; in *ZZP Int.*, 2004, p. 155, con nota di RAUSCHER; in *JZ*, 2004, p. 407, con nota di SCHLOSSER, rilevando che la norma è dettata a tutela del solo creditore di alimenti, quale parte debole del rapporto obbligatorio alimentare). Nel caso infine di contratti col consumatore, i fori previsti dall’art. 14 Conv. e 16 Reg. sono utilizzabili soltanto dal consumatore e non anche da un suo avente causa che agisca con finalità professionali (come la Corte di giustizia ha stabilito nella sentenza, 19 gennaio 1993, C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton Inc. c. TVB mbH*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 761).

sime al giudice di un determinato Stato dell'Unione, altrettanto si dovrà dire per le seconde.

L'applicazione delle norme sulla giurisdizione anche rispetto alle liti instaurate da o contro il successore, poi, corrisponde sicuramente all'esigenza di prevedibilità del foro propria *delle parti originarie del rapporto*, le quali non potrebbero ragionevolmente pensare che il mutamento di uno dei soggetti del rapporto conduca a un mutamento in ordine al giudice giurisdizionalmente competente. Quanto alla prevedibilità dal lato del successore, essa è garantita almeno in ogni ipotesi di successione a titolo particolare tra vivi. Ciò non solo nei casi in cui la successione consegua a un negozio giuridico di cui è parte l'avente causa, che dunque sicuramente conosce o è posto nelle condizioni di conoscere le caratteristiche del rapporto in cui subentra, ma anche nei casi di successione *ope legis*, che comunque si verifica in situazioni in cui il futuro successore può conoscere il rapporto, venendo in qualche modo "in contatto" con lo stesso (si pensi, ad esempio, alla surrogazione per pagamento, in cui il soggetto si surroga in un credito altrui che egli stesso soddisfa).

A questo punto si deve stabilire se questa regola valga in ordine alle sole norme sulla giurisdizione direttamente stabilite dal sistema di Bruxelles o anche relativamente alle norme concrete di giurisdizione poste dagli accordi riconosciuti dal Regolamento. All'uopo si deve osservare che, ove l'accordo individui direttamente il giudice prescelto, la norma che in esso trova fonte non dà rilievo ad alcun criterio di carattere soggettivo relativo alle parti (originarie) della lite ed è dunque perfettamente giustificato estenderne l'operatività al successore¹⁰⁰.

Ecco così trovato il fondamento della regola europea di efficacia di un accordo sulla giurisdizione rispetto al successore, la quale non risulta altro se non una specificazione, relativa agli accordi sulla giurisdizione, di quella più comprensiva ricavabile dalla sentenza *Dansommer*¹⁰¹.

¹⁰⁰ L'accordo sulla giurisdizione non esplicherà invece efficacia nei confronti del successore ove il giudice prorogato non sia individuato direttamente, ma mediante un criterio soggettivo relativo alla parte del rapporto poi "sostituita" dal successore: si pensi, ad esempio, a una *electio fori* a favore del giudice del domicilio di chi successivamente si sia reso dante causa.

¹⁰¹ Una simile regola sembra essere stata – almeno implicitamente – accolta da Cass., sez. un., 5 maggio 2006 n. 10312, in *Int'l lis* 2007, p. 74, con mia nota *Cessione del credito e accordo di proroga della giurisdizione: la giurisprudenza Tilly Russ al vaglio delle Sezioni Unite*, cui si rinvia per la dimostrazione dell'assunto. Tale decisione, pronunciandosi in un caso di cessione del credito, ha affermato che la clausola di proroga della giurisdizione italiana conclusa tra ceduto e cedente è efficace altresì nei confronti del cessionario nell'ambito di un giudizio,

Questa regola appare sicuramente preferibile rispetto a quella desumibile da *Tilly Russ* perché più in linea con gli insegnamenti della Corte di giustizia e anzitutto, con la sua manifesta preferenza per soluzioni autonome dai diritti nazionali. Non si può, infatti, fare a meno di rilevare che essa risulta completamente autonoma dai singoli diritti nazionali: l'efficacia nei confronti del terzo dell'accordo sulla giurisdizione viene a dipendere solo dalla domanda della parte che fissa il *thema decidendum* e prospetta la successione nel rapporto oggetto dell'accordo sulla giurisdizione e non più dal fatto che il «diritto nazionale applicabile» preveda il trasferimento in capo al terzo della posizione giuridica oggetto dell'accordo.

Proprio la sua autonomia la rende poi maggiormente conforme al principio di certezza giuridica, dato che sarà molto agevole determinare quando l'accordo sulla giurisdizione esplica i suoi effetti nei confronti del terzo successore nel diritto controverso, senza che vi siano più le incertezze legate, sia all'individuazione, che al concreto modo di disporre, *in puncto* trasferimento del diritto, della «legge nazionale applicabile».

Infine, questa regola soddisfa pienamente quell'esigenza di prevedibilità del foro propria della parti degli accordi sulla giurisdizione, che col loro patto hanno voluto evitare – nella misura del possibile – una preliminare *litigation on where to litigate* e che non possono vedere frustrato il loro intento per il solo fatto che si è avuta una successione nel rapporto sostanziale.

Una volta individuata – e radicata nel suo fondamento di diritto positivo – la regola che nel sistema di Bruxelles disciplina l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione rispetto al terzo successore nel rapporto controverso, si deve tentare di armonizzare ad essa il *dictum* di *Tilly Russ*, cercando di fornirne, nella misura del possibile, un'interpretazione “adeguatrice”. All'uopo si possono valorizzare le peculiarità del caso su cui i giudici del Lussemburgo si sono pronunciati: quello della clausola sulla giurisdizione contenuta in una polizza di carico. È noto che le singole leggi nazionali configurano in maniera diversa la posizione giuridica del prenditore della polizza di carico: secondo alcune, questi succede nella posizione giuridica del caricatore, de-

proposto dal ceduto, volto a far accertare l'originaria inesistenza, o l'estinzione per pagamento (anteriore alla cessione), dei crediti oggetto della cessione. Analogamente orientata appare Cass., sez. un., 20 novembre 2007, n. 24004 ove, in un caso di cessione del contratto, si è stabilito che la clausola di proroga della giurisdizione relativa al contratto medesimo esplica effetti nei confronti del cessionario che propone azione di risoluzione del contratto per inadempimento.

rivante dal contratto di trasporto e incorporata nella polizza di carico¹⁰²; alla stregua di altri ordinamenti, invece, con l'acquisto della polizza si costituisce a titolo originario, in capo al prenditore, un'autonoma situazione giuridica nei confronti del vettore¹⁰³.

È chiaro che, in simili ipotesi, l'applicazione *sic et simpliciter* della regola ricavabile dalla sentenza *Dansommer* potrebbe dar adito ad abusi da parte dell'attore che avrebbe la possibilità di formulare la sua domanda in modo differente a seconda che voglia avvalersi o, invece, sfuggire agli effetti di un accordo sulla giurisdizione. Basterebbe, infatti, per il prenditore della polizza o per il vettore invocare a fondamento della domanda la legge di uno Stato che prevede la successione del prenditore nella posizione facente capo al caricatore, per fondatamente sostenere che la clausola sulla giurisdizione contenuta nella polizza di carico espliciti effetti rispetto all'instaurato giudizio; come del resto, sarebbe sufficiente che i medesimi soggetti affermassero nella loro domanda l'applicabilità di una legge che non prevede una simile successione, per sottrarre l'azione proposta dall'ambito di operatività dell'accordo sulla giurisdizione.

¹⁰² Si pensi al diritto inglese, ove in tal senso chiaramente dispone la *section 2 (1)* del *Carriage of Goods by Sea Act 1924*: «[S]ubject to the following provisions of this section, a person who becomes (a) the lawful holder of a bill of lading [...] shall (by virtue of becoming the holder of the bill [...]) have transferred to and vested in him all rights of suit under the contract of carriage as if he had been a party to that contract».

¹⁰³ Cfr. in tal senso, nella dottrina italiana, BALESTRA, *La polizza di carico nel trasporto di carico e nel noleggio a viaggio*, Milano, 1968, pp. 65 ss. In ordine ai titoli di credito in generale v. ASCARELLI, *Titolarità e costituzione del diritto cartolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, pp. 131 s.; ID., BONASI-BENUCCI, voce «Cambiale», in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1968, p. 715; ASQUINI, *Corso di diritto commerciale, Titoli di credito e in particolare cambiale e titoli bancari di pagamento*, rist. riveduta, Padova, 1966, pp. 87 s.; MARTORANO, voce «Titoli di credito», in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 326; ID., *Titoli di credito, Titoli non dematerializzati*, in CICU, MESSINEO, MENGONI (già diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, continuato da SCHLESINGER, Milano, 2002, pp. 80 ss.; GALGANO, *Titoli di credito, Art. 1992-2027*, 3^a ed., in ID. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2010, *sub art.* 1994, pp. 139 s.; MILLI, *Titoli di credito, Disposizioni generali*, in SCHLESINGER (fondato da) *Il codice civile, Commentario*, diretto da BUSNELLI, Milano, 2012, *sub art.* 1922, pp. 25 s. Nella dottrina processualistica v. ALLORIO, *La cosa giudicata cit.*, pp. 156 ss. Tale posizione si fonda sull'autonomia del credito cartolare, ossia sulla indipendenza della posizione creditoria di ciascun portatore del titolo da quella dei portatori precedenti. Nel senso che non si abbia successione nel diritto cartolare v. anche MESSINEO, *I titoli di credito*, Padova, 1933, II, pp. 11 ss., il quale accoglie però la "teoria della pendenza", in virtù della quale l'acquirente di un titolo di credito, prima della scadenza del credito, acquista non già un credito, ma un mero diritto potestativo di divenire creditore (al momento della scadenza) (v. in part., pp. 28 ss.).

Si può allora ritenere che la Corte di giustizia *implicitamente* abbia accolto la regola in questione ed *esplicitamente* ne abbia stabilito delle modalità d'applicazione "correttive" nel peculiare caso della domanda fondata sulla polizza di carico, onde evitare che in quest'ambito si rendano possibili degli abusi delle regole stesse. La soluzione dei giudici del Lussemburgo sarebbe quella di permettere al giudice adito di andare oltre le affermazioni dell'attore e di individuare in autonomia la legge applicabile nel caso dedotto in giudizio. Il giudice dovrebbe, poi, esaminare tale legge per stabilire, non già se alla stregua di questa il terzo sia effettivamente succeduto nella posizione giuridica del caricatore, ma invece se essa prevede, *in via assolutamente astratta e generale*, che l'acquisto della polizza determini il trasferimento al prenditore della posizione giuridica complessa facente capo al caricatore. In caso affermativo, l'oggetto del giudizio, ovviamente ai limitati fini che qui ci occupano, dovrà ritenersi costituito da una posizione giuridica acquistata dal prenditore a titolo derivativo dal caricatore, con la conseguenza che la clausola esplicherà i suoi effetti nei confronti di un simile processo instaurato da o nei confronti del terzo prenditore; nel caso contrario, l'oggetto del giudizio sarà invece costituito da una posizione giuridica acquistata dal prenditore a titolo originario e perciò autonoma da quella del caricatore. In una simile ipotesi, l'efficacia della clausola rispetto al prenditore è da escludere e al giudice non rimarrà che indagare, secondo le indicazioni della successiva sentenza *Coreck*, se il prenditore abbia accettato la clausola in una delle forme previste dall'art. 23/25 Reg.¹⁰⁴.

In tal maniera si esclude la possibilità di un utilizzo abusivo della regola in questione, poiché il giudice non è vincolato alle affermazioni della parte, che propone la domanda, relative alla legge applicabile¹⁰⁵ e si ammette così

¹⁰⁴ V. *amplius infra*, § 10.

¹⁰⁵ Si può obiettare che anche tale interpretazione "adeguatrice" non si sottrae al rilievo critico mosso alla precedente *regula iuris* che avevamo ritenuto desumibile da *Tilly Russ*: ossia che viene a violare il rapporto di pregiudizialità tra *quaestio iurisdictionis* e merito. Prescrivendo, infatti, al giudice di determinare la legge applicabile alla posizione del prenditore della polizza di carico, lo si obbliga a risolvere una questione che attiene al merito della causa. Avverso questa obiezione si deve però sottolineare, anzitutto, che si tratterebbe di una "invasione" del merito molto più limitata rispetto a quella che si avrebbe a seguito dell'applicazione integrale della regola desumibile da *Tilly Russ*, ove "non creativamente" interpretata. Poi, non si può fare a meno di ricordare che vi sono altre ipotesi in cui la Corte di giustizia ha imposto al giudice di determinare la legge applicabile al fine di risolvere la questione di giurisdizione. Ci si riferisce, più in particolare, al metodo conflittuale sancito dal *Kirkberg* per determinare, *ex art. 5 n. 1 Conv. Bruxelles* (e ora Reg., ma limitatamente alle ipotesi non rientranti nella lett. b dell'art. 5 n. 1) il *locus destinatae solutionis* dell'obbligazione dedotta in giudizio (orienta-

che l'efficacia nei confronti del prenditore della clausola sulla giurisdizione contenuta nella polizza di carico, si espliciti nelle sole ipotesi in cui risulti astrattamente plausibile – alla stregua della legge applicabile – la sua successione nella posizione giuridica del caricatore.

Insomma la Corte di Giustizia, con la sentenza *Tilly Russ* avrebbe stabilito un peculiare modo di determinazione dell'oggetto del giudizio – autonomo non soltanto dai diritti nazionali (intesi qui come *leges fori*), ma altresì dalla domanda di parte – di cui si dovrà fare applicazione, ovviamente, solo ove si ponga la questione dell'efficacia della clausola sulla giurisdizione nei confronti del prenditore della polizza.

Non si può fare a meno di rilevare che l'interpretazione sin qui proposta si mostra in armonia col solo dispositivo della sentenza *Tilly Russ*, e non certo con la sua motivazione¹⁰⁶. Nondimeno un siffatto intervento di “ortopedia

mento inaugurato con la famosa sentenza, 6 ottobre 1976, C-12/76, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 171). Si deve, infine ricordare, che nel sistema di Bruxelles è previsto un caso in cui si richiede al giudice un sommario esame del merito, proprio al fine di evitare un impiego abusivo delle regole sulla giurisdizione. Si allude all'art. 6 n. 2 Reg., che esclude la *vis attractiva* del foro della domanda principale rispetto alla domanda di garanzia, qualora la prima sia stata proposta al solo scopo di distogliere il chiamato dal suo giudice naturale, scopo che è da ravvisarsi qualora la domanda principale risulti *ictu oculi* infondata (V. MARI, *Il diritto cit.*, pp. 463 s.; GAMBINERI, *Garanzia e processo*, II, Milano, 2002, pp. 412 s. A tal riguardo si deve notare che la Corte di Giustizia, nella sentenza 26 maggio 2005, C-77/04, *GIE Réunion européenne c. Zurich España e Société pyrénéenne de transit d'automobiles*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 1124, chiamata a pronunciarsi sul requisito dell'impiego non abusivo dell'art. 6 n. 2, ha ritenuto sufficiente, al fine di escluderlo, la sussistenza di un nesso tra la domanda principale e quella di garanzia, fornendone così però un'*interpretatio abrogans*, atteso che il nesso tra le due domande è insito già nella nozione di «garanzia». Più di recente la stessa Corte ha escluso che il giudice davanti al quale è invocato l'art. 6, n. 1, Reg. debba verificare se l'attore ha proposto la domanda nei confronti del convenuto domiciliato nello Stato del giudice adito al solo scopo di distogliere gli altri litisconsorti passivi dal foro del loro domicilio: cfr. sentenza, 11 ottobre 2007, C-98/06, *Freeport Plc c. Olle Arnoldsson*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 258, che ha così negato l'opposto principio ricavabile dagli *obiter dicta* di Corte di giustizia, 27 settembre 1988, C-198/87, *Kalfelis c. Schröder*, in *Foro it.*, 1990 IV, c. 345, nn. 8 s. e di Corte di giustizia, 27 ottobre 1998, C-51/97, *Réunion européenne c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor e Capitano della nave Alblasgracht*, in *Riv. int. dir. proc. civ.*, 1999, p. 131, n. 47). Sembra dunque che tutte queste considerazioni siano tali da indebolire la prospettata obiezione e da confermare nel convincimento che quella proposta nel testo sia la preferibile interpretazione “adeguatrice” della sentenza *Tilly Russ*.

¹⁰⁶ In una precedente occasione (in *Cessione del credito cit.*, pp. 78 s., nota 28), avevo proposto una diversa interpretazione correttiva della sentenza *Tilly Russ*, in base alla quale il relativo *dictum* doveva intendersi riferito al solo caso in cui il prenditore o il vettore si limitino a fondare la propria domanda semplicemente sulla polizza di carico, senza precisare se sia dedotta

ermeneutica” si rivela necessario, pena altrimenti condannare la decisione della Corte di giustizia all’assoluta irrilevanza, data la già rimarcata inapplicabilità della *regula iuris* che da questa sarebbe desumibile, in forza di un’interpretazione fedele pure alla sua motivazione.

È il caso ora di riassumere i risultati sin qui raggiunti relativamente al sistema di Bruxelles. In quest’ambito, si deve affermare l’esistenza di una autonoma regola europea, diretto corollario del principio che si ricava dalla sentenza *Dansommer*, in forza della quale un accordo sulla giurisdizione, valido ed efficace nei rapporti tra le parti originarie, estende i suoi effetti anche nei confronti del successore nel rapporto controverso. Tale regola subisce, però, nel caso si ponga la questione dell’efficacia nei confronti del terzo prenditore di una clausola sulla giurisdizione contenuta in una polizza di carico, un temperamento, ricavabile dall’interpretazione adeguatrice della sentenza *Tilly Russ* qui proposta e necessario ad evitarne un impiego strumentale. In questa ipotesi, infatti, per stabilire se il prenditore sia da ritenersi successore nel diritto controverso e così soggetto agli effetti della clausola sulla giurisdizione non si avrà riguardo alle affermazioni contenute nella domanda da lui (o nei suoi confronti) proposta, ma unicamente al fatto che la legge che disciplina la sua posizione preveda, *in via assolutamente astratta e*

in giudizio una situazione giuridica del caricatore, in ordine alla quale il prenditore è succeduto con l’acquisto della polizza o, invece, un posizione giuridica assolutamente autonoma, sorta a titolo originario al momento dell’acquisto della polizza. Rilevavo, infatti, che in una simile ipotesi, la regola desumibile da *Dansommer*, fondata sul diritto concretamente dedotto in giudizio, non sarebbe stata di semplice applicazione, dato che tale diritto non si sarebbe potuto agevolmente determinare. La soluzione della Corte sarebbe allora stata quella di far riferimento al «diritto nazionale applicabile», inteso come *lex causae*. Se questo prevedeva, *in via assolutamente astratta e generale*, che l’acquisto della polizza comportasse il trasferimento al prenditore della posizione giuridica complessa originariamente in capo al caricatore, allora il giudice avrebbe dovuto affermare l’opponibilità della clausola al prenditore; nel caso contrario, avrebbe dovuto escludere una simile opponibilità. Era questa un’interpretazione che limitava il raggio d’applicazione della regola sancita in *Tilly Russ* ai soli casi in cui la domanda proposta fosse stata *sic et simpliciter* fondata sulla polizza di carico. Invece la regola proposta nel testo opera a prescindere dal fatto che vi siano delle affermazioni della parte che propone la domanda circa la legge applicabile (e, anzi, trova la sua ragion d’essere in particolare quando simili affermazioni – potenzialmente strumentali e abusive – vi siano). Ritengo che quest’ultima interpretazione sia preferibile, non tanto perchè sussistono elementi nella sentenza *Tilly Russ* che ne attestino la maggiore plausibilità (entrambe le interpretazioni sono infatti creative e così parimenti “infedeli” alla motivazione della decisione), ma per la semplice ragione che essa è idonea ad evitare degli (altrimenti facili) abusi ad opera delle parti della regola che sancisce l’efficacia degli accordi sulla giurisdizione rispetto al successore nel rapporto controverso.

generale, il subentro del prenditore nella posizione giuridica originariamente in capo al caricatore.

10. *La posizione del prenditore della polizza di carico che non succede nella situazione giuridica del vettore. La sentenza Coreck ritiene sufficiente l'approvazione del prenditore della clausola sulla giurisdizione, affinché questa espliciti efficacia nei suoi confronti*

Per completezza è il caso di considerare cosa accada nell'ipotesi in cui la clausola sulla giurisdizione contenuta nella polizza di carico non espliciti efficacia nei confronti del prenditore.

Tale questione è stata affrontata dalla Corte di giustizia nel caso *Coreck*¹⁰⁷, ove, più in particolare, i giudici del Lussemburgo erano chiamati a stabilire se la clausola sulla giurisdizione contenuta in una polizza di carico dovesse ritenersi efficace nei confronti di ogni prenditore della polizza medesima o soltanto di colui che, alla stregua della «legge nazionale applicabile», fosse subentrato nei diritti e negli obblighi del caricatore. La Corte, richiamando la sentenza *Tilly Russ*, si è pronunciata nel secondo senso e, rispondendo a un ulteriore quesito posto dal giudice *a quo*, ha sancito che, nel caso in cui la legge applicabile non preveda il subentro del prenditore nella posizione giuridica del caricatore, la clausola sulla giurisdizione possa esplicare effetti rispetto al prenditore solo se questi l'ha specificatamente approvata in una delle forme previste dall'allora vigente art. 17 Conv. Bruxelles.

Risulta ora necessario coordinare questa più recente pronuncia con l'interpretazione qui proposta della sentenza *Tilly Russ*.

Abbiamo già veduto che da quest'ultima si ricava che il giudice, per stabilire se una domanda, proposta dal prenditore o nei suoi confronti e fondata sulla polizza di carico, sia soggetta agli effetti della clausola di proroga contenuta nella polizza stessa, dovrà individuare la legge applicabile alla posizione del prenditore e stabilire se questa prevede, in via astratta e generale, il subingresso di costui nei diritti e negli obblighi che facevano capo al caricatore. In caso positivo, dovrà ritenere che oggetto del giudizio – ovviamente ai fini della soluzione di questa specifica *quaestio iurisdictionis* – sia il rapporto in cui il prenditore è succeduto al caricatore e così reputare operante la regola ricavabile da *Dansommer*, riconoscendo l'efficacia della clausola di

¹⁰⁷ Corte di Giustizia, 9 novembre 2000, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem B.V.*, C-387/98, cit.

proroga nei confronti del prenditore-successore. In caso contrario, invece, l'oggetto del giudizio sarà costituito da un rapporto giuridico costituitosi a titolo originario in capo al prenditore, per cui non si potrà ritenere *ipso iure* operante l'accordo sulla giurisdizione contenuto nella polizza di carico. Ed è proprio in questa seconda ipotesi che entra in gioco quanto stabilito dalla sentenza *Coreck*: il giudice dovrà ritenere efficace la clausola sulla giurisdizione, contenuta nella polizza di carico, se il prenditore la abbia approvata in una delle forme prescritte dalla norma europea.

Una simile conclusione implica però che l'accordo sulla giurisdizione contenuto nella polizza di carico abbia già ad oggetto, oltre alle azioni del vettore e del caricatore, anche quelle del vettore e del (futuro ed eventuale) prenditore, relative alle posizioni giuridiche da questi acquistate a titolo originario. Se così non fosse, il consenso del prenditore non sarebbe sufficiente a rendere efficace nei suoi confronti la clausola sulla giurisdizione, ma sarebbe altresì necessaria una manifestazione di volontà del vettore. Infatti la "approvazione" atterrebbe ad azioni diverse rispetto a quelle costituenti oggetto della clausola di proroga e potrebbe, al più, interpretarsi come proposta di un nuovo accordo sulla giurisdizione. Proposta che non sarebbe certo sufficiente ad esplicare effetti sulla competenza giurisdizionale rispetto alle domande di cui si sta trattando, dovendosi all'uopo incontrare con l'accettazione del vettore.

Ne consegue che, per la Corte di giustizia, l'oggetto di una clausola sulla giurisdizione contenuta in una polizza di carico si estende altresì alle azioni relative alle posizioni giuridiche future che si costituiranno, a titolo originario, in capo all'eventuale prenditore all'atto dell'acquisto della polizza di carico. Rispetto a tali azioni chiaramente la clausola sulla giurisdizione dovrà ritenersi inefficace perché non conclusa dal (futuro) prenditore che di tali azioni risulta titolare. Si tratta però di una inefficacia temporanea, che durerà finché il prenditore stesso non manifesti il proprio consenso alla clausola sulla giurisdizione. Tale consenso potrà essere esternato non soltanto al momento dell'acquisto della polizza di carico, ma anche in un momento successivo e, credo, anche nell'ambito del giudizio: o attraverso la proposizione della domanda davanti al giudice prorogato, ove si invochi a fondamento della sua giurisdizione la clausola contenuta nella polizza, o mediante l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito dal vettore, basata sull'esistenza della clausola di proroga.

Un simile ampliamento dell'oggetto della clausola sulla giurisdizione contenuta in una polizza di carico non sembra incongruo se si considera che, altrimenti, si differenzerebbe oltre misura la posizione del prenditore,

soltanto in base alla circostanza tutto sommato estrinseca che la legge applicabile preveda o meno la successione di costui nella posizione giuridica che al caricatore deriva dalla polizza di carico. Nel primo caso, infatti, la clausola sulla giurisdizione avrebbe efficacia automatica nei confronti del prenditore; nel secondo, invece, in mancanza della sentenza *Coreck*, la clausola sulla giurisdizione non esplicherebbe alcun effetto rispetto a quest'ultimo e, per avere un risultato analogo, si renderebbe necessario un nuovo accordo tra vettore e prenditore che abbia lo stesso tenore di quello contenuto nella polizza di carico. Una così rilevante differenza di regime fondata soltanto sul diverso modo di disporre della legge applicabile non si giustifica in alcun modo, per cui bene ha fatto la Corte di giustizia a limitare le differenze tra le due ipotesi, ritenendo sufficiente nella seconda la sola approvazione del prenditore per rendere operante pure nei suoi confronti la clausola sulla giurisdizione pattuita tra vettore e caricatore.

D'altronde, questa estensione dell'oggetto della clausola può essere evitata dalla parti mediante una espressa manifestazione di volontà di segno contrario, contenuta nell'accordo sulla giurisdizione, almeno ove si ritenga – come sembra più corretto – che una simile estensione costituisca una mera *praesumptio iuris tantum* attinente alla volontà negoziale delle parti, suscettibile, quindi, di prova contraria. Presunzione peraltro assai giustificata in ragione del fatto che la polizza di carico è destinata alla circolazione ed è dunque assai ragionevole che caricatore e vettore abbiano voluto ricomprendere nella *electio fori* anche le azioni relative alle posizioni giuridiche che si creano a titolo originario in capo ai terzi prenditori, in ragione di siffatta circolazione.

11. Conclusioni sull'efficacia nei confronti del successore degli accordi sulla giurisdizione italiana ex art. 4 l. n. 218/1995 alla luce dei risultati acquisiti in ordine ai patti riconosciuti dall'art. 23/25 Reg.: anche in ambito interno deve sempre ammettersi l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione rispetto al successore. Ammissibilità di una "diselectio" fori che escluda l'efficacia dell'accordo nei confronti del terzo successore

Una volta terminata l'indagine circa l'efficacia nei confronti del successore degli accordi sulla giurisdizione riconosciuti dall'art. 23/25 Reg., è necessario ora ritornare ai patti ex art. 4 l. n. 218/1995, per rispondere all'interrogativo lasciato aperto al settimo paragrafo circa il rilievo che, nel contesto italiano, possano avere le conclusioni raggiunte in ambito europeo.

All'uopo si deve considerare che il nostro ordinamento – all'art. 3, c. 2, prima parte, l. n. 218/1995 – compie un richiamo, con riguardo alla materia civile e commerciale, alle norme speciali di giurisdizione previste dalla Convenzione di Bruxelles e, oggi, dal Regolamento n. 44/2001¹⁰⁸ (e, quando entrerà in vigore, dal Regolamento n. 1215/2012), estendendone così l'ambito di applicazione al convenuto privo di domicilio europeo. Tali norme opereranno così, nell'ordinamento italiano, nel loro concreto modo d'essere e deve perciò ritenersi compresa nel richiamo anche la regola ricavabile dalla sentenza *Dansommer*. Questa diviene allora, nel sistema italiano di diritto processuale internazionale, valida per l'intera materia civile e commerciale e appare perciò giustificato applicarla con riguardo non solo alle norme sui fori speciali – esclusivo oggetto del richiamo di cui all'art. 3, c. 2, prima parte, l. n. 218/1995 – ma anche alle norme concrete di giurisdizione che trovano fonte negli accordi di proroga e deroga, riconosciuti dall'art. 4 l. n. 218/1995. Si crea così un perfetto parallelismo tra sistema di Bruxelles e diritto interno italiano che accolgono una stessa soluzione rispetto all'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore nel rapporto controverso¹⁰⁹.

¹⁰⁸ In tal senso, in ragione del fatto che l'art. 3, c. 2, prima parte, l. n. 218/1995 fa rinvio alla Convenzione e alle “successive modificazioni vigenti per l'Italia” e, inoltre, perché l'art. 68, c. 2, Reg. dispone che ogni riferimento alla Convenzione previsto nella legislazione degli Stati membri si intende fatto al Regolamento, v. MERLIN, *Novità sui criteri di giurisdizione nel Regolamento CE “Bruxelles I”*, in *Int'l lis*, 2003, p. 40; RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, p. 203, nota 64; FRANZINA, *La giurisdizione cit.*, pp. 10 ss.; D'ALESSANDRO, *La connessione tra controversie transnazionali. Profili sistematici*, Torino, 2009, pp. 227 ss.

¹⁰⁹ Vi è da sottolineare che tale parallelismo non rinviene la sua ragione nella mera circostanza che il sistema di Bruxelles ha costituito il modello per la nuova disciplina italiana del diritto processuale civile internazionale dettata dalla l. n. 218/1995; circostanza che ha portato alcune voci in dottrina e giurisprudenza – cfr., rispettivamente, QUEIROLO, *Gli accordi cit.*, pp. 235 s. e Cass., sez. un., 17 gennaio 2005, n. 731, in *Int'l lis*, 2007, p. 29, con nota critica di RIGHETTI, *Polizze di carico cit.*; Trib. Torino, 24 novembre 2000, in *Dir. mar.*, 2002, p. 622; Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3568 – ad affermare addirittura che il requisito di forma richiesto dall'art. 4 l. n. 218/1995 dovrebbe essere letto alla luce di quanto previsto dall'art. 23 Reg. (interpretato in base ai *dicta* della Corte di giustizia), con la conseguenza che sarebbe sufficiente, anche in ambito interno, un comportamento concludente delle parti, qualora risulti esistente, nel settore del commercio internazionale in cui operano i contraenti, un uso che ravvisi in tale condotta una tacita manifestazione della volontà di derogare la giurisdizione (in senso critico rispetto a quest'impostazione v., tuttavia, RIGHETTI, *Polizze di carico cit.*, pp. 34 s.). Il parallelismo è invece raggiunto in virtù di una ben specifica norma di diritto positivo – l'art. 3, c. 2, prima parte, l. n. 218/1995 – che fa operare i criteri speciali di giurisdizione

A questo punto, può essere interessante domandarsi se l'efficacia nei confronti del successore – sia in ambito europeo che italiano – possa essere convenzionalmente esclusa e quali debbano essere le parti di una tale convenzione.

Quanto all'ammissibilità di una simile – diremmo così – “*diselectio*” *fori* non credo possano sussistere dubbi, in considerazione dell'ampio spazio riconosciuto nell'ordinamento europeo, come in quello italiano, all'autonomia negoziale nel campo della determinazione del giudice munito di giurisdizione.

Tale patto, essendo volto a escludere l'efficacia dell'originario accordo sulla giurisdizione rispetto alle azioni, facenti capo al successore e a chi subisce” l'evento successorio, relative al rapporto oggetto di successione deve esser concluso tra questi due soggetti, poiché questi sono coloro che si affermano (o sono prospettati) titolari del rapporto le azioni sul quale risultano oggetto dell'accordo¹¹⁰.

Vi è da chiedersi se un tale patto possa essere concluso anche dalle parti originarie del rapporto, ossia se queste possano escludere *ab origine* che il loro accordo sulla giurisdizione esplichi effetti rispetto al successore. Credo che al quesito si debba fornire una risposta positiva¹¹¹: come infatti le parti originarie del rapporto possono con il loro accordo esplicitare effetti in ordine alle azioni del successore, così possono escludere che questi abbiano luogo. Del resto la regola di efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del successore è volta a tutelare le parti di tali accordi, onde evitare che una modificazione soggettiva del rapporto renda vana la loro scelta in ordine al

stabiliti all'interno del sistema di Bruxelles, anche qualora il convenuto sia domiciliato al di fuori dell'Unione Europea.

¹¹⁰ Questo accordo può limitarsi a escludere l'efficacia della *electio fori* pattuita dalle parti originarie, con conseguente operatività degli ordinari criteri di giurisdizione; oppure può individuare come giurisdizionalmente competente un giudice diverso da quello originariamente eletto (offre un esempio di questa seconda ipotesi Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10862, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 217, con nota di LOPEZ DE GONZALO, LA MATTINA, *Cessione del credito* cit., ove si è affermato che la clausola sulla giurisdizione ha efficacia anche nei confronti del cessionario del credito, succeduto nella posizione del creditore cedente verso il debitore ceduto, purché cessionario e ceduto non abbiano pattuito una nuova *electio* a favore del giudice di un altro Stato).

¹¹¹ In tal senso, con riguardo ai *Prozessverträge* in generale, v. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen* cit., p. 159; H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik* cit., p. 114; WAGNER, *Prozessverträge*, cit., pp. 308 s.; in ordine ai *Gerichtsstandsvereinbarungen* v. BORK, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 1, cit. *sub* § 38, p. 688; rispetto, infine, agli accordi *ex art. 23 Reg.*, GEIMER, (SCHÜTZE), *Europäisches* cit., *sub* Art. 23 EuGVVO, p. 485.

giudice munito di giurisdizione. Ove le parti rinuncino a una simile tutela, non vi è ragione per ritenere che l'*electio fori* espliciti la propria efficacia nei confronti del successore, nonostante la contraria volontà manifestata dalle parti.

In ragione della possibilità per le parti dell'accordo sulla giurisdizione di escludere la efficacia nei confronti del successore, questa può essere giuridicamente ricostruita nel modo che segue: la legge pone una presunzione *iuris tantum* che le parti abbiano voluto ricomprendere nell'oggetto del loro accordo non solo le azioni di cui sono titolari, ma anche quelle spettanti all'eventuale terzo successore e, in ragione di ciò, estende a tale terzo l'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione. Ove invece le parti escludano espressamente che il loro accordo attenga altresì alle azioni del successore viene meno la presunzione in parola, per conseguenza, l'ambito oggettivo dell'accordo è rigorosamente limitato alle azioni tra le parti originarie e si deve negare qualsiasi efficacia nei confronti del successore.

12. Individuazione dei rimedi contro i possibili abusi della regola che sancisce l'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore nel rapporto controverso in ambito sia interno, che comunitario

Si è sin qui cercato di mostrare come la regola dell'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del terzo successore nel rapporto controverso abbia un fondamento di diritto positivo tale da poterla ritenere sicuramente operante sia nel sistema di Bruxelles (ossia rispetto ai patti riconosciuti dall'art. 23/25 Reg.), sia nel diritto interno (ove verranno, invece, in rilievo gli accordi sulla giurisdizione italiana *ex art. 4 l. n. 218/1995*). È giunto ora il momento di trattare, nel presente e nel successivo paragrafo, di talune delle questioni applicative che una simile regola pone, tanto in ambito municipale, quanto nel contesto europeo.

Come si è già avuto modo di notare incidentalmente quando si è proposta una lettura correttiva della sentenza *Tilly Russ*, è possibile che una simile regola si presti a facili abusi, dato che permette all'attore di avvalersi o invece di sottrarsi agli effetti di un accordo sulla giurisdizione semplicemente formulando la propria domanda in maniera differente¹¹².

¹¹² Considera una tale obiezione nei confronti più in generale della teoria della prospettazione FRANZINA, *Il coordinamento* cit., pp. 380 ss., che la supera con argomenti analoghi a quelli

È bene però chiarire che l'utilizzo strumentale di tale regola è concretamente possibile solo se le parti, a fronte di una medesima situazione di fatto, possano diversamente configurare, da un punto di vista giuridico, il rapporto che le lega. Il che si potrà verificare in ipotesi tutto sommato limitate che possono essere raggruppate in due distinte categorie.

Una prima è quella che comprende i casi in cui le leggi sostanziali dei vari Stati disciplinano in maniera differente la posizione di un determinato terzo, talune prevedendo la successione di costui nel rapporto e talaltre prevedendo la costituzione a titolo originario in capo al medesimo di un nuovo rapporto. In queste ipotesi, chi propone la domanda ha la possibilità di invocare l'una o l'altra di queste leggi a seconda delle sue convenienze. Un simile caso si dà tipicamente nella già considerata ipotesi del prenditore della polizza di carico.

Una seconda categoria abbraccia le ipotesi in cui siano ragionevolmente prospettabili differenti "letture giuridiche" di una medesima situazione di fatto, tali per cui, alla stregua dell'una, il fatto sarebbe giuridicamente configurabile come evento successorio; in base all'altra, dovrebbe invece considerarsi al contempo estintivo di un rapporto tra due soggetti e costitutivo di un nuovo rapporto, dal medesimo contenuto, tra soggetti parzialmente diversi. Si pensi, ad esempio, alla pattuizione intervenuta tra due soggetti già legati da un vincolo contrattuale e un terzo che può essere configurata come negozio di cessione del contratto o invece come negozio estintivo dell'originario rapporto contrattuale e costitutivo di un nuovo rapporto intercorrente tra una parte dell'originario contratto e il terzo; o all'ipotesi in cui, nelle circostanze del caso concreto, possa ravvisarsi una successione a titolo particolare nel debito o una novazione soggettiva.

Dunque due sembrano essere le possibili ipotesi di abuso: quello dovuto all'invocazione di una legge applicabile "scorretta" e quello determinato da una "scorretta" qualificazione giuridica dei fatti di causa. Diversi sono i rimedi adottabili rispetto a queste due differenti tipologie.

Quanto alla prima ipotesi, abbiamo già considerato il rimedio predisposto nel sistema di Bruxelles per lo specifico caso della domanda fondata sulla polizza di carico e proposta da o contro il prenditore: esso consiste – secondo la lettura che qui si è proposta della sentenza *Tilly Russ* – nel permettere al giudice di individuare, già al momento della verifica della propria competenza giurisdizionale, la legge che disciplina la posizione del prenditore, a

svolti più oltre nel testo. Per identiche considerazioni in ordine alla competenza, cfr. BUONCRISTIANI, *Giurisdizione*, cit., pp. 196 ss.

prescindere dalle affermazioni contenute a riguardo nella domanda di parte, e di esaminare come tale legge configura il rapporto giuridico del prenditore medesimo.

Un simile rimedio può ritenersi operante, nel contesto europeo, non soltanto nel caso della polizza di carico, ma in ogni altra eventuale ipotesi in cui le leggi dei diversi Stati configurino in maniera differente la posizione giuridica del terzo. Anche qui sussiste infatti la necessità di scongiurare il rischio di abusi dovuti all'invocazione, da parte di chi propone la domanda, di una legge applicabile "scorretta". Altrettanto si potrà dire con riguardo agli accordi riconosciuti dall'art. 4 l. n. 218/1995, atteso il già veduto parallelismo tra diritto europeo e italiano in ordine all'efficacia dell'*electio fori* nei confronti del successore.

Nel caso, invece, in cui l'abuso dipenda da una scorretta prospettazione giuridica dei fatti, si deve escludere che il giudice possa procedere a un sia pur sommario esame del merito della causa per vagliare l'inesatta e così strumentale configurazione dei fatti fornita da chi ha proposto la domanda. Un tale esame sarebbe escluso a ragione del più volte invocato rapporto di pregiudizialità tra *quaestio iurisdictionis* e merito, riconosciuto tanto in ambito interno, quanto in ambito comunitario, né potrebbe trovare il proprio fondamento, come invece nell'ipotesi di abuso derivante dall'invocazione della "scorretta" legge applicabile, in nessun *dictum* della Corte di Giustizia, sia pur "creativamente" interpretato.

Si deve però considerare che un simile abuso non sarebbe senza conseguenze, almeno tutte le volte in cui (vi siano concrete prospettive che) il giudizio prosegua sino al suo esito meritale: in tutti questi casi, infatti, l'attore vedrebbe "sanzionato" il suo comportamento con un rigetto nel merito della domanda scorrettamente formulata¹¹³. Tenendo conto che l'attore, a parte ipotesi patologiche di "miopia" o di interesse per i soli vantaggi di breve o medio termine¹¹⁴, avrà quale scopo la vittoria nel merito, si dovrebbe ritene-

¹¹³ Ciò, ovviamente, nel caso di azione di accertamento positivo e di condanna. Invece, in ipotesi di azione di accertamento negativo, il giudice pronuncerebbe certo una sentenza che accerta l'inesistenza del diritto ma – si badi – di quel diritto quale scorrettamente prospettato dall'attore in accertamento negativo. Una simile decisione non fornirebbe, dunque, alcuna reale tutela all'attore, solo apparentemente vittorioso, perché lascerebbe del tutto aperta la questione circa la esistenza del "reale" diritto del convenuto, che l'attore non ha dedotto in giudizio, per "lucrare" la giurisdizione del giudice adito.

¹¹⁴ Il vantaggio di breve o medio termine consiste – nel vigore del Regolamento n. 44/2001 – essenzialmente nella paralisi (temporanea, ma pur sempre rilevante, soprattutto nei casi di processi di durata poco ragionevole) che l'abusiva iniziativa dell'attore imporrebbe alla

re che questi formulerà la domanda nel modo che, a suo avviso, gli permetta di conseguire tale vittoria, proponendola, di conseguenza, davanti al giudice che ha giurisdizione su quella domanda così come formulata. Saranno insomma considerazioni attinenti al merito della causa e non, invece, relative al foro ritenuto preferibile per litigare che muoveranno, in ultima analisi, l'attore nella scelta in ordine alla formulazione della domanda e con ciò si dovrebbe escludere, nella normalità dei casi, il paventato abuso della regola qui in discussione¹¹⁵.

Si può allora ritenere che il rigetto nel merito della domanda scorrettamente e abusivamente formulata possa costituire un valido rimedio a questo tipo di abuso.

Una volta entrato in vigore il Regolamento n. 1215/2012 per entrambe le ipotesi di abuso, si aggiungerà un altro – ben più efficace – rimedio a quelli appena veduti. Esso sarà disponibile al convenuto, ove ritenga che l'attore abbia “scorrettamente” formulato la propria domanda per “sfuggire” agli effetti di un *exclusive jurisdiction agreement* ex art. 25 Reg. Il primo potrà infatti instaurare un nuovo processo *de eadem re* innanzi al giudice indicato nel patto e, al contempo, eccepire tempestivamente il difetto di giurisdizione sulla base dell'accordo nell'altro giudizio. Troverà così applicazione l'art. 31, c. 2, Reg. e il giudice “derogato” primo adito – dopo aver verificato la vali-

tutela giurisdizionale del convenuto in un altro Stato membro. Ciò, in particolare avviene nel caso di preveniente azione di accertamento negativo del debitore che determina, in base alla sentenza *Tatry* (Corte di Giustizia, 6 dicembre 1994, C-406/92, *The owners of the cargo lately laden on board the ship Tatry c. The owners of the ship Maciej Rataj*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 485), l'applicazione della norma europea sulla litispendenza in ordine ad ogni azione di condanna successivamente instaurata in un altro Stato membro (su questo possibile vantaggio dell'abuso da parte dell'attore della regola della prospettazione, cfr. FRANZINA, *Il coordinamento* cit., p. 381, nota 87). In quest'ottica, il convenuto che non voglia subire una simile paralisi, si troverà costretto a proporre domanda riconvenzionale davanti al giudice abusivamente adito dall'attore, abbandonando così, di fatto, la volontà derogatoria manifestata nell'accordo sulla giurisdizione. Un simile vantaggio non si darà più quando troverà applicazione il novellato Regolamento Bruxelles I che, in simili casi, prevede il dovere da parte del giudice “derogato” – previa verifica della validità ed efficacia *europaeo iure* dell'accordo sulla giurisdizione – di sospendere il processo a favore del giudice “prorogato” secondo adito.

¹¹⁵ Ciò, tuttavia, non esclude possibili abusi della regola in questione, dato che non sempre si giunge alla sentenza di merito “sanzionatoria”. Può accadere, infatti, che il convenuto, una volta risultato soccombente sulla giurisdizione, sia costretto a transigere la lite e così a rinunciare alla decisione di merito, pur a lui probabilmente favorevole, per l'impossibilità di sostenere i costi di una *litigation abroad*, o comunque in uno Stato (come, ad es., l'Inghilterra) in cui i costi del processo sono molto elevati. In simili ipotesi, ognuno lo vede, l'attore vedrebbe non già “punito”, ma anzi in certa misura “premiato” il suo abuso.

dità ed efficacia dell'accordo *europaeo iure*¹¹⁶ – dovrà sospendere il processo, in attesa della decisione sulla giurisdizione del giudice eletto, cui spetta valutare tutti gli altri aspetti di validità ed efficacia del patto, compresa la questione se questo esplica effetti nei confronti di un terzo.

13. I giudizi instaurati da o contro il successore soggetti agli effetti ultra partes degli accordi sulla giurisdizione

È ora necessario considerare con più precisione rispetto a quali giudizi instaurati dal o contro il successore l'accordo sulla giurisdizione esplica i suoi effetti. La regola generale è che si deve trattare di giudizi relativi a posizioni giuridiche che, nella loro originaria configurazione soggettiva, costituivano oggetto dell'accordo sulla giurisdizione.

L'applicazione di questa regola può suscitare però, nei singoli casi concreti, vari dubbi e problemi. Qui si prenderanno in considerazione in particolare due ipotesi: la prima è quella in cui si chiede al medesimo giudice non solo l'accertamento di una posizione giuridica che costituiva oggetto, nella sua originaria conformazione soggettiva, dell'accordo sulla giurisdizione, ma anche l'accertamento della questione pregiudiziale relativa alla validità ed efficacia dell'atto che si prospetta come causativo della successione; la seconda è quella che si può dare, in caso di cessione del credito, ove il debitore domandi l'accertamento dell'inopponibilità a sé della cessione, intervenuta tra il suo creditore e il cessionario.

Venendo alla prima ipotesi, si può con sicurezza escludere che gli accordi sulla giurisdizione possano esplicare effetti rispetto alla domanda, proposta dal successore o nei suoi confronti, di accertamento della validità ed efficacia dell'atto che – nella prospettazione della parte – ha cagionato la successione nel rapporto. Questo perché siffatta domanda non deduce in giudizio un *quid* che già costituiva oggetto dell'accordo sulla giurisdizione concluso tra l'avente causa e la sua controparte.

Un esempio potrà rendere il discorso più chiaro.

Si ipotizzi che venga concluso un accordo sulla giurisdizione relativo alle azioni su un determinato credito e che poi tale credito sia oggetto di cessione. Il patto esplicherà i propri effetti nei confronti del cessionario, rispetto alle domande, proposte da o nei confronti di costui, relative al credito cedu-

¹¹⁶ Sul punto si rinvia a quanto osservato nell'introduzione a questo secondo volume, pp. 22 ss.

to. Non altrettanto si potrà dire con riguardo alle domande di accertamento della validità o meno del negozio di cessione o di annullamento, rescissione o risoluzione dello stesso. Tali rapporti o posizioni giuridiche, infatti, non costituivano originariamente oggetto dell'accordo sulla giurisdizione.

Si può allora ipotizzare che, davanti al giudice indicato nell'accordo sulla giurisdizione, venga instaurato un processo in cui siano cumulate due cause: l'una concernente la validità della cessione e l'altra relativa al rapporto obbligatorio oggetto di cessione dal lato attivo. Le modalità cui si può giungere a un tal cumulo di cause possono essere varie. Si può pensare che il processo nasca *ab origine* cumulativo, ad esempio qualora il cessionario chieda l'accertamento sia della validità della cessione (contestata dal cedente), sia del rapporto obbligatorio sussistente tra lui e il ceduto; o si può invece ipotizzare che il giudizio divenga (oggettivamente e soggettivamente) complesso solo durante il suo corso, a seguito di chiamata in causa: si consideri, ad es., il caso in cui il ceduto proponga un'azione di accertamento negativo del rapporto obbligatorio che lo lega al cessionario, affermando la nullità della cessione e che il cessionario, nei cui confronti l'azione è proposta, chiami in causa il cedente, affinché si decida con efficacia di giudicato sulla validità del contratto di cessione con quest'ultimo concluso. In simili circostanze, il giudice avrà giurisdizione sulla seconda causa, in forza della regola che sancisce l'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore nel rapporto controverso, ma potrà anche difettare di *potestas iudicandi* rispetto alla prima, perché sicuramente esclusa dall'ambito oggettivo di efficacia dell'accordo sulla giurisdizione e perché – ipotizziamo – non risulta invocabile *in casu* nessun altro titolo di giurisdizione¹¹⁷. In una ipotesi siffatta, il giudice adito dovrebbe dichiarare il difetto di giurisdizione sulla causa pregiudiziale, ma, una volta fatto ciò, non potrebbe pronunciarsi nel merito della domanda dipendente, rispetto alla quale pur risulta munito di giurisdizione: per farlo dovrebbe – alla stregua di quanto richiesto dalle parti – non soltanto conoscere della questione pregiudiziale relativa alla validità della cessione, ma anche decidere su di questa con efficacia di giudicato, il che però gli è impedito dalla carenza di *potestas iudicandi*¹¹⁸. Un simile

¹¹⁷ Titolo che può essere costituito – vale la pena di ricordarlo – anche da una clausola sulla giurisdizione, riferita al negozio di cessione e stipulata a favore del medesimo giudice prescelto nella clausola relativa, invece, al credito oggetto di cessione.

¹¹⁸ Non sorgerebbero simili problemi se le domande venissero invece cumulate innanzi al giudice derogato: questi dovrà riconoscere, in forza dell'accordo sulla giurisdizione efficace anche nei confronti del successore, il difetto di *potestas iudicandi* sulla domanda dipendente, mentre potrà decidere nel merito la domanda pregiudiziale, sempre che ritenga sussistente la

problema – è il caso di rilevarlo – si pone anche qualora non vengano affatto in rilievo degli accordi sulla giurisdizione, né la loro efficacia nei confronti del successore nel rapporto controverso e, precisamente, ogni qualvolta il giudice adito difetti di giurisdizione sulla causa pregiudiziale, ma non su quella dipendente.

La questione non si porrebbe se si rinvenisse un ampio criterio di competenza giurisdizionale per connessione in base al quale il giudice che ha *potestas iudicandi* sulla causa dipendente ce l'ha, *eo ipso*, pure sulla pregiudiziale. Tuttavia, un siffatto criterio non è certamente invocabile allorché la relazione di pregiudizialità-dipendenza sussiste tra cause non già tra le medesime parti, ma tra parti parzialmente differenti. Ed è esattamente ciò che accade nel caso che qui viene in considerazione, ove la causa di accertamento della validità della cessione intercorre tra cedente e cessionario e quella relativa al credito, tra cessionario e debitore ceduto.

Bisogna allora esaminare quali criteri di giurisdizione per connessione potranno venire in rilievo rispetto a dei giudizi tra parti parzialmente differenti e, all'uopo, si dovrà distinguere a seconda che la controversia rientri o meno nell'ambito di applicazione materiale del Regolamento n. 44/2001.

Nella prima ipotesi si dovrà aver riguardo all'art. 6, nn. 1 e 2, Reg., che risulta applicabile, in forza del rinvio effettuato dall'art. 3, c. 2, prima parte, l. n. 218/1995, pure quando il convenuto abbia il proprio domicilio al di fuori del territorio dell'Unione¹¹⁹. Il n. 1 prevede che, nel caso di litisconsorzio facoltativo passivo, si potranno cumulare, davanti al foro del domicilio di uno dei litisconsorti, le domande proposte nei confronti di questi, purché siano tra loro adeguatamente connesse. Il n. 2 prevede, invece, che il giudice della causa principale avrà giurisdizione anche rispetto alla domanda proposta nei confronti di un terzo che sia chiamato in causa.

Tali norme non potranno dunque sempre garantire che il giudice prorogato abbia giurisdizione sulla causa pregiudiziale. Ciò infatti accadrà sempre,

propria competenza giurisdizionale su quest'ultima. Qualora, poi, a seguito della declinatoria della giurisdizione sulla domanda dipendente, questa venisse riproposta innanzi al giudice prorogato, quest'ultimo, se italiano, potrà sospendere il giudizio *ex art. 28 Reg. o 7, c. 3, l. n. 218/1995*, a seconda dei casi. Non sarà mai possibile, invece, una "*translatio*" della domanda dipendente con destinatario il giudice della pregiudiziale *ex art. 28, c. 2, Reg.*, perché questi non soltanto non ha, ma ha anche riconosciuto di non avere giurisdizione rispetto a quella domanda.

¹¹⁹ Nel senso che il rinvio operato dall'art. 3, c. 2, prima parte, l. n. 218/1995 alla Convenzione di Bruxelles deve ora ritenersi effettuato ai criteri, non sempre coincidenti, previsti dal Regolamento v. la dottrina citata *supra*, § 11, nota 108.

ove quest'ultima sia sorta a seguito di chiamata in causa, poiché in tal caso soccorre l'art. 6, n. 2, Reg.; ma non sempre, allorché il processo sia *ab origine* litisconsortile: in tal caso, il giudice prorogato potrà avere giurisdizione ex art. 6 n. 1, Reg. sulla pregiudiziale solo ove sia il giudice del domicilio di chi veste il ruolo di convenuto nella causa dipendente.

Nell'ipotesi in cui la controversia esorbiti dall'ambito materiale di applicazione del Regolamento n. 44/2001, due sono le alternative possibili. Si può ritenere che l'art. 3, c. 2, ultima parte, l. n. 218/1995, nel far rinvio ai «criteri stabiliti per la competenza per territorio», intenda riferirsi pure all'art. 33 c.p.c., che prevede una deroga alla competenza per territorio per l'ipotesi di cumulo soggettivo di cause connesse per l'oggetto o per il titolo¹²⁰. E, in tal caso, il giudice prorogato potrebbe avere giurisdizione per connessione in ordine alla pregiudiziale solo se in Italia vi sia il domicilio o la residenza del convenuto della causa dipendente.

Se invece si ritiene che l'art. 3, c. 2, ultima parte, l. n. 218/1995 non richiami pure gli artt. 31-36 c.p.c.¹²¹, si dovrà concludere che non si possono invocare criteri di giurisdizione per connessione, per cui, in mancanza di uno specifico titolo di giurisdizione in ordine alla pregiudiziale, il giudice italiano adito dovrà dichiarare il difetto di giurisdizione.

In base a quanto detto sinora, non è garantito che il giudice italiano prorogato in ordine alla causa dipendente abbia sempre giurisdizione rispetto a quella pregiudiziale. C'è da chiedersi allora cosa accada una volta che tale giudice abbia dichiarato l'insussistenza della giurisdizione sulla pregiudiziale. Egli, infatti, non potrebbe pronunciarsi sul merito della causa dipendente poiché, all'uopo, dovrebbe risolvere la questione pregiudiziale, il che però gli è impedito, non potendo egli né conoscerla *incidenter tantum*, attesa la richiesta di parte, né deciderla con efficacia di giudicato, visto il difetto di *potestas iudicandi*. L'unico strumento idoneo per uscire da tale vicolo cieco sarebbe la sospensione del giudizio in attesa che la causa dipendente venga (eventualmente) resa pendente innanzi al giudice straniero munito di giurisdizione e da questi definita con una decisione riconoscibile in Italia. Nel

¹²⁰ Si pronunciano nel senso che il rinvio disposto dall'art. 3, c. 2, ultima parte, l. n. 218/1995 deve intendersi riferito anche alle norme che prevedono deroghe alla competenza per ragioni di connessione, ATTARDI, *La nuova disciplina* cit., p. 732; BALENA, *I nuovi limiti* cit., c. 218; LA CHINA, *Soggezione* cit., p. 45; TROCKER, *La disciplina* cit., pp. 63 ss.; PISANESCHI, *La connessione* cit., pp. 291 s.; SALERNO, *Il coordinamento* cit., p. 903; BALLARINO, *Diritto* cit., p. 112.

¹²¹ In tal senso cfr. CONSOLO, *Le questioni «preliminari»* cit., p. 276, in nota 8; LUZZATTO, in *Commentario* cit., in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, sub art. 3, p. 936; MERLIN, *Riconvenzione* cit., pp. 90, 93 s.

nostro ordinamento, però, deve ritenersi possibile una differente soluzione che eviti un siffatto ritardo nella prestazione della tutela giurisdizionale richiesta, ritardo – si noti – che potrebbe pure perpetuarsi *in infinitum* ove la causa dipendente non sia nuovamente proposta innanzi al giudice straniero. Questa soluzione postula l'applicazione *in casu* dell'art. 6 l. n. 218/1995.

Tale articolo, come puntualizzato da autorevole dottrina, deve interpretarsi – pena altrimenti la sua inutilità nel sistema – come norma che, in deroga all'art. 34 c.p.c., esclude la trasformazione della questione pregiudiziale di merito in causa, nonostante la domanda di parte o la volontà di legge, ogni qualvolta su tale causa non sussista la giurisdizione del giudice italiano¹²². L'art. 6 l. n. 218/1995, secondo quest'interpretazione, avrebbe insomma la funzione di permettere al giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della domanda dipendente, il che gli sarebbe altrimenti precluso perché impossibilitato a risolvere – vuoi *incidenter tantum*, vuoi con efficacia di giudicato – la questione pregiudiziale di merito che tale domanda pone¹²³.

C'è da chiedersi però se l'art. 6 l. n. 218/1995 possa trovare applicazione anche nelle ipotesi che qui vengono in rilievo, ove si ha che fare, da un lato, con una causa pregiudiziale che non necessariamente è sorta a seguito di domanda di accertamento incidentale o di accertamento incidentale *ex lege*, ma pure in forza di domanda proposta già al momento dell'instaurazione del processo, o mediante chiamata in causa di un terzo; dall'altro lato, con cause connesse per pregiudizialità-dipendenza non tra le stesse parti, ma tra parti parzialmente differenti¹²⁴.

¹²² O meglio comporta una “ri-trasformazione” della causa in mera questione pregiudiziale di merito da conoscere *incidenter tantum*, dopo che la causa stessa è stata oggetto di una declinatoria in rito per difetto di giurisdizione: così MERLIN, *Riconvenzione* cit., pp. 94 s.

¹²³ Cfr. CONSOLO, *Le questioni «preliminari»* cit., pp. 279 ss.; MERLIN, *Riconvenzione* cit., pp. 92 ss.; sulla loro scia, PISANESCHI, *La connessione* cit., pp. 363 s.

¹²⁴ L'applicazione dell'art. 6 l. n. 218/1995 non dovrebbe essere ostacolata dal fatto che la giurisdizione sulla causa pregiudiziale sia regolata dalle norme del sistema di Bruxelles. L'articolo opera, infatti, solo a valle della decisione (negativa) della *quaestio iurisdictionis* sulla pregiudiziale, mirando a evitare l'*impasse* cui questa altrimenti darebbe luogo e dunque non pregiudica in alcun modo l'applicazione (e neppure l'effetto utile) delle norme europee sulla giurisdizione.

L'art. 6 l. n. 218/1995 risulta, però, inapplicabile allorché il sistema di Bruxelles, così come autoritativamente – e creativamente – interpretato dalla Corte di giustizia, imponga la sussistenza della giurisdizione anche per la mera cognizione di una questione pregiudiziale di merito. Per ora ciò si dà solo qualora venga in rilievo una questione attinente alla validità o alla decadenza di un brevetto che – alla stregua della sentenza *GAT* (Corte di giustizia, 13 luglio 2006, C-4/03, *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG c. Lamellen und Kupplungsbau*

A tal riguardo si deve sottolineare che nulla nella lettera dell'art. 6 l. n. 218/1995 fa presumere che la sua operatività debba limitarsi alle cause pregiudiziali sorte a seguito di domanda di accertamento incidentale o di accertamento incidentale *ex lege* e intercorrenti tra le stesse parti della causa dipendente. Del resto, è anche la *ratio* della norma, consistente nell'evitare la sospensione della trattazione della dipendente a seguito del riscontro del difetto di giurisdizione sulla pregiudiziale, che impone l'applicazione della regola in ogni ipotesi in cui si abbia a che fare con un processo con cumulo di cause tra loro dipendenti, a prescindere da come si sia giunti al giudizio cumulativo e dal fatto che si tratti o meno di un processo litisconsortile. Se ne deduce allora che l'art. 6 l. n. 218/1995 trova applicazione – diretta e non già soltanto analogica – nelle ipotesi in discussione, permettendo così al giudice italiano prorogato di pronunciarsi sulla causa dipendente, conoscendo *incidenter tantum* della questione pregiudiziale di merito, che pur originariamente costituiva parte integrante del *thema decidendum*¹²⁵.

Dunque, a seguire quest'impostazione, nell'esempio sopra prospettato, il giudice italiano prorogato potrebbe decidere con efficacia di giudicato sull'esistenza in capo al cessionario del credito ceduto, risolvendo *incidenter tantum*, nonostante la contraria richiesta di una delle parti, la questione circa la validità o meno del negozio di cessione.

Passiamo ora alla seconda ipotesi in cui si può porre il dubbio circa l'operatività di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore nel rapporto controverso: quella che si verifica in caso di cessione del credito,

Beteiligungs KG, in *Int'l Lis* 2006, p. 119, con nota critica di FRANZINA, *Considerazioni intorno alla cognizione delle questioni pregiudiziali nella disciplina comunitaria della competenza*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 735, con nota di FUMAGALLI, *Giurisdizione esclusiva e accertamento incidentale della validità di brevetto nel sistema di «Bruxelles I»* – può essere risolta, vuoi con cognizione *incidenter tantum*, vuoi con decisione con efficacia di giudicato, soltanto dal giudice dello Stato di registrazione del brevetto, competente *ex art.* 16, n. 4, Conv., o 22, n. 4, Reg. In una tale ipotesi, nel caso in cui il giudice adito non sia munito di giurisdizione sulla questione pregiudiziale, si rende necessario ammettere una sospensione del giudizio imposta direttamente dal sistema di Bruxelles e destinata a venir meno solo una volta che nello Stato di registrazione del brevetto sia stata pronunciata una decisione circa la nullità o la decadenza del brevetto che sia idonea alla circolazione infraeuropea e che abbia, in tale Stato, efficacia di accertamento ed, eventualmente, costitutiva.

¹²⁵ Pertanto, una sospensione del giudizio italiano si potrà verificare solo in forza dell'art. 7, c. 3, l. n. 218/1995, se nel frattempo sia stato instaurato all'estero un processo in relazione al rapporto pregiudiziale e questo possa sfociare in una decisione riconoscibile in Italia. Si dovrebbe invece escludere l'applicazione dell'art. 28 Reg. nel giudizio italiano, atteso che il processo nell'altro Stato comunitario è iniziato solo successivamente.

qualora il ceduto chieda al giudice di accertare l'inopponibilità a sé della cessione medesima¹²⁶. Per stabilire se una simile domanda sia soggetta agli effetti di un accordo sulla giurisdizione concluso tra creditore e debitore originari, occorre verificare se con essa si deduce in giudizio il credito oggetto della cessione, nonché dell'accordo sulla giurisdizione. In caso di risposta affermativa, si dovrà ritenere che la giurisdizione su tale domanda spetti al giudice prorogato; altrimenti la competenza giurisdizionale si determinerà in base alle ordinarie norme sulla competenza giurisdizionale, senza tener conto in alcun modo dell'accordo sulla giurisdizione pattuito tra cedente e ceduto.

Al fine di determinare quale sia l'oggetto del giudizio, nel caso in cui il debitore chieda venga accertata l'inopponibilità nei suoi confronti della cessione del credito, si deve individuare in cosa esattamente consista tale inopponibilità, ossia, in altre parole, quali siano gli effetti giuridici che la legge ricollega alla mancata notifica al debitore della cessione. È chiaro che questi

¹²⁶ Nel caso deciso da Cass., sez. un., 5 maggio 2006 n. 10312, cit., il ceduto aveva chiesto, oltre all'accertamento negativo dei crediti del cessionario, pure (evidentemente in via subordinata) l'accertamento che la cessione non era a lui opponibile, non essendo stata rispettata la procedura di comunicazione qualificata concordata in una precedente pattuizione tra cedente e ceduto, attesa la falsità delle copie di *notices* che l'originario creditore sosteneva di aver inviato al suo debitore, resosi poi attore. Le Sezioni Unite hanno affermato la giurisdizione del giudice italiano in base all'art. 5 n. 1 Reg., rilevando che lo "obbligo" su cui si fondava la domanda era quello della notificazione della cessione al ceduto e il *locus destinatae solutionis* di questo era situato in Italia. Una simile soluzione deve sicuramente respingersi, anzitutto perché non si coglie nel segno nell'individuare nella notifica della cessione l'obbligazione che viene dedotta in giudizio con una domanda di "accertamento dell'inopponibilità della cessione". Tale notifica non può essere considerata oggetto di un obbligo, piuttosto essa costituisce un onere per rendere la cessione opponibile al debitore, o meglio un elemento della fattispecie costitutiva dell'effetto giuridico "opponibilità della cessione al ceduto". Ammesso, poi, che si possa qualificarla come obbligo, comunque non rientrebbe nella materia contrattuale di cui all'art. 5, n. 1, Reg. Come ha infatti stabilito la Corte di giustizia nella sentenza *Handte* (Corte di giustizia, 17 giugno 1992, C-26/91, *Handte c. TMCS*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 451), tale materia ricomprende ogni impegno *liberamente assunto* da una parte nei confronti dell'altra. Qui siamo, invece, in presenza di un "obbligo" che è già previsto in via generale dalla legge. A nulla vale, poi, obiettare che, *in casu*, le parti l'avevano contrattualmente previsto nella loro pattuizione, perché esse si sono limitate a stabilire la *specifica forma* che doveva avere quella notificazione, già fissata dalla legge quale presupposto dell'opponibilità della cessione al debitore. Si dovrebbe dunque negare che un simile obbligo pertenga alla materia contrattuale e, conseguentemente, che si possa invocare l'art. 5, n. 1, Reg. onde fondare la competenza giurisdizionale su una domanda che su di questo si basa.

effetti variano a seconda della legge che in concreto viene in rilievo. Qui si considererà la sola ipotesi in cui sia applicabile la legge italiana¹²⁷.

Sul punto non vi è concordia nella dottrina civilistica. Conviene pertanto esaminare le differenti posizioni che si sono registrate e considerarne le ricadute in ordine all'oggetto del giudizio.

Secondo una posizione nettamente minoritaria, la notifica o l'accettazione della cessione da parte del ceduto segnerebbero il momento in cui si verifica il trasferimento del credito¹²⁸. In quest'ottica, il debitore che allega la mancata notificazione o accettazione, non fa altro se non affermare che il cessionario non è ancora divenuto titolare del credito e, dunque, propone una domanda di accertamento negativo del rapporto obbligatorio tra sè e il cessionario.

Alla stregua di una diversa impostazione, il credito si trasferisce, in omaggio al principio consensualistico, già con la conclusione del contratto di cessione, tuttavia esso sarebbe inesigibile, finché non si abbia la notificazione della cessione o l'accettazione di questa da parte del debitore¹²⁹. Pertanto, secondo questa prospettiva, il debitore che allega l'assenza di notificazione o di accettazione, non farebbe altro che dedurre in giudizio il rapporto obbligatorio che lo lega al cessionario, chiedendo al giudice che ne accerti l'inesigibilità o, in altre parole, la quiescenza.

Infine, secondo un ulteriore orientamento, non soltanto con il perfezionamento del contratto di cessione si verificherebbe il trasferimento del credito, ma questo sarebbe sicuramente e immediatamente esigibile. Dunque, l'inopponibilità della cessione al debitore ceduto, conseguenza della mancata notifica, come anche della mancata accettazione della cessione, o anche soltanto della mancata conoscenza della cessione medesima, consisterebbe soltanto nella possibilità concessa al ceduto di far valere, nei confronti del

¹²⁷ È da ricordare che l'art. 12, c. 2, Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (corrispondente all'art. 14, c. 2, Reg., n. 593/2008, Roma I), sottopone la questione dell'opponibilità della cessione al ceduto alla legge applicabile al credito ceduto (v. MALATESTA, *La cessione del credito nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996, pp. 181 ss.).

¹²⁸ In tal senso cfr. ALLARA, *Teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1952, pp. 253 s.; MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968, pp. 36 ss.; ID., *La cessione dei crediti*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 9, *Obbligazioni e contratti*, Tomo I, 2^a ed., Torino, 1999, pp. 471 ss.

¹²⁹ V. CARRARO, *Recensione a* PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 121; SCHLESINGER, *Invaldità o inefficacia della cessione del credito e posizione del debitore ceduto*, *Dir. econ.*, 1958, pp. 234 s., nota 3; GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 353, nota 208.

cessionario, fatti estintivi del rapporto obbligatorio, relativi alla persona del cedente e successivi alla cessione¹³⁰: si può far l'esempio del pagamento fatto al cedente che libera il ceduto, se questi ignorava la cessione (*ex art. 1264, c. 2, c.c.*) e poi di altri fatti che possono essere assimilati al pagamento, come l'offerta formale o non formale di adempimento, la *datio in solutum*, effettuati sempre a favore del cedente¹³¹.

In base a quest'orientamento, la domanda con cui l'attore fa valere l'inopponibilità della cessione dedurrebbe in giudizio una mera situazione giuridica preliminare, da cui dipende l'inesistenza del credito ceduto^{132 133}.

¹³⁰ Cfr. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, pp. 22 ss.; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 1982, pp. 167 ss.; ID., voce «Cessione dei crediti, I) Diritto civile», in *Enc. giur. Treccani*, VI, p. 13; BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente (con particolare riferimento alla cessione dei crediti)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, pp. 1327 ss. Anche la giurisprudenza sembra accogliere questo orientamento: cfr. Cass., 2 febbraio 2001, n.1510, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1157; Cass., 28 agosto 1995, *Dir e giur.* 1996, p. 177, con nota di GUIDA.

¹³¹ In tal senso, BIANCA, *Il debitore* cit., pp. 36 ss. Quanto ad altri fatti estintivi dell'obbligazione, si esclude l'opponibilità al cessionario della remissione effettuata dal cedente dopo la cessione, in quanto tale soggetto risulta privo del potere di rinunciare a un diritto non più suo (v. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 89); controversia sussiste sulla confusione (a favore dell'opponibilità PANUCCIO, *La cessione* cit., p. 89; *contra* BIANCA, *Il debitore* cit., pp. 41 s.) In ordine alla compensazione si consideri l'art. 1248 c.c. da cui emerge, *a contrario*, l'opponibilità al cessionario della compensazione con un credito sorto in capo al ceduto, dopo la cessione e prima della notificazione.

¹³² Per la definizione delle situazioni giuridiche preliminari come le situazioni giuridiche che costituiscono la premessa dalla quale può essere dedotta l'esistenza o l'inesistenza di diritti o rapporti giuridici, cfr. E.F. RICCI, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 653.

¹³³ Non si sono considerate altre posizioni emerse nella dottrina civilistica, perché queste non avrebbero, sul versante processualistico dell'oggetto del giudizio, conseguenze differenti da quelle degli orientamenti esaminati nel testo. Così, ad es., la tesi di Panuccio, secondo il quale, finché la cessione non sia stata notificata o accettata o anche semplicemente conosciuta dal debitore, permane il diritto di questi a ottenere dal cedente la liberazione dal debito, ha conseguenze analoghe a quelle della terza posizione analizzata nel testo: infatti il "diritto" alla liberazione nei confronti del cedente, in quanto non avente ad oggetto alcun bene della vita, deve ritenersi una mera situazione giuridica preliminare, da cui dipende l'inesistenza del credito oggetto della cessione. Invece, secondo DOLMETTA, voce «Cessione dei crediti», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 296, una cessione non notificata o non accettata avrebbe l'effetto di determinare il trasferimento del credito in capo al cessionario, ma non sarebbe sufficiente ad operare la modifica di disciplina del rapporto obbligatorio conseguente al mutamento del suo lato attivo e pertanto, da un lato, il debitore potrebbe opporre al cessionario tutti i fatti estintivi o modificativi, relativi ai rapporti col cedente e successivi alla cessione,

Certamente risulta dubbia, nel nostro ordinamento, l'ammissibilità di domande volte all'accertamento di mere situazioni giuridiche preliminari, al di fuori dai casi tipicamente previsti dalla legge¹³⁴ ¹³⁵. Tuttavia l'eventuale inammissibilità di simile domande non viene a escludere la rilevanza della questione di giurisdizione, che si può porre anche rispetto a domande (per altre ragioni) inammissibili, dato che tra questioni di rito non vi è un ordine

dall'altro, il cessionario non potrebbe esigere il credito (in giurisprudenza sembra accogliere questo orientamento Cass., 26 aprile 2004, n. 7919). Anche in tal caso, l'oggetto del giudizio sarebbe costituito da una mera *Vorfrage*, da cui dipende, da un lato, un determinato modo d'essere del credito ceduto (ossia la sua esigibilità); dall'altro, la perdurante esistenza del medesimo credito.

¹³⁴ È affermazione comune, in dottrina, quella per cui, salvo specifiche previsioni di legge, solo i diritti soggettivi possono costituire oggetto di accertamento giudiziale: v., per tutti, E.F. RICCI, *Sull'accertamento* cit., pp. 653 s.; ID., voce «Accertamento cit.», p. 20; MONTESANO, voce «Accertamento giudiziale», in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 3; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, pp. 641 s.; ATTARDI, *Diritto* cit., p. 105; pur in senso problematico, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., I, cit., p. 111. Da ciò discenderebbe, *de plano*, l'inammissibilità di una domanda con cui si chiede l'accertamento dell'inopponibilità al debitore della cessione. D'altronde, anche in base all'orientamento recentemente emerso nella dottrina italiana (v. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c., Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, pp. 138 ss.), volto a fondare l'ammissibilità di domande deducenti mere questioni preliminari, su una rinnovata lettura del principio dell'interesse ad agire, concepito quale parametro di "accesso selettivo" alla tutela dichiarativa su *Vorfragen* o parti di un rapporto giuridico, permarrebbero dubbi circa l'ammissibilità di un'azione volta ad accertare l'inopponibilità della cessione. Invero, secondo la posizione in esame, sarebbe possibile chiedere l'accertamento di una situazione preliminare solo se da questa dipende «l'esistenza o la inesistenza o la conformazione di un rapporto giuridico attuale» (così MARINELLI, *La clausola* cit., p. 159); tuttavia l'inesistenza del credito ceduto, dipende non già dalla pura e semplice inopponibilità della cessione, ma da questa e dal concreto verificarsi di un fatto estintivo, relativo al cedente e successivo alla cessione. Allora delle due l'una: o l'attore non deduce l'esistenza di un simile fatto e dunque la sua domanda dovrà ritenersi inammissibile per difetto di interesse ad agire; o l'attore la deduce, ma in questo caso – a mio avviso – il giudice dovrebbe interpretare la domanda dell'attore come domanda di accertamento negativo del rapporto obbligatorio tra ceduto e cessionario e non si porrebbe conseguentemente nessun problema di ammissibilità della domanda, in quanto con essa si dedurrebbe un diritto soggettivo e non una mera *Vorfrage*.

¹³⁵ Si deve però rilevare che una domanda d'accertamento dell'inopponibilità della cessione fondata sulla mancata notifica e accettazione della cessione medesima, ancorché eventualmente ammissibile, sarebbe da reputarsi infondata. Infatti, secondo la dottrina civilistica citata alla nota 130, l'opponibilità della cessione consegue non soltanto alla notifica o all'accettazione, ma anche alla mera conoscenza da parte del debitore. Se l'attore dunque propone una simile domanda si mostra perfettamente a conoscenza dell'avvenuta cessione, che pertanto gli sarà sicuramente opponibile.

logico¹³⁶, per cui il giudice potrebbe rigettare in rito per difetto di giurisdizione una domanda, pur, per altri versi, inammissibile. D'altro canto le Sezioni Unite in sede di regolamento di giurisdizione, quali giudici della sola giurisdizione, dovrebbero sicuramente statuire su di essa, anche in ordine a una domanda inammissibile¹³⁷.

È sicuro dunque che la questione di giurisdizione non perde rilievo nel caso di inammissibilità della domanda e che si potrà e dovrà allora determinare i criteri per verificare la sussistenza della giurisdizione in ordine a una domanda, dalla pur dubbia ammissibilità, con cui si chiede l'accertamento di una situazione giuridica preliminare.

È chiaro che qui oggetto del giudizio e conseguentemente del giudicato è proprio la questione preliminare, ma se si dovesse aver riguardo a essa anche al fine di determinare la giurisdizione e la competenza si dovrebbe concludere, da una parte, che la domanda si potrebbe proporre solo innanzi al *forum rei* e, dall'altra, che sarebbero *tout court* inapplicabili le norme sulla competenza per valore e per materia. Soluzioni queste che risultano sicuramente inaccettabili e che fanno così propendere per dare rilievo, ai fini della determinazione della giurisdizione e della competenza, non già all'oggetto

¹³⁶ Per l'assenza di un ordine di pregiudizialità tra le diverse questioni di rito, cfr. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., pp. 455 ss., il quale ritiene che, in presenza di più questioni pregiudiziali di rito, il giudice debba fondare la sua *absolutio ab instantia* su quella più liquida. Sull'argomento v., da ultimo, TURRONI, *La sentenza* cit., pp. 241 ss. che, preso atto della mancanza di un ordine strutturale tra questioni di rito, ritiene che il giudice debba dichiarare inammissibile la domanda sulla base della questione che assicura il maggior vantaggio per la parte vittoriosa e, in presenza di questioni egualmente vantaggiose, sulla base di quella più liquida.

¹³⁷ Anche in questo caso, una diversa soluzione potrebbe darsi soltanto se si ammettesse la pregiudizialità della questione relativa all'ammissibilità di una domanda deducete una situazione preliminare rispetto alla *quaestio iurisdictionis*. Se così realmente fosse, le Sezioni Unite dovrebbero, in effetti, dichiarare la (temporanea) inammissibilità del regolamento di giurisdizione, che perdurerebbe sin tanto che il giudice adito non si sia pronunciato, ovviamente in senso positivo, sulla (*in thesi* pregiudiziale) questione dell'ammissibilità della domanda con cui si deduce in giudizio una mera *Vorfrage*. Per un'ipotesi, peraltro criticabile, in cui le Sezioni Unite hanno dichiarato l'inammissibilità del regolamento per sussistenza di una questione – ad avviso della Suprema Corte – pregiudiziale, che doveva preventivamente esser decisa dal giudice *a quo* (ossia la questione «di merito attinente all'esistenza e alla validità del compromesso»), cfr. Cass., sez. un., 18 aprile 2003, n. 6349, in *Corr. giur.*, 2004, p. 919, con nota critica di CONSOLO, *Soprassalti* cit.

del giudizio, ma al diritto la cui esistenza o inesistenza dipende dalla questione preliminare che costituisce oggetto del processo¹³⁸.

Per tornare dunque al caso che ci occupa, la questione preliminare dell'opponibilità al cessionario di fatti estintivi del credito, relativi alla persona del cedente e successivi alla cessione, rileva ai fini dell'esistenza del rapporto obbligatorio tra ceduto e cessionario e, dunque, sarà rispetto a tale rapporto che dovrà essere determinata la sussistenza della giurisdizione.

In conclusione, qualsiasi posizione si accolga in ordine agli effetti della mancata notifica della cessione del credito, qualora il debitore proponga domanda facendo valere l'assenza di tale notifica, l'oggetto del giudizio è costituito, o deve ritenersi costituito ai fini della soluzione della *quaestio iurisdictionis*, dal rapporto obbligatorio tra ceduto e cessionario.

Una simile conclusione, ineccepibile in ambito interno e, dunque, qualora si discuta dell'efficacia di un accordo sulla giurisdizione *ex art. 4 l. n. 218/1995*, può apparirlo meno in ambito europeo ove a questo approccio, volto a considerare le singole leggi nazionali¹³⁹, se ne può preferire un altro che si muova in una prospettiva meno "municipalistica".

A mio avviso, comunque, le cose non muterebbero anche a seguire una prospettiva autonoma dai diritti nazionali¹⁴⁰. In tal caso, non potendo più

¹³⁸ Si possono, a tal riguardo, ricordare le conclusioni cui perviene CONSOLO, *Azioni dichiarative* cit., pp. 310 s., nel caso, in parte analogo, dell'azione di accertamento negativo, ove essa sia intesa, alla stregua di una posizione recentemente emersa in dottrina (cfr. TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, pp. 24 ss.; ID., *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 233 ss.; MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, pp. 1093 ss.), come volta a dedurre in giudizio (l'inesistenza di) singoli fatti costitutivi o (l'esistenza di fatti) impeditivi-modificativi-estintivi del credito: «l'esistenza del diritto, pur rilevando solo in via mediata, campeggia al centro del giudizio di accertamento negativo, quale parametro della rilevanza della questione su cui si fonda la domanda attrice», ed è dunque con riferimento al diritto, quale "oggetto mediato" del giudizio, che si deve determinare la sussistenza della giurisdizione.

¹³⁹ Va tenuto però presente che neppure l'approccio che fa riferimento alle leggi nazionali deve considerarsi *a priori* erroneo, anche perché qui si è fatto riferimento alla *lex causae* e non alla *lex fori*, adottando così un metodo conflittualistico non ignoto ai giudici del Lussemburgo.

¹⁴⁰ Vale la pena di ricordare che una simile prospettiva è stata già adottata dalla Corte di Giustizia che, in sede di interpretazione dell'art. 5 n. 1 Conv., ha elaborato una nozione autonoma di obbligazione dedotta in giudizio, da individuarsi in quella «che serve di base all'azione giudiziaria», ovvero «quella corrispondente al diritto su cui si impernia l'azione dell'attore» (cfr. Corte di Giustizia, 6 ottobre 1976, C-14/76, *De Bloos c. Bouyer*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 176).

riferirsi agli ordinamenti dei singoli Stati membri, si dovrebbe considerare la volontà dell'attore-debitore e mi sembra innegabile che questi, nel dedurre in giudizio l'inopponibilità della cessione, se ne voglia avvalere per gli effetti che essa ha in ordine al rapporto obbligatorio che lo lega al cessionario ed è dunque pur sempre di tale rapporto che si discute in giudizio e che ne costituisce, potremmo dire, l'oggetto sostanziale.

Resta così confermata la conclusione precedentemente tratta, ossia che l'oggetto del giudizio, almeno al fine di determinare la competenza giurisdizionale, sia rappresentato dal credito tra ceduto e cessionario. Ne segue allora che anche questo giudizio rientra nell'ambito di efficacia della clausola di proroga della giurisdizione italiana, validamente stipulata tra debitore e creditore originari ed efficace altresì in ordine alle azioni che abbiano ad oggetto la questione dell'esistenza (o inesistenza) del credito in capo a un terzo, quale cessionario e così avente causa del cedente.

14. Sintesi

Questo capitolo è stato esclusivamente dedicato a verificare se esista una regola che sancisce l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore nel rapporto controverso. Tale questione è stata affrontata avendo riguardo prima agli accordi "interni" e poi a quelli "europei".

Quanto ai primi, si è anzitutto esaminato quella posizione che afferma l'efficacia della clausola compromissoria e, più in generale, degli accordi processuali, rispetto al successore, sulla base di ragioni sostanziali, fondandosi sull'accessorietà di questi rispetto al contratto cui si riferiscono. Tale tesi si basa su quella concezione relativistica e funzionalizzata recentemente emersa in ordine all'autonomia della clausola compromissoria, che nel primo volume è stata rigettata. Si è così negata la validità di questa posizione basata com'è su malcerte premesse.

Si sono escluse del pari altre tesi volte a sostenere l'efficacia dell'accordo compromissorio nei confronti del successore: sia quella basata sulla successione nell'azione in uno con il diritto che questa tutela, che non sembra facilmente conciliabile con il carattere astratto oramai pacificamente riconosciuto all'azione; sia quella fondata sulla successione nella lite, che sta o cade con l'assai controversa, e ora superata, nozione carneluttiana di lite.

Prima di passare alla parte più propriamente ricostruttiva dell'indagine, si è determinato il concreto contenuto della regola più congrua in forza della quale affermare l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione rispetto al

successore: si deve trattare di una regola che ricollega tale efficacia non già alla *effettiva* successione, ma alla mera circostanza che questa sia prospettata in giudizio; inoltre, deve prevedere non già la successione del terzo negli effetti del patto, ma l'estensione di questi alle azioni relative al rapporto del successore.

Si è dunque cercato di stabilire se questa regola possa trovare accoglienza nel nostro diritto positivo. Esclusa la rilevanza delle norme che estendono al successore l'efficacia dichiarativa ed esecutiva della sentenza resa nei confronti del dante causa, si è infine concluso che la regola in questione opera nel solo caso di successione avvenuta dopo l'instaurazione di un processo in Italia, in cui è invocato un accordo di proroga a favore dei nostri giudici. Ciò in applicazione analogica del recentemente introdotto art. 816-*quinquies*, c. 3, c.p.c. che, prevedendo l'operatività nel procedimento arbitrale dell'art. 111 c.p.c. senza alcuna clausola di compatibilità, non può che essere riguardato come norma che stabilisce altresì l'efficacia nei confronti del successore *arbitrato pendente* dell'accordo compromissorio concluso dal suo dante causa: in caso contrario, gran parte della disciplina dell'art. 111 c.p.c. – almeno ove interpretato secondo gli insegnamenti della teoria della rilevanza – non potrebbe trovare concreta applicazione.

Quella così attinta è però una “conclusione provvisoria”, relativa al diritto italiano considerato a prescindere dalla sua relazione col diritto europeo. Essa è stata perciò rimediale dopo aver considerato quale sia la soluzione da accogliersi nel sistema di Bruxelles.

A quest'ultimo riguardo, si è partiti esaminando la sentenza *Tilly Russ* ove la Corte di giustizia ha affermato che la clausola sulla giurisdizione contenuta in una polizza esplica i propri effetti anche nei confronti del prenditore che, alla stregua del «diritto nazionale applicabile», sia subentrato nei diritti e negli obblighi del caricatore. I giudici del Lussemburgo hanno dunque sancito una regola che si presta agli stessi rilievi critici che sono stati mossi alla tesi che fonda l'efficacia dell'accordo nei confronti del successore sull'accessorietà dello stesso. È escluso pertanto che la soluzione offerta dalla Corte possa estendersi a tutti i casi di successione nel rapporto controverso.

Piuttosto, la regola di efficacia nei confronti del successore del patto *ex art. 23/25 Reg.* stipulato dal suo dante causa deve ritenersi un corollario del principio desumibile dalla sentenza *Dansommer* per cui la norma sulla giurisdizione relativa alle controversie su un determinato rapporto giuridico, opera, nel caso di successione, anche rispetto alle controversie relative a quel rapporto giuridico, tra soggetti parzialmente diversi, ossia tra uno degli

originari (asseriti) titolari e il successore (asserito) dell'altro. Tale principio dovrebbe trovare applicazione non soltanto nel caso di norme sulla giurisdizione direttamente previste dal Regolamento, ma anche di "norme concrete" sulla giurisdizione stabilite dalle parti in virtù del potere loro attribuito dall'art. 23/25 Reg.

Una volta dimostrata la vigenza nel sistema di Bruxelles di una regola generale di efficacia dell'accordo sulla giurisdizione rispetto al successore nel rapporto controverso, risulta necessario "armonizzare" a tale regola la sentenza *Tilly Russ*, prospettandone quindi una interpretazione "adeguata". All'uopo si dovrà ritenere che i giudici del Lussemburgo, con tale decisione, *implicitamente* abbiano accolto la regola in questione, ed *esplicitamente* ne abbiano stabilito delle modalità d'applicazione "correttive" nel peculiare caso della domanda fondata sulla polizza di carico, onde evitare che il suo operare in quest'ambito renda possibili facili abusi. Più in particolare, la Corte avrebbe qui stabilito come il giudice deve determinare l'oggetto del giudizio, al limitato fine di risolvere la questione circa l'efficacia della clausola rispetto al prenditore. Tale determinazione deve prescindere dalle affermazioni delle parti riguardo alla legge applicabile alla posizione del prenditore. Il giudice dovrà piuttosto verificare quale legge effettivamente venga a disciplinare la questione. Se questa prevede, *in via assolutamente astratta e generale*, che l'acquisto della polizza determini il trasferimento al prenditore della posizione giuridica complessa facente capo al caricatore, allora l'oggetto del giudizio dovrà ritenersi costituito da una posizione giuridica acquistata dal prenditore a titolo derivativo dal caricatore, con la conseguenza che la clausola esplicherà i suoi effetti nei confronti del prenditore. Nel caso in cui la legge applicabile disponga nel senso esattamente opposto, l'oggetto del giudizio sarà invece costituito da una posizione giuridica acquistata dal prenditore a titolo originario e perciò autonoma da quella del caricatore. Qui, l'efficacia della clausola rispetto al prenditore è da escludere e al giudice non rimarrà che indagare, secondo le indicazioni della successiva sentenza *Coreck*, se il prenditore abbia aderito alla clausola in una delle forme previste dall'art. 23/25 Reg.

Una volta terminato l'esame del diritto europeo, ci si è interrogati su quale rilievo potessero avere le conclusioni ivi raggiunte, in ordine agli accordi riconosciuti dall'art. 4 l. n. 218/1995. Si è così osservato che il richiamo ai criteri speciali di giurisdizione del sistema di Bruxelles – compiuto dall'art. 3, c. 2, prima parte, l. n. 218/1995 – deve ritenersi ricomprensivo altresì della regola, ricavabile dalla sentenza *Dansommer*, per cui le norme sulla giurisdizione relative alle liti del dante causa operano anche rispetto a quelle del

successore, purchè non si fondino su criteri soggettivi attinenti alla persona del dante causa. Una simile regola ha allora, nel diritto italiano, una vocazione espansiva in ordine all'intera materia civile e commerciale, tale da potersi ritenere operante anche con riguardo alle norme concrete di giurisdizione poste dai patti *ex art. 4 l. n. 218/1995*.

Si può quindi concludere che – sia nel diritto europeo, che in quello italiano – gli accordi sulla giurisdizione esplicano sempre i loro effetti nei confronti del successore nel rapporto controverso.

Capitolo Sesto

Applicazione dei risultati raggiunti a casi particolari

1. Introduzione al capitolo

Nei precedenti capitoli di questo secondo volume si sono esaminati i vari profili soggettivi degli accordi sulla giurisdizione. Si è così iniziato dalla nozione di parti dell'accordo, per poi considerare i requisiti – in termini di capacità – che queste debbono possedere per concludere un valido patto. Si sono quindi indagate le condizioni necessarie perché le parti possano stipulare una *electio fori* efficace nei loro confronti e, infine, quali siano le ipotesi in cui si debba ammettere una efficacia dell'*electio* nei confronti dei terzi; a tal riguardo, un intero capitolo è stato dedicato – data la complessità della questione – all'efficacia degli accordi sulla giurisdizione nei confronti del successore nel rapporto controverso. L'indagine potrebbe dirsi così conclusa, tuttavia, per scrupolo di maggiore completezza, si ritiene opportuno aggiungere questo ulteriore capitolo, allo scopo di saggiare i risultati raggiunti – in specie in tema di efficacia *ultra partes* degli accordi sulla giurisdizione – applicandoli a dei casi particolari. Un simile intento, ove coerentemente perseguito, richiederebbe un esame esteso all'intera esperienza giuridica (almeno nell'ambito della materia civile e commerciale), il che non è certamente consentito dall'economia di questo lavoro. Sembra allora più congruo soffermarci sulle ipotesi di maggior rilievo, rispetto alle quali si è sviluppato un qualche articolato dibattito giurisprudenziale e dottrinale, vuoi con precipuo riguardo agli accordi sulla giurisdizione, vuoi, almeno, in ordine all'attiguo campo delle convenzioni arbitrali. Seguendo questa direttiva di indagine si considereranno allora gli accordi sulla giurisdizione nel fallimento, con riguardo alle azioni dirette, ai contratti collegati tra parti diverse (in particolare al *leasing*) e, infine, alla fideiussione.

2. *Gli accordi sulla giurisdizione nel fallimento: il potere del curatore fallimentare di concludere un accordo sulla giurisdizione e l'efficacia di un patto sulla competenza giurisdizionale nei confronti del curatore*

Nel caso di apertura di una procedura fallimentare in Italia, o del suo corrispondente all'estero si pongono due questioni che attengono ai profili soggettivi degli accordi sulla giurisdizione: la prima, se il curatore fallimentare (o il suo "collega" straniero) possa concludere un efficace accordo sulla giurisdizione; la seconda, se un patto stipulato dal soggetto poi fallito esplichi i propri effetti anche nei confronti della curatela (o del corrispondente organo di una procedura d'insolvenza straniera).

Iniziamo col primo problema, trattando anzitutto dell'*electio fori* riconosciuta dall'art. 4 l. n. 218/1995. Differenti sono le considerazioni da svolgere a seconda che il fallimento sia stato dichiarato in Italia, o invece una analoga procedura di insolvenza sia stata aperta al di fuori dei nostri confini nazionali. Quanto al primo caso, vi è da osservare che la legge fallimentare non disciplina espressamente la situazione, tuttavia, all'art. 35, prevede che il curatore possa stipulare un compromesso con l'autorizzazione del comitato dei creditori; qualora si tratti di un atto di valore superiore ai cinquantamila euro (valore che si determinerà, per il compromesso, con riferimento alla azione che ne costituisce l'oggetto), è necessario altresì che il curatore ne informi previamente il giudice delegato, sempre che l'atto non sia già stato da questi approvato *ex art. 104-ter l.f.*^{1, 2}. Analogamente si dovrà ritenere possibile che il curatore, in presenza dei medesimi presupposti dettati per la stipulazione di un compromesso, possa concludere un accordo sulla giurisdizione in relazione a una o più azioni determinate. Verosimilmente si tratterà di un accordo di proroga della giurisdizione italiana, che permetta alla procedura fallimentare di evitare i costi – con ogni probabilità maggiori – che imporrebbe una *litigation abroad*.

¹ La norma è stata novellata dal d. lgs. n. 5/2006, precedentemente il potere del curatore di stipulare un compromesso era subordinato all'autorizzazione del giudice delegato, emessa con decreto motivato, sentito il comitato dei creditori; se venivano in rilievo atti di valore superiore alle duecentomila lire, era invece necessario il decreto motivato del tribunale, su proposta del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori.

² La possibilità per il curatore di stipulare un compromesso è limitata ovviamente ai casi di controversia arbitrabile. Sulla determinazione dell'area della compromettibilità in ordine alle liti in materia fallimentare si rinvia a VINCRE, *Arbitrato rituale* cit., pp. 12 ss.; BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, Padova, 1995, pp. 53 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., *sub art. 806 c.p.c.*, pp. 108 ss.

C'è da chiedersi se l'autorizzazione del comitato dei creditori sia necessaria altresì per la stipula di una clausola sulla giurisdizione relativa a un contratto concluso dal curatore. Alla questione deve darsi una risposta negativa, poiché l'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. conduce a riconoscere al curatore, che ha il potere di concludere un contratto, alla stregua delle norme della legge fallimentare, altresì il potere di pattuire la clausola sulla giurisdizione a questo relativa, senza che all'uopo sia necessaria l'autorizzazione del comitato dei creditori, che la legge richiede soltanto per la stipulazione del compromesso³.

Consideriamo ora il caso della procedura di insolvenza aperta all'estero e ipotizziamo che l'organo corrispondente al curatore fallimentare, abbia stipulato un accordo sulla giurisdizione fondandosi su norme della *lex concursus* analoghe a quelle italiane appena considerate. Un simile accordo (che verosimilmente prorogherà la giurisdizione del giudice dello Stato di apertura, derogando al contempo alla giurisdizione italiana) potrà avere efficacia innanzi ai nostri giudici solo se l'ordinamento italiano riconosce il potere del curatore e perciò solo se possa avere ivi ingresso – alla stregua dell'art. 64 l. n. 218/1995^{4 5} – la sentenza di apertura della procedura di insolvenza in cui tale potere trova la sua fonte.

³ In tal senso, in ordine alla clausola compromissoria, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., sub art. 806 c.p.c., p. 112, la quale non manca di rimarcare che, in tal modo, «viene però meno la *ratio* che aveva ispirato il legislatore del d. lgs. n. 40 del 2006, nel senso di un unitario criterio di capacità a compromettere, con riferimento a tutte le *species* di convenzione arbitrale». Per la necessità invece dell'autorizzazione del comitato dei creditori v. invece GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, 2^a ed., Milano, 2008, sub art. 35, pp. 325 s. Nel regime previgente VINCRE, *Arbitrato* cit., p. 53 affermava che, *in base ai principi*, il curatore, munito del potere di concludere un contratto, avrebbe potuto stipulare la clausola compromissoria a questo relativa. L'Autrice riteneva tuttavia necessaria l'autorizzazione del giudice delegato, in forza dell'allora vigente art. 25, n. 6, l.f., da cui desumeva che, anche al di fuori della previsione dell'art. 35 l.f., vi erano degli atti di amministrazione straordinaria per i quali era necessaria l'autorizzazione del giudice delegato; atti tra i quali doveva annoverarsi pure la clausola compromissoria. A prescindere dalla condivisibilità dell'argomentazione, essa non potrebbe più essere riproposta oggi, sia perché il novellato art. 25 l.f. non fa più menzione di una autorizzazione da parte del giudice delegato in ordine agli atti di straordinaria amministrazione; sia perché la conclusione del compromesso non presuppone più l'autorizzazione del giudice delegato, bensì quella del comitato dei creditori. In giurisprudenza, in ordine al regime previgente, v. Trib. Napoli, 8 luglio 1996, ove *in obiter* si è affermato che la clausola compromissoria relativa a un contratto concluso dal curatore necessitava dell'autorizzazione del Tribunale nelle forme previste dall'allora vigente art. 35, c. 2, l.f.

⁴ Nel senso che la sentenza straniera dichiarativa di fallimento sia riconoscibile alla stregua dell'art. 64 l. n. 218/1995 v. LUPONE, *L'insolvenza transnazionale, Procedure concorsuali nello*

Qualora venga in rilievo un accordo diverso da una clausola sulla giurisdizione, la sua efficacia in Italia potrà essere sancita solo se la *lex concursus* attribuisca al “curatore” specificatamente il potere di pattuire l’accordo stesso⁶. Se si ha invece a che fare con una clausola sulla giurisdizione, non è necessario il conferimento di un simile specifico potere, essendo sufficiente che il “curatore” sia munito – alla stregua della *lex concursus* – del potere di concludere il contratto cui la clausola si riferisce. Sarà poi la legge italiana, quale legge regolatrice del patto sulla giurisdizione, a conferire al curatore altresì il potere di convenire la clausola, in virtù dell’applicazione analogica dell’art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c.

Stato e beni all'estero, Padova, 1995, in part. pp. 273 ss.; CARBONE, *Il c.d. fallimento internazionale tra riforma italiana del d.i.p. e normativa di diritto uniforme*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 636; SALERNO, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, pp. 35, 43 s.; C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, pp. 480 ss.

⁵ Non si considera nel testo il caso della procedura di insolvenza aperta in uno Stato dell’Unione Europea e perciò riconoscibile in Italia *ex art. 16 Reg. n. 1346/2000*, perché la possibilità che qui il “curatore” stipuli un accordo cui sia applicabile l’art. 4 l. n. 218/1995 è piuttosto remota: si dovrebbe infatti pensare che questi prescelga, anziché il giudice dello Stato ove si è aperta la procedura concorsuale, quello di uno Stato terzo. In tutte le altre ipotesi l’accordo sarà regolato dall’art. 23 Reg. perché pattuito a favore di un giudice europeo in ordine a liti di cui almeno una delle parti (segnatamente il fallito, o la “curatela” fallimentare) con domicilio o sede in uno Stato membro. Quando poi entrerà in vigore il Regolamento n. 1215/2012, il suo art. 25 troverà sempre applicazione all’accordo concluso dal curatore, purchè con questo si sia prescelto un giudice europeo.

⁶ Si può obiettare che la *lex concursus* attribuisce al “curatore” il potere di concludere solo un accordo con effetti sulla giurisdizione *dei propri giudici* e non anche il potere di concludere il (pur connesso) patto attinente alla competenza giurisdizionale *dei giudici italiani*. In quest’ottica il riconoscimento nel nostro Paese della decisione straniera non condurrebbe a ritenere il curatore munito di tale potere, sicché si dovrebbe concludere per l’inefficacia dell’accordo sulla giurisdizione italiana da questi pattuito. Si deve tuttavia osservare che, a ragionare in questo modo, sarebbe possibile la formazione di un giudicato italiano sulle azioni oggetto dell’accordo e ciò anche qualora il processo sia stato instaurato in Italia dopo quello proposto nel foro eletto, poichè la sospensione per litispendenza in base all’art. 7 l. n. 218/1995 presuppone una prognosi sulla riconoscibilità della sentenza pronunciata dal primo giudice, prognosi che *in casu* sarà di regola negativa, per difetto in capo a quest’ultimo della competenza internazionale indiretta. Così si vanifica però la scelta compiuta dal curatore in ordine al giudice di uno Stato diverso dall’Italia, scelta di cui la decisione di apertura della procedura (congiuntamente alla *lex concursus*) assicurava invece l’efficacia. Si deve quindi affermare che, dal riconoscimento nel nostro Paese di una tale decisione, discende l’obbligo per l’ordinamento italiano di garantire l’efficacia della *electio fori* del curatore e perciò di ritenere costui munito altresì del potere di concludere un accordo che espliciti effetti sulla competenza giurisdizionale dei nostri giudici.

Passiamo quindi agli accordi riconosciuti nel sistema di Bruxelles. Il potere del curatore di stipulare simili patti dovrà essere riconosciuto dalla *lex fori prorogati*, atteso che nessuna disciplina sul punto è ravvisabile nel Regolamento. Non si porrà alcun problema se la procedura concorsuale sia stata aperta nello Stato (membro) del giudice prescelto nel patto: in tal caso i relativi effetti si produrranno direttamente nell'ordinamento del Paese prorogato e tra questi pure il potere, in capo al curatore, di concludere un accordo sulla giurisdizione, sempre che esso sia previsto (o almeno deducibile) dalla *lex concursus*. Se invece la procedura è stata aperta in un altro Stato, sarà necessario che la sentenza di apertura, fonte del potere del curatore, sia riconosciuta nell'ordinamento del giudice prorogato, alla stregua dell'art. 16 Reg. n. 1346/2000, o delle norme "municipali" sul riconoscimento delle decisioni straniere, a seconda che venga o meno in rilievo una procedura concorsuale infraeuropea. In caso positivo, non si dovrà verificare se la sentenza sia riconoscibile anche nel foro derogato, poiché, come si è già veduto, un accordo sulla giurisdizione riconosciuto dall'art. 23/25 Reg. è retto – ove non sussistano autonome regole europee – dalla sola *lex fori prorogati*. Se tale sentenza non è invece riconoscibile nel foro prorogato, all'accordo concluso dal curatore dovrà essere negato ogni effetto, non solo prorogatorio, ma anche derogatorio e ciò quand'anche il fallimento straniero sia riconoscibile nel foro derogato. Altrimenti si verrebbe ad affermare l'esistenza di un accordo di "mera deroga", inammissibile nel sistema di Bruxelles⁷.

Veniamo ora a trattare della questione dell'efficacia di un accordo sulla giurisdizione *ex art. 23/25 Reg.*, o *ex art. 4 l. n. 218/1995*, concluso dal soggetto poi fallito, nei confronti del curatore fallimentare, il quale faccia valere in giudizio delle posizioni giuridiche che – almeno anteriormente alla apertura della procedura di insolvenza – erano in capo allo stesso fallito.

L'analogo problema attinente alle convenzioni arbitrali è stata oggetto nel nostro Paese di ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza, anche prima

⁷ Cfr. primo volume, cap. I, § 2, nota 15, nonché la precisazione contenuta nell'introduzione a questo secondo volume, alla nota 15. Una simile questione neppure si porrà, una volta entrato in vigore il Regolamento n. 1215/2012 se, dopo l'instaurazione del processo davanti al giudice "derogato" si dia inizio al giudizio presso il foro "prorogato" in via esclusiva. In questo caso, infatti, il giudice "derogato", dopo aver vagliato la validità *europaeo iure* dell'accordo posto a base dell'eccezione di difetto di giurisdizione, dovrà sicuramente sospendere il processo in applicazione dell'art. 31, c. 2, Reg. in attesa della pronuncia del giudice "eletto" sull'*exclusive jurisdiction agreement*, senza che gli sia concesso alcuna altra indagine in ordine alla validità ed efficacia del patto (v. *supra*, introduzione, pp. 22 ss.) e perciò – per quel che qui interessa – sul potere del "curatore" straniero di concludere l'accordo sulla giurisdizione.

dell'introduzione di una specifica previsione, segnatamente l'art. 83 *bis*, l.f., che non detta però una disciplina generale, ma regola – come si vedrà – solo una specifica ipotesi.

Anteriormente alla novella della legge fallimentare, si fronteggiavano le posizioni a) di chi escludeva *tout court* l'efficacia della convenzione arbitrale nei confronti della curatela⁸, o la ammetteva solo se il fallimento fosse stato dichiarato a procedimento arbitrale già instaurato⁹; b) di chi riteneva che tale convenzione fosse soggetta al medesimo regime dettato dall'art. 72 l.f. per i rapporti contrattuali pendenti, con conseguente sospensione dell'esecuzione e scelta attribuita al curatore di subentrare o di sciogliersi dal patto arbitrale¹⁰; c) di chi reputava che l'accordo compromissorio fosse efficace nei confronti della curatela nel solo caso in cui questa subentrasse al fallito nel rapporto sostanziale le liti sul quale erano state compromesse in arbitri¹¹;

⁸ V. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, p. 878, secondo il quale l'accordo arbitrale conserva la sua efficacia nei confronti del fallito una volta che il fallimento si sia chiuso; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 6ª ed., Milano, 2002, p. 281; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, 5ª ed., Padova, 1968, p. 250. Per la giurisprudenza cfr. Cass., 4 agosto 1958, n. 2866, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 130; Cass., 11 giugno 1969, n. 2064, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2490.

⁹ Cfr. CASELLI, *Organi del fallimento*, Art. 23-41, in BRICOLA GALGANO, SANTINI (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1977, *sub art.* 24, pp. 61 s.; BIAMONTI, voce «Arbitrato», cit., p. 913: entrambi gli Autori invocano all'uopo l'art. 5 c.p.c.

¹⁰ Così CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, pp. 550 ss.; BONSIGNORI, *Arbitrati cit.*, pp. 36 ss.; ID., *Procedimento arbitrale e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 614. V. poi FERRARA, *Il fallimento*, 3ª ed., Milano, 1974, p. 350, testo e nota 32, che sostiene tale posizione solo in ordine al compromesso poiché – ad avviso dell'Autore – la clausola compromissoria segue le sorti del contratto cui accede e del quale fa parte integrante; in quest'ultimo senso anche BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1993, pp. 484 ss. (che contempla altresì l'ipotesi del rapporto contrattuale non più “pendente”, in cui il contratto è vincolante per il curatore e altresì la clausola compromissoria che di esso fa parte). Sotto il vigore della previgente disciplina, sembra sostenere questa tesi BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario al codice di commercio*, vol. VIII, Milano (s.d), pp. 490 s., che pur di solito è annoverato tra chi sostiene la perdita di efficacia del compromesso a seguito della dichiarazione di fallimento. L'Autore osserva infatti che il compromesso consiste in un impegno personale che «cade da sé stesso se la rappresentanza del fallimento, *cujus interest*, non consente di sottomettersi», la clausola compromissoria è invece vincolante nel caso si tratti di dare esecuzione al contratto nel quale è contenuta.

¹¹ Cfr. DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Dir. fall.*, 1986, I, p. 303; VINCRE, *Arbitrato rituale cit.*, pp. 78 ss.; EAD., *Compromesso e clausola compromissoria*, in GUGLIELMUCCI (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, pp. 332 s.; CECHELLA, *Il contratto cit.*, p. 71; SALVANESCHI, *L'arbitrato cit.*, pp. 119 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzio-*

d) di chi, infine, affermava *sic et simpliciter* l'efficacia dell'accordo arbitrale nei confronti del curatore, sempre che non si trattasse di azioni relative a crediti o diritti reali mobiliari del fallito, per le quali era (ed è) invece prevista la necessaria verifica in sede di formazione del passivo¹².

Sicuramente da rigettare è l'orientamento *sub a*, che afferma l'inefficacia della convenzione arbitrale nei confronti del curatore. A sostegno di questa opinione si invoca la circostanza che le controversie *olim* compromesse in arbitri, a seguito dell'apertura del fallimento debbono essere decise dal giudice statale¹³; nonché il carattere "fiduciario" o "personale" della convenzione arbitrale¹⁴, che escluderebbe l'estensione della sua efficacia a un terzo, quale è il curatore fallimentare.

Nessuno dei due argomenti pare persuasivo. Il primo perché le sole liti rispetto alle quali la dichiarazione di fallimento pone una necessaria esigenza di decisione da parte del giudice statale sono quelle che attengono a crediti e diritti reali mobiliari del fallito, che debbono essere conosciuti nell'ambito del procedimento di formazione del passivo. In ordine a queste liti tuttavia si esclude l'efficacia dell'accordo arbitrale, anche da parte di chi ammette la sua generale opponibilità al curatore¹⁵. A nulla vale poi invocare la competenza esclusiva del Tribunale fallimentare prevista dall'art. 24 l.f. per le azioni che derivano dal fallimento. La norma non fa infatti riferimento a

ne cit., pp. 454 s. (per la sola ipotesi della clausola compromissoria v. FERRARA, *Il fallimento*, cit., p. 350, testo e nota 32; BOZZA, *Arbitrato cit.*, p. 484; CARLEO, *Le vicende cit.*, pp. 118 ss.). In giurisprudenza v. Cass., 23 gennaio 1964, n. 162, in *Dir. fall.*, 1965, II, p. 12, con nota di ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*; Cass., 14 ottobre 1992, n. 11216, in *Foro it.*, 1993, I, c. 821; in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 601, con nota di BONSIGNORI, *Procedimento arbitrale e fallimento*; in *Fall.*, 1993, p. 475, con nota di BOZZA, *Arbitrato cit.*

¹² V. SATTÀ, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, p. 88, nota 165, che esclude però il vincolo del curatore nel caso di azioni che derivano dal fallimento; ANDRIOLI, voce «*Fallimento, c) diritto privato e processuale*», in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 374, nota 242; PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. fall.*, 1991, I, p. 1191. In giurisprudenza cfr. Cass., 17 aprile 2003, n. 6165, in *Fall.*, 2004, p. 523, con nota di VINCRE.

¹³ V. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, cit., p. 878, secondo il quale «non è deferibile a giudici privati la decisione di controversie devolute all'autorità giudiziaria ordinaria per effetto dell'apertura del fallimento e dell'acquisizione all'ufficio concorsuale, investito della liquidazione giudiziaria, delle materie che vi si riferiscono»; in senso analogo DE SEMO, *Diritto cit.*, p. 250.

¹⁴ Cfr. PAJARDI, *Manuale cit.*, p. 281 il quale afferma che la deroga alla giurisdizione, in cui consiste l'accordo arbitrale, è fondata strutturalmente su un mandato tipicamente e intensivamente fiduciario.

¹⁵ V. appena *supra*, nota 12.

tutte le controversie proponibili da o nei confronti della curatela, ma – almeno secondo l’opinione preferibile – solo a quelle concernenti situazioni giuridiche che trovano fonte nella sentenza di fallimento¹⁶. Queste però non potevano ragionevolmente costituire oggetto della originaria volontà negoziale dei compromittenti (a tacer poi dell’inefficacia di un patto con un simile oggetto, perché attinente a – future – azioni altrui, segnatamente facenti capo alla curatela fallimentare). Il riferimento all’art. 24 l.f. risulta allora del tutto privo di pertinenza, perché varrebbe a sottrarre dal novero oggettivo di efficacia dell’accordo compromissorio, controversie che debbono ritenersi escluse già alla stregua dell’interpretazione della volontà espressa dalle parti¹⁷.

Quanto al carattere “personale” e “fiduciario” del patto arbitrale, se con esso ci si intende riferire al rapporto tra parti e arbitri, vi è da osservare che tale carattere avrà il contratto d’arbitrato, non invece l’accordo compromissorio che, in ciascuna delle sue *species*, non è necessario contenga anche l’indicazione degli arbitri; ove invece ci si riferisca al rapporto tra gli stessi compromittenti, allora questo carattere in null’altro si risolve, a mio avviso, se non nella “personalità” delle azioni che ne costituiscono l’oggetto, ossia nel fatto che queste sono relative a un rapporto giuridico intercorrente tra due o più soggetti determinati. Dunque, soltanto allorché si dimostri che le azioni esercitate dal curatore abbiano un oggetto diverso da quelle che sono state compromesse in arbitri si potrà fondatamente invocare la “personalità” della convenzione arbitrale, onde escluderne l’efficacia nei confronti della curatela.

Più complesso si fa il discorso ove si consideri l’orientamento *sub b*. Esso ha ricevuto critiche in dottrina, per il fatto che le varie *species* di convenzioni arbitrali non possono ritenersi dei negozi autonomi dal rapporto sostanziale le liti sul quale sono state compromesse in arbitri, ma al contrario dei negozi accessori. Da una simile qualificazione si deduce che il curatore non può sciogliersi dal patto arbitrale, allo stesso modo in cui è a lui precluso di sciogliersi dalla singole clausole di un contratto¹⁸. Tale critica non pare però cogliere nel segno, almeno se si accoglie la nozione ampia di auto-

¹⁶ In tal senso v., per tutti, SATTÀ, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 85 ss.; C. VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, Padova, 1996, pp. 27 ss.; LANDOLFI, *Gli organi: il tribunale fallimentare*, in RAGUSA MAGGIORE, COSTA (diretto da), *Le procedure concorsuali, Il fallimento*, Torino, 1997, I, pp. 378 ss.

¹⁷ Nel medesimo senso cfr. VINCRE, *Arbitrato* cit., p. 77.

¹⁸ Cfr. VINCRE, *Arbitrato* cit., pp. 79 s.; SALVANESCHI, *L’arbitrato* cit., pp. 119 s.

nia degli accordi compromissori e sulla giurisdizione, patrocinata nel primo volume¹⁹.

Più interessante è invece una seconda obiezione che si muove a tale tesi. Si rileva che gli accordi compromissori non possono considerarsi dei contratti pendenti e quindi non sono soggetti alla disciplina dettata in generale dall'art. 72 l.f.²⁰. "Contestualizzando" questa critica nell'ambito del presente lavoro, ove si ritiene che i patti arbitrali e sulla giurisdizione, siano non già dei contratti di diritto sostanziale, ma dei negozi processuali²¹, si può dire che l'art. 72 l.f. risulta inapplicabile *in via diretta* perché qui non abbiamo a che fare con dei contratti, ma con degli atti di natura differente²². Resta però da chiedersi se la norma possa operare almeno *in via analogica*. La disciplina generale dettata in tema di rapporti contrattuali pendenti trova la sua *ratio* nella soggezione a regolazione concorsuale del diritto del contraente *in bonis*, che non consente a quest'ultimo di reclamarne il soddisfacimento integrale e sull'esclusione, per effetto del sinallagma, del diritto del curatore di pretendere la prestazione dovuta dal contraente *in bonis*, se non assicuri nel contempo l'esecuzione integrale, e non in moneta fallimentare, della prestazione²³. Venendo agli accordi arbitrali, si deve rilevare che il compromittente *in bonis* non ha alcun diritto la cui soddisfazione è soggetta a regolazione concorsuale e che, d'altro canto, il curatore non può pretendere, in forza del patto arbitrale, alcuna controprestazione dal compromittente stesso. Manca allora l'*eadem ratio*, tale da permettere l'applicazione analogica dell'art. 72 l.f. alle convenzioni arbitrali²⁴.

¹⁹ Cfr. primo volume, cap. I, § 8.

²⁰ Cfr. ANDRIOLI, voce «Fallimento», cit., p. 374, nota 242; PROFETA, *L'opponibilità* cit., pp. 1178 s.; VINCRE, *Arbitrato* cit., p. 80.

²¹ V. primo volume, cap. I, § 7.

²² Nel medesimo senso cfr. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare* cit., pp. 550 ss. che esclude l'applicazione *diretta* della disciplina dei rapporti pendenti, perché essa si riferisce ai soli rapporti pendenti di carattere sostanziale.

²³ In tal senso v. GUGLIEMUCCI, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, I, *sub* art. 72, p. 1121.

²⁴ Esclude l'applicazione analogica della disciplina dei rapporti pendenti anche PROFETA, *L'opponibilità* cit., pp. 1178 s. In senso contrario v. CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare* cit., pp. 550 ss., il quale rileva che la legge attribuisce al curatore la scelta circa il subentro o meno nel rapporto contrattuale, perché ritiene necessaria una concreta valutazione di convenienza da parte del curatore medesimo; medesima valutazione potrà allora fare il curatore circa la convenienza di devolvere talune controversie in arbitrato.

Neppure la tesi *sub c* si può accogliere, perché si basa sull'accessorietà dell'accordo arbitrale rispetto al rapporto contrattuale le azioni sul quale sono state compromesse in arbitri e perciò su una nozione che in questo studio è stata rifiutata a favore di quella opposta di autonomia²⁵.

Rimane quindi da esaminare l'ultima posizione, secondo cui gli accordi arbitrali stipulati da un soggetto poi fallito sono sempre efficaci nei confronti del curatore, ad esclusione delle controversie relative a crediti e diritti reali mobiliari del decotto. Per stabilire se questo orientamento sia accoglibile bisogna chiedersi quale sia l'oggetto dell'azione esercitata dal curatore, allorché questi faccia valere diritti di cui era *olim* titolare il fallito.

Al riguardo due mi sembrano le ricostruzioni possibili. Secondo una prima, il curatore deduce in giudizio il diritto che sta in capo al fallito e perciò fa valere in nome proprio una posizione soggettiva altrui, in forza di una legittimazione straordinaria ad agire conferitagli – invero non del tutto esplicitamente – dall'art. 43 l.f.²⁶. In una diversa ottica, si può ritenere che il curatore qui deduca una posizione giuridica propria del fallimento, inteso come soggetto di diritto²⁷, in cui quest'ultimo è succeduto al fallito²⁸.

²⁵ Cfr. sempre il primo volume, cap. I, § 8.

²⁶ Cfr. GARBAGNATI, *La sostituzione* cit., pp. 192 ss., che parla in questo caso di «surrogazione processuale», poiché la legittimazione straordinaria viene conferita nell'interesse dei terzi e, segnatamente, dei creditori del decotto; DE SEMO, *Perdita della legittimazione processuale del fallito e suoi limiti*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 313; ID., *Diritto fallimentare*, cit., pp. 184 ss. V. anche MACCHIA, *Opponibilità della clausola compromissoria al fallimento del contraente*, in *Fall.*, 2006, p. 821. In senso recisamente contrario alla configurazione del curatore quale sostituto processuale del fallito si pronuncia invece ALLORIO, *La cosa giudicata* cit., p. 181, rilevando che il sostituto deve avere un interesse proprio (e non invece agire nell'interesse di terzi) e, inoltre, che appare incongruo configurare il curatore quale parte «anche a tutti gli effetti strettamente processuali, quali, anzitutto, la responsabilità per il processo [...] e poi altri, come la ricasazione di giudice, oppure l'inefficienza a fungere da testimone». L'illustre Autore critica poi la nozione di *Partei kraft Amtes* («parte in ragione dell'ufficio di cui è investito», secondo la traduzione dello stesso ALLORIO, *La cosa giudicata*, p. 181), elaborata in Germania per fornire una spiegazione giuridica alla – invero peculiare – legittimazione straordinaria del curatore, come di altre figure previste nell'ordinamento tedesco, rilevando che si tratta di un «ambiguo e insoddisfacente concetto» (v. ALLORIO, *La cosa giudicata*, p. 181, nota 110). Sulla posizione dell'Autore si veda anche la seguente nota.

²⁷ V., in tempi risalenti, BONELLI, *Del fallimento* cit., in part. pp. 426, il quale ravvisava nel fallimento un ente giuridico che sorgeva con la dichiarazione giudiziale di fallimento; successivamente, ALLORIO, *La cosa giudicata* cit., pp. 179 ss., secondo cui il curatore è rappresentante (o meglio, organo rappresentativo) del fallimento, concepito come persona giuridica. Più di recente, infine, E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, 2ª ed., Milano, 1997, p. 131 ha sostenuto che la sentenza dichiarativa di fallimento crea l'amministrazione del patrimonio fallimentare quale nuovo soggetto di situazioni giuridiche, inesistente per l'addietro e impersonata soprattutto dal curatore quale titolare di un pubblico ufficio.

Ove si segua la prima ricostruzione, l'efficacia dell'accordo nei confronti del curatore può essere agevolmente affermata se il patto compromissorio, concluso dal legittimato ordinario, esplica i propri effetti anche nei confronti dell'azione del sostituto processuale²⁹. Qualora si abbracci, invece, la seconda posizione, il vincolo del curatore potrà essere sostenuto ove si ritenga operante una regola di efficacia dei patti arbitrari nei confronti del successore³⁰.

²⁸ Così, con tutta la desiderabile chiarezza, ALLORIO, *La cosa giudicata* cit., pp. 179 ss., secondo cui il fallimento è una persona giuridica, avente causa – a titolo particolare, sia pure in un complesso di diritti – del fallito, il quale a sua volta diviene successore universale del fallimento, dopo la chiusura delle operazioni concorsuali. Più recentemente sembra pronunciarsi in tal senso, se ben s'intende, E.F. RICCI, *Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi*, in *Giur. comm.*, 1986, I, pp. 1027 ss.; ID., *Lezioni sul fallimento*, I, cit., pp. 324 s.; ID., *Lezioni sul fallimento*, II, 2^a ed., Milano, 1998, pp. 195 ss., secondo il quale non si può dare alcuna ipotesi in cui il curatore deduca in giudizio un rapporto del fallito: egli infatti promuove nei confronti dei terzi delle controversie aventi ad oggetto delle posizioni giuridiche che fanno direttamente capo all'amministrazione fallimentare e rispetto alle quali il rapporto sostanziale tra fallito e terzo costituisce una mera – ed eventuale – questione pregiudiziale di merito da conoscere *incidenter tantum*. Se dunque l'amministrazione fallimentare fa valere posizioni giuridiche proprie che prima stavano in capo al fallito, a mio avviso, pare doversi dedurre che vi sia una successione *ex lege* in tali posizioni (che poi rientreranno nel patrimonio del decotto una volta chiuso il fallimento). VINCRE, *Arbitrato* cit., pp. 71 ss., pur prestando adesione alle tesi di Ricci, individua talune limitate ipotesi in cui la lite del curatore avrebbe uguale oggetto rispetto alla controversia del fallito, segnatamente quelle «in cui la amministrazione fallimentare subentra nel rapporto del fallito, facendolo proprio e trasformandolo in rapporto della massa».

²⁹ MACCHIA, *Opponibilità* cit., p. 821 ritiene che il fallimento sia vincolato alla clausola compromissoria conclusa dal fallito, in quanto «*alter ego* dello stesso che opera nella stessa situazione di diritto sostanziale facente capo a quegli».

³⁰ Secondo E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, cit., p. 224, un accordo compromissorio concluso dal soggetto poi fallito non potrà operare rispetto alle controversie *ex art. 43 l.f.* perché, diverse da quelle compromesse in arbitri. L'illustre Autore non si interroga però sul se l'efficacia nei confronti del curatore dell'accordo arbitrale stipulato dal fallito possa essere affermata poiché il primo è successore nel rapporto compromesso in arbitri. Nella dottrina tedesca giustificano il vincolo dell'*Insolvenzverwalter* al patto compromissorio, *olim* stipulato dal fallito, sulla base della successione SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen* cit., p. 159; JESTAEDT, *Schiedsverfahren und Konkurs*, Berlin, 1985, pp. 65 s., 74 s.; MASSURAS, *Dogmatische Strukturen* cit., p. 137; G. WAGNER, *Prozessverträge*, cit., p. 309; LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 3, cit., *sub* vor § 128, p. 117 (questi ultimi due Autori con riguardo più in generale ai *Prozessverträge*); sembra MÜNCH, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, cit., Band 3, *sub* § 1029, p. 114; BORK, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 1, cit., *sub* § 38, p. 689. Nel senso dell'efficacia dell'accordo arbitrale, senza però giustificare l'assunto, v. ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 1033; SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 73; SCHLOSSER, *Das Recht* cit., p. 328; in senso contrario, senza argomentare, PATZINA, in RAUSCHER, WAX, WENZEL (hrsg. von), *Münchener Kommentar* cit., Band I, *sub* § 38, p. 301). Nella giurisprudenza tedesca v. BGH, 28 febbraio 1957, in *NJW*, 1957, p. 791.

Compiute queste considerazioni, è agevole trarre le debite conclusioni con riguardo agli accordi sulla giurisdizione riconosciuti nel sistema di Bruxelles, così come dalle norme municipali italiane. In relazione a tutte queste tipologie di patti, si è già dimostrato, da un lato, che l'*electio fori* conclusa dal legittimato ordinario ad agire esplica i propri effetti altresì nei confronti dell'azione del sostituto processuale³¹; dall'altro lato, che il patto produce un vincolo anche nei confronti del successore nel rapporto controverso³². Si può affermare perciò che un accordo sulla giurisdizione concluso da un soggetto, poi dichiarato fallito, produce i propri effetti nei confronti del curatore³³, vuoi se si ritenga che questi agisca quale sostituto processuale del decotto e, in tal caso, rileverà la regola che estende al legittimato straordinario il vincolo derivante dal patto concluso dal legittimato ordinario; vuoi se si reputa che il curatore, quale organo del fallimento, faccia valere una situazione giuridica in cui il fallimento stesso – concepito come soggetto di diritto – sia succeduto al fallito e qui opererà invece la regola di efficacia dell'accordo rispetto al successore³⁴.

Attinto questo risultato, vi è però da considerare che la *lex concursus* (italiana o straniera, a seconda dei casi) può prevedere delle norme (esplicitate o, più di frequente, implicite) che sanciscono – sempre, o in talune specifiche

³¹ V. *supra*, cap. IV, §§ 2 e 9, con riguardo rispettivamente agli accordi *ex art. 4 l. n. 218/1995 ed ex art. 23/25 Reg.*

³² V. *supra*, cap. V, §§ 9 e 11, con riguardo rispettivamente agli accordi *ex art. 23/25 Reg. ed ex art. 4 l. n. 218/1995.*

³³ Nel medesimo senso si è pronunciata di recente anche la nostra giurisprudenza di legittimità, con riguardo a un accordo riconosciuto dal sistema di Bruxelles. Ci si intende riferire a Cass., sez. un., 14 aprile 2008, n. 9745, ove si è sancita l'efficacia di una clausola di proroga della giurisdizione francese *ex art. 23 Reg.* nei confronti del curatore fallimentare, che agiva innanzi al giudice italiano per far dichiarare la nullità del contratto cui la clausola si riferiva. Non sembrano però convincenti le ragioni poste a base di tale – pur corretta – conclusione. La S.C. rileva infatti che il curatore, nell'esercitare, *ex art. 43 l.f.*, le azioni già facenti capo alla società fallita, subentra nella posizione di questa anche con riferimento alle eccezioni di fonte contrattuale a essa opponibili. In tal modo però si compie una erronea equiparazione tra l'eccezione di difetto di giurisdizione fondata sull'esistenza della clausola di proroga e le eccezioni che trovano fondamento nel contratto. La clausola sulla giurisdizione infatti – come si confida di aver dimostrato nel primo volume, cap. I, § 8 – è un negozio autonomo dal contratto cui si riferisce e non può dunque essere assimilata a una vera e propria clausola di questo.

³⁴ Nel senso che gli accordi sulla giurisdizione, conclusi dal fallito, sono efficaci nei confronti dello *Insolvenzverwalter*, a prescindere da quale sia la esatta qualificazione giuridica di questi (*gesetzlicher Zwangsverwalter* o *Partei kraft Amtes*) v. GEIMER, *Internationales cit.*, p. 605.

ipotesi – l'inefficacia dell'accordo sulla giurisdizione nel caso di apertura della procedura d'insolvenza.

Tali norme non potranno sicuramente operare nel caso di accordi *ex art. 23/25 Reg.*: l'efficacia nei confronti del curatore è stabilita direttamente da autonome regole europee che hanno il primato sulle norme nazionali eventualmente contrastanti (come chiaramente sarebbero quelle che sanciscono la perdita di effetti dell'*electio fori* a seguito della declaratoria di fallimento), determinandone così la necessaria disapplicazione. Avverso questo rilievo non vale poi l'obiezione per cui, ove si abbia a che fare con una procedura di insolvenza aperta nel territorio europeo è lo stesso diritto dell'Unione che – per mezzo del richiamo alla *lex concursus ex artt. 4 e 16 Reg. n. 1346/2000* – implicitamente ammette la possibilità di una sopravvenuta inefficacia dell'accordo sulla giurisdizione. Un simile richiamo non può infatti condurre all'applicazione di norme che, per essere in palese contrasto con delle regole europee, non possono trovare applicazione, né nello Stato in cui si è aperta la procedura d'insolvenza, né in qualunque altro Stato membro³⁵.

Differente e più complesso è invece il discorso da svolgere con riguardo agli accordi riconosciuti dall'art. 4 l. n. 218/1995, rispetto ai quali si dovrà distinguere a seconda che il fallimento sia stato dichiarato in Italia, o la procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro o, infine, in uno Stato terzo.

Nel primo caso, verrà sicuramente in rilievo la legge italiana sia a titolo di *lex fori* (*prorogati* o *derogati*, a seconda dei casi), sia a titolo di *lex concursus*. Questa non contiene alcuna espressa previsione in ordine agli effetti del fallimento sugli accordi sulla giurisdizione. Tuttavia, con la recente novella della legge fallimentare, è stato introdotto l'art. 83-*bis* l.f. relativo alla clausola compromissoria. La norma stabilisce che «[S]e il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito» e presuppone quindi che, se il giudizio arbitrale è già iniziato, la clausola compromissoria perde effetto in conseguenza dello scioglimento del contratto cui si riferisce. Con ogni evidenza, la disposizione è ispirata a una logica opposta a quella della autonomia della clausola compromissoria. La clausola viene qui concepita come inscindibilmente legata al contratto

³⁵ Risolvo così in senso negativo il quesito circa la “legittimità europea” dell'applicazione analogica dell'art. 83 *bis* l.f. alle clausole sulla giurisdizione relative a un contratto sciolto, per volontà di legge o del curatore, che avevo invece lasciato aperto nel mio *Su di una discutibile regola giurisprudenziale in tema di giurisdizione italiana in caso di cumulo subordinato di domande*, in *Int'l lis*, 2009, pp. 29 s., nota 4.

cui si riferisce, tanto da perdere efficacia nel caso di scioglimento (automatico o per volontà del curatore) di questo³⁶. Se questa è la ragione ispiratrice dell'art. 83-*bis* l.f., esso dovrà trovare applicazione – evidentemente analogica – anche quando il procedimento arbitrale non è stato ancora instaurato: pure in tal caso rimane fermo il legame tra clausola e contratto³⁷. Sicché si può affermare che lo scioglimento da parte del curatore dal contratto, comporta sempre l'inefficacia della clausola compromissoria che a questo si riferisce.

³⁶ Nella Relazione di accompagnamento del d. lgs. n. 5/2006 di riforma del diritto fallimentare si legge infatti: «[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». Ravvisano nell'accessorietà della clausola compromissoria la ragione ispiratrice della norma VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi arbitrali pendenti*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 786; FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis l.f. e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in AA. VV. *Sull'arbitrato*, cit., p. 377; CAVALLINI, *L'arbitrato* cit., p. 87; ID., in ID. (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare, Artt. 64-123*, Milano, 2010, *sub art. 83-bis*, p. 588, il quale tuttavia sottolinea che la previsione non appare incoerente con l'autonomia della clausola compromissoria, da intendersi come «autonoma determinazione dei contraenti a devolvere le future liti fondate sul contratto alla *potestas iudicandi* degli arbitri in luogo di quella “naturale” dell'Autorità giudiziaria». Infatti, nel caso di dichiarazione di fallimento – osserva l'Autore – «non vi è spazio per conservare in capo al fallito quell'autonoma determinazione di volontà in ordine all'arbitrato». BOVE, *La giustizia* cit., pp. 56 s., rileva che non è chiaro se la ragione a fondamento della disposizione sia da ravvisare nella accessorialità della clausola compromissoria o nel principio della *perpetuatio iurisdictionis*. Si deve però sottolineare che l'Autore ha riguardo alla regola che si ricava soltanto *a contrario* dall'art. 83-*bis* l.f., in base alla quale il giudizio arbitrale pendente alla data di dichiarazione del fallimento può proseguire ove riguardi un contratto “non sciolto”. Invece la regola che si ricava *espressamente* dall'art. 83-*bis* l.f. trova la sua esclusiva ragion d'essere nell'accessorietà della clausola compromissoria.

³⁷ Nel senso che anche in questa ipotesi la clausola compromissoria perde efficacia v. VESSIA, *Gli effetti* cit., p. 794; DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione d'arbitrato stipulata dal fallito, alla luce delle riforme della legge concorsuale*, in AA. VV., *Sull'arbitrato*, cit., p. 363, nota 24; PUNZI, *Disegno* cit., I, pp. 410 s.; SOTGIU, *Rapporti tra arbitro e procedure concorsuali*, in PUNZI, *Disegno* cit., I, p. 486; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 358; CANALE, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1345; DIMUNDO, *La sorte dei contratti pendenti. Contratti che continuano*, in SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, p. 293; CAVALLINI, *L'arbitrato* cit., pp. 89 s., ID., in ID. (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare, Artt. 64-123*, Milano, 2010, *sub art. 83-bis*, pp. 590 s., esclude però l'inefficacia nel caso di liti relative a violazioni del contratto antecedenti alla dichiarazione di fallimento; BOVE, *La giustizia* cit., p. 57 è invece irrisolto tra questa soluzione e quella dell'applicazione dei primi due commi dell'art. 72 l.f. alla clausola compromissoria autonomamente considerata.

Dalla norma si deduce quindi una ipotesi di inefficacia della clausola compromissoria stipulata da un soggetto poi fallito nel caso di scioglimento, *ipso iure* o per volontà del curatore, del contratto al quale la clausola stessa si riferisce. Al di là di questa fattispecie e, quindi, in caso di clausola relativa a un contratto in cui il curatore subentra³⁸, o relativa a un contratto già eseguito³⁹, come anche in ipotesi di compromesso o di convenzione arbitrale in materia non contrattuale⁴⁰, opererà la già veduta regola che estende alla curatela l'efficacia dell'accordo concluso dal fallito quand'era ancora *in bonis*⁴¹.

³⁸ Cfr. CAVALLINI, *L'arbitrato* cit., p. 89, ID., in ID. (diretto da), *Commentario* cit., sub art. 83-bis, p. 590; FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis l.f.* cit., p. 377; PUNZI, *Disegno* cit., I, p. 410; SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato* cit., p. 486; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, 7^a ed., Milano, 2008, p. 500; DIMUNDO, *La sorte dei contratti* cit., p. 293. In giurisprudenza v. Trib. Udine, 14 febbraio 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 975, con nota di PANETTA, *Gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla clausola arbitrale*; Trib. Terni, 7 febbraio 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 384, con nota critica di FRADEANI, *Eccezione d'arbitrato e fallimento, tra vecchie e nuovi problemi interpretativi*, il quale ritiene che anche in tal caso debba operare l'art. 72 l.f. Nel senso invece che la clausola compromissoria relativa a un contratto in cui il curatore è subentrato non è opponibile a quest'ultimo in mancanza di una sua espressa accettazione v. Trib. Roma, 31 ottobre 2011, in *Foro it.*, 2012, I, c. 558.

³⁹ Ritiene che sia efficace nei confronti del curatore la clausola compromissoria relativa a un contratto già eseguito o risolto, poiché in tal caso il curatore è vincolato dal contratto di cui la clausola compromissoria fa parte, DIMUNDO, *La sorte* cit., p. 294. CANALE, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1346 afferma che la clausola «si impone alla procedura fallimentare a condizione che essa sia opponibile secondo i consueti principi»; nel medesimo senso VITOLO, *Arbitrato e fallimento*, in FAUCEGLIA, PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 2, Torino, 2009, pp. 958 s. VESSIA, *Gli effetti* cit., pp. 788 ss. reputa invece operante la disciplina dettata dall'art. 72 l.f.

⁴⁰ Nel senso invece che al compromesso e alla clausola compromissoria in materia non contrattuale si applichi la disciplina di cui all'art. 72 l.f. v. PUNZI, *Disegno* cit., I, p. 411; SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato* cit., pp. 484 s., 487 s.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., sub art. 806, p. 117; TEDESCHI, *Manuale* cit., p. 359 (in ordine al solo compromesso); VESSIA, *Gli effetti* cit., pp. 785 s., la quale però – se ben s'intende – ritiene che nel caso di compromesso attinente a liti relative a rapporti contrattuali “pendenti”, si applichi (analogicamente) la medesima regola dettata dall'art. 83 bis l.f. (in quest'ultimo senso v. anche FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis l.f.* cit., p. 377 s.; CANALE, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 1345.

⁴¹ Sostiene l'esistenza di una regola generale in tal senso DE SANTIS, *Sull'opponibilità* cit., p. 362: tutti gli altri Autori che si sono pronunciati dopo l'entrata in vigore dell'art. 83 bis l.f. non hanno invece affermato l'esistenza di una siffatta regola generale, cui la norma deroga in caso di clausola compromissoria relativa a un contratto “sciolto”, ma hanno invece considerato distintamente le ipotesi della clausola relativa a un contratto in cui il curatore è subentrato,

L'art. 83 *bis* l.f. opererà in via analogica anche in ipotesi di clausola sulla giurisdizione *ex* art. 4 l. n. 218/1995, non solo se si tratta di clausola di deroga che – come la clausola compromissoria – impedisce una decisione di merito del giudice (statale) italiano, ma anche ove venga in rilievo una clausola di proroga. Entrambe queste tipologie di clausola intrattengono, infatti, col contratto cui si riferiscono il medesimo rapporto di connessione della clausola compromissoria, rapporto che costituisce la *ratio* stessa dell'art. 83 *bis* l.f. Si può allora affermare che un accordo sulla giurisdizione riconosciuto dall'art. 4 l. n. 218/1995, stipulato da un soggetto prima della dichiarazione del fallimento in Italia mantiene la sua efficacia nei confronti del curatore fallimentare ove questi deduca in giudizio (quale sostituto processuale o quale – rappresentante del – successore) il rapporto le azioni sul quale erano oggetto dell'accordo. A questa regola fa eccezione il caso della clausola sulla giurisdizione relativa a un contratto sciolto per volontà di legge o del curatore, che deve ritenersi inefficace, a prescindere dal fatto che il fallimento abbia luogo prima o dopo l'instaurazione del processo davanti al giudice (prorogato o derogato, a seconda dei casi).

Consideriamo ora il caso di una procedura di insolvenza principale aperta in uno Stato europeo diverso dall'Italia. Questa è automaticamente riconosciuta in tutto il territorio dell'Unione in virtù dell'art. 16, c. 1, Reg. n. 1346/2000, ivi producendo – in linea di principio – tutti gli effetti stabiliti dalla legge dello Stato di apertura, ossia dalla *lex concursus* (v. art. 17, c. 1). Sarà quindi questa legge – in virtù del combinato disposto degli artt. 17, cc. 1, e 4, c. 1 (o c. 2, lett. e, qualora la *lex concursus* reputi tali accordi quali contratti in corso) – a stabilire se e quando l'apertura di una procedura concorsuale determina l'inefficacia di un accordo *ex* art. 4 l. n. 218/1995 e, più in particolare, di una deroga alla giurisdizione italiana a favore del giudice di uno Stato terzo^{42 43}. Ciò accadrà pure nel caso in cui il processo italiano sia

relativa a un contratto già eseguito o risolto, del compromesso e, infine, della convenzione arbitrale in materia non contrattuale (v. *supra*, le tre note precedenti).

⁴² È questa la più verosimile ipotesi in cui, in presenza di una procedura di insolvenza aperta in uno Stato membro venga in rilievo un accordo sulla giurisdizione regolato dall'art. 4 l. n. 218/1995. Un eventuale accordo di proroga della giurisdizione italiana sarebbe invece retto non già dall'art. 4, c. 1, l. n. 218/1995, ma dall'art. 23 Reg., dovendo il fallito avere il suo COMI – e così per regola la sua sede – nel territorio europeo e verificandosi allora uno dei presupposti di applicazione della norma regolamentare.

⁴³ Si deve tener conto che la *lex concursus* straniera detterà una norma (eventualmente implicita) relativa all'inefficacia degli accordi sulla *giurisdizione dei propri giudici* e non anche di quelli – pur connessi e speculari – relativi alla *giurisdizione italiana*. Tuttavia una debita considerazione della *ratio* che ispira la norma straniera può condurre a ritenere che, in deter-

già pendente al momento della apertura della procedura di insolvenza: non potrà qui infatti venir in rilievo l'art. 15 Reg. che assoggetta gli effetti della procedura concorsuale su un giudizio pendente alla *lex fori*, poiché la norma si riferisce, a mio avviso, soltanto agli *effetti prodotti sul procedimento* (ossia, se esso si “interrompa” o “proseguia” il suo corso per effetto della dichiarata insolvenza) e non agli effetti su un negozio processuale (di regola concluso al di fuori del giudizio), rilevante ai fini della soluzione di una questione pregiudiziale di rito che si pone nel processo⁴⁴.

minate ipotesi, l'inefficacia si possa estendere anche alle convenzioni riconosciute dall'art. 4 l. n. 218/1995. Poniamo l'esempio di una norma che – come l'art. 83 *bis* l.f. – escluda l'efficacia di una clausola sulla giurisdizione relativa a un contratto “sciolto” per volontà di legge o del curatore e che, quindi, è ispirata al principio *aut simul stabunt aut simul cadent*. Una simile norma, in ragione della sua *ratio*, deve ritenersi operante non solo in ordine alla clausola relativa alla giurisdizione dei giudici dello Stato di apertura della procedura di insolvenza (sia essa di proroga o di deroga), ma anche alla clausola sulla giurisdizione italiana (rispettivamente di deroga o di proroga), che alla prima eventualmente si accompagna. Anche quest'ultima intrattiene col contratto il medesimo rapporto che lega la clausola relativa ai giudici dello Stato del fallimento.

Si faccia, poi, l'esempio di una norma ispirata all'esigenza che le controversie instaurate dal curatore relative a rapporti (almeno originariamente) del fallito, siano decise nello Stato ove si è aperta la procedura di insolvenza e che dunque sancisca l'inefficacia degli accordi che derogano alla giurisdizione dei giudici di tale Stato. In questo caso l'inefficacia si estenderà al connesso e speculare accordo di proroga della giurisdizione italiana, perché ciò realizza lo scopo della norma, ossia garantire la decisione delle controversie oggetto dell'accordo nel Paese in cui si è dichiarato il fallimento.

In entrambi gli esempi prospettati, si tratta di conseguenze che le norme sull'inefficacia *vorrebbero* spiegare in ragione della loro *ratio*, ma non possono, a causa degli intrinseci limiti delle norme sulla giurisdizione. Tali conseguenze si devono però ammettere, una volta che gli effetti dell'insolvenza si estendono in virtù del riconoscimento in altri Stati. Si tratta, insomma, di effetti *potenziali* dell'insolvenza straniera, che divengono *attuali* a seguito del suo estendersi al di fuori dei confini dello Stato in cui si è aperta la relativa procedura.

⁴⁴ Si esclude in tal modo che la questione sia regolata da una legge diversa a seconda che il giudizio in cui rilevi l'accordo sulla giurisdizione sia pendente o meno alla data di apertura della procedura di insolvenza. Soluzione questa invero accolta dalla giurisprudenza inglese e da una parte della dottrina nell'attiguo campo delle convenzioni arbitrali. In tal senso v. Court of Appeal, 9 luglio 2009, *Syska & Anor v Vivendi Universal SA & Ors* [2009] EWCA Civ 677, [2009] 2 All ER (Comm) 891, che conferma la decisione di primo grado della High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 2 ottobre 2008, *Syska v Vivendi Universal SA & Ors* [2008] EWHC 2155 (Comm), [2009] 1 All ER (Comm) 244, [2008] 2 Lloyd's Rep 636, [2009] ILPr 35: entrambe in *Int'l lis*, 2010, p. 128, con nota adesiva di WIDMANN, *Il caso Vivendi: la disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento arbitrale pendente all'estero tra lex concursus e lex loci arbitri* (sulla sentenza v. anche KASOŁOWSKY, STEUP, *Insolvenz im internationalen Schiedsverfahren – lex arbitri oder lex fori concursus*, in *IPRax*, 2010, pp. 180 ss.); VANZETTI, in BENEDETTI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO,

Si deve da ultimo trattare del caso in cui il fallimento di una delle parti del patto sulla giurisdizione sia stato dichiarato in uno Stato non membro dell'Unione. Qui si dovrà verificare se la decisione estera che ha dichiarato il fallimento sia riconoscibile in Italia in base all'art. 64 l. n. 218/1995. In caso positivo spetterà alla *lex concursus* individuare eventuali ipotesi di inefficacia degli accordi sulla giurisdizione ex art. 4 l. n. 218/1995, determinate dall'apertura di una procedura di insolvenza⁴⁵.

*Commentario breve cit., sub art. 83 bis l.f., p. 437; C. VELLANI, L'art. 83-bis l. fall. e l'art. 15 Regolamento CE n. 1346 del 2000, in AA. VV., Sull'arbitrato, cit., pp. 868 s. A favore di un simile esito si rileva, anzitutto, che non tutti gli ordinamenti giuridici sanciscono l'improseguibilità dell'arbitrato a seguito della sopravvenuta inefficacia dell'accordo compromissorio, il che costituirebbe una ineludibile premessa dogmatica su cui si basa la tesi della costante operatività della *lex concursus* con riguardo al destino della convenzione arbitrale una volta sopravvenuta l'insolvenza (WIDMANN, *Il caso Vivendi cit.*, pp. 134 s.). Si aggiunge poi che la soluzione a favore della *lex loci arbitri* garantisce la certezza del diritto consentendo «di individuare, senza incertezze, sin dal momento dell'instaurazione del procedimento arbitrale, in base alla legge di quale Stato saranno decise le sorti del procedimento medesimo in caso di fallimento di una delle parti» (WIDMANN, *Il caso Vivendi cit.*, p. 138). Quanto al primo rilievo, si deve sottolineare che il concreto contenuto della disciplina dettata dalla legge applicabile è un *posterius* rispetto alla individuazione di tale legge e pertanto non può affatto costituire una «ineludibile premessa dogmatica» da cui muovere nella interpretazione delle norme di conflitto del Reg. n. 1346/2000. In ordine alla seconda osservazione, il problema non è quella di garantire l'individuazione senza incertezze della legge applicabile *sin dal momento dell'instaurazione del procedimento arbitrale, ma dal momento della conclusione dell'accordo compromissorio*, il che non è invero possibile a prescindere da quale delle due opposte tesi si intenda abbracciare: non quella della *lex loci arbitri*, perché questa dipenderà dalla sede dell'arbitrato, che non viene sempre individuata dalle parti già nell'accordo compromissorio; non dalla *lex concursus*, che può variare al mutare del COMI del soggetto. Sembra tuttavia che la tesi della applicabilità della *lex concursus* assicuri in misura maggiore la certezza del diritto, perché in tal modo l'efficacia della convenzione arbitrale risulta sempre disciplinata da una medesima legge che non muta a seguito della instaurazione del procedimento arbitrale (in tal senso v. POELZIG, *Parteieninsolvenz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, in *ZZPInt*, 2009, pp. 430 s.).*

Queste considerazioni non vengono tuttavia ad escludere *in toto* che la *lex loci arbitri* possa giocare un ruolo nella soluzione della questione. Infatti, una volta che la *lex concursus* abbia sancito la inefficacia dell'accordo arbitrale a seguito della dichiarazione di insolvenza, spetterà alla *lex loci arbitri* determinare se tale inefficacia abbia rilievo nel giudizio arbitrale già pendente, o se invece operi una regola di *perpetuatio* anche con riguardo all'arbitrato, tale da rendere irrilevante, ai fini della decisione sulla *potestas iudicandi*, qualsiasi fatto sopravvenuto al momento della proposizione della domanda, volto a escludere siffatta *potestas* altrimenti esistente.

⁴⁵ Anche nel caso di procedura aperta in uno Stato terzo si può ripetere quanto osservato *supra* alla nota 43, con riguardo a insolvenze infraeuropee.

Vi è infine da chiedersi se, nelle ultime due ipotesi considerate, l'inefficacia sancita dalla *lex concursus* (di un altro Stato membro o di un Paese terzo) assumerà sempre e immancabilmente rilievo nell'ambito del processo italiano. Ciò accadrà sicuramente ove il giudizio sia stato instaurato dopo l'apertura della procedura di insolvenza; altrimenti si dovrà distinguere a seconda che si tratti di una proroga o di una deroga alla giurisdizione italiana. Nella prima ipotesi l'inefficacia sancita dalla *lex concursus* sarà "neutralizzata" dall'operare nel processo italiano del principio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c. (richiamato dall'art. 8 l. n. 218/1995), che esclude il rilievo di fatti sopravvenuti alla proposizione della domanda, volti a escludere la giurisdizione italiana, in quel momento sussistente. L'operare della *perpetuatio* è certo sia in ipotesi di procedura aperta in uno Stato membro, perché l'art. 15 Reg. assoggetta gli effetti della procedura concorsuale su un giudizio pendente alla legge dello Stato ove questo è stato instaurato; sia in ipotesi di procedura aperta in un Paese terzo, poiché la legge italiana si applica quale *lex fori*, in virtù del principio consacrato all'art. 12 l. n. 218/1995. Nel caso invece di deroga, l'inefficacia assumerà rilievo in virtù della seconda parte dell'art. 8 l. n. 218/1995, traendo fonte da un fatto sopravvenuto – segnatamente l'apertura della procedura di insolvenza estera – che determina la giurisdizione italiana⁴⁶.

⁴⁶ Vi è da chiedersi se, nel caso di fallimento aperto in Italia, l'inefficacia di una clausola di *electio fori* relativa a un contratto sciolto (per volontà di legge o del curatore), determinata dall'applicazione analogica dell'art. 83 *bis* l.f., possa essere neutralizzata per l'operare della *perpetuatio iurisdictionis*. Questa norma, stabilendo l'improseguibilità del procedimento arbitrale, si pone in palese contrasto con la regola della *perpetuatio* (nel senso dell'applicabilità dell'art. 5 c.p.c. all'arbitrato cfr., in dottrina, CAPPONI, *Il divieto di arbitrato in tema di controversie relative ad opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali tra potestas iudicandi degli arbitri e perpetuatio iurisdictionis*, in *Corr. giur.*, 2007, pp. 92 s.; ID., *Arbitrato e perpetuatio iurisdictionis*, in *Riv. dir. proc.* 2005, pp. 262 ss.; in giurisprudenza v. Cass., sez. un., 14 novembre 2005, n. 22903; Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 14545, in *Foro amm. CDS*, 2006, p. 403, con nota di ANTONIOLI; Cons. Stato, 18 marzo 2004, n. 1420, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 832; maggiormente sceveratrice la posizione di MURONI, *La pendenza cit.*, pp. 202 ss., secondo cui la *perpetuatio iurisdictionis* dovrebbe operare solo ove venga in rilievo una norma che ampli o restringa l'ambito della compromettibilità in arbitri) e quindi deve essere riguardata quale *lex specialis* che va applicata a discapito della *lex generalis*. Altrettanto varrà nel caso di applicazione analogica dell'art. 83 *bis* l. f. alle clausole sulla giurisdizione, con la conseguenza che l'inefficacia sancita dall'operare di tale norma ha rilievo quand'anche la dichiarazione di fallimento sia successiva all'instaurazione del giudizio italiano, in cui gioca un ruolo la clausola di proroga ex art. 4, c. 1, l. n. 218/1995.

3. *Gli accordi sulla giurisdizione e le azioni dirette: la «azione diretta» come autonomo diritto creato dalla legge e, in particolare, la «action directe» riconosciuta dagli ordinamenti francofoni nelle catene di contratti*

Passiamo ora a trattare delle azioni dirette, chiedendoci, da una parte, quali siano i soggetti che possano concludere un efficace accordo sulla giurisdizione a queste relativo e, poi, se si possa qui ammettere una efficacia *ultra partes* dell'*electio fori*. All'uopo si dovrà esaminare quale sia la situazione giuridica che costituisce oggetto di un'azione diretta.

In via di prima approssimazione, si può affermare che, con il termine «azione diretta», si designa un “collegamento” diretto, appunto, che l'ordinamento istituisce tra il creditore e un determinato *debitor debitoris*, parti di due distinti rapporti obbligatori (spesso, ma non sempre di fonte contrattuale) e che dunque non sarebbero di per sé legati da alcuna relazione giuridica, collegamento in virtù del quale uno dei due potrà agire in giudizio nei confronti dell'altro. Varie sono state in dottrina le costruzioni impiegate per inquadrare giuridicamente tale “collegamento”. In questa sede vale la pena di considerare quelle più diffuse, per esaminarne le conseguenze quanto alla questione – che qui ci occupa – delle “giuste parti” di un accordo sulla giurisdizione relativo a un'azione diretta e della sua eventuale efficacia *ultra partes*.

Taluno ha ravvisato nel riconoscimento a un soggetto di una «azione diretta» l'attribuzione di un vero e proprio diritto di credito in capo al titolare attivo di un rapporto obbligatorio nei confronti di un determinato *debitor debitoris*⁴⁷. In quest'ottica la «azione diretta» avrebbe ad oggetto un rapporto obbligatorio tra creditore e *debitor debitoris*⁴⁸, rispetto al quale l'esistenza

⁴⁷ Cfr., in tal senso, COSTANTINO, *Contributo cit.*, p. 436; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, libro IV, tomo III, 2ª ed., Torino, 1968, *sub art.* 1676, p. 488 che, con riguardo all'azione diretta prevista in materia di appalto, parla di aggiunta di un altro debitore (l'appaltatore) al debitore originario (il committente).

⁴⁸ All'interno di questo orientamento possono essere ricomprese, ai nostri fini, anche le posizioni di chi ravvisa in talune ipotesi di «azione diretta» una delegazione di pagamento *ex lege* (cfr. BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, Art. 149, *Supplemento Legge 1° dicembre 1970 n. 898, integrata e modificata dalla legge 1° agosto 1978 n. 436*, 2ª ed., in SCIALOJA, BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1978, *sub art.* 8, p. 384, con riguardo all'ordine giudiziale di pagamento previsto dall'allora vigente art. 8 l. n. 898/1970) o un accollo legale (GRASSO, *Il subcontratto*, Napoli, 1977, pp. 30 ss., con riguardo all'azione preveduta dall'art. 1676 c.c.; PROVERA, *Locazione, Disposizioni generali*, Art. 1571-1606, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1980, *sub art.* 1595, pp. 357 s., con riguardo all'azione *ex art.* 1595, c. 1, c.c.): in entrambe le ipotesi si cre-

del rapporto tra creditore e debitore e di quello tra debitore e *debitor debitoris* si pongono quali mere questioni pregiudiziali di merito da risolvere – per regola generale – *incidenter tantum*. Pertanto, un efficace accordo sulla giurisdizione su una simile azione deve essere concluso dalle (prospettate) parti del rapporto che ne costituisce l'oggetto e, dunque, dal creditore e dal *debitor debitoris*⁴⁹. Non potrà allora avere efficacia rispetto a una tale azione una *electio fori*, né relativo alle azioni sul rapporto tra creditore e debitore, né in ordine a quelle sulla relazione giuridica che lega debitore e *debitor debitoris*.

Una simile ricostruzione non è però unanimemente condivisa. Si è infatti rilevato come sia innegabile che in taluni casi in cui il legislatore impiega il termine «azione diretta» non si abbia null'altro se non un autonomo diritto del creditore nei confronti di un determinato *debitor debitoris*; nondimeno non tutte le ipotesi di «azione diretta» si possono spiegare in tal modo⁵⁰. Così, ad esempio, questo inquadramento giuridico ben si attaglia all'azione diretta preveduta, nel campo dell'assicurazione per la responsabilità civile automobilistica, un tempo dall'art. 18 l. n. 990/1969 e, ora, dall'art. 144 d. lgs. n. 209/2005 (c.d. Codice delle assicurazioni private)⁵¹. Qui si attribuisce al danneggiato un vero e proprio credito al risarcimento del danno nei confronti dell'assicuratore del danneggiante, entro il limite della somma per cui è stata stipulata l'assicurazione⁵². Altrettanto bene si attaglia a una ipo-

erebbe una situazione di condebito solidale (così PROVERA, *Locazione*, cit., *sub* art. 1595, pp. 358 s., nota 11) e dunque si aggiungerebbe al rapporto obbligatorio tra creditore e debitore il distinto rapporto tra creditore e *debitor debitoris*.

⁴⁹ Una variante di questa posizione è quella sostenuta da VECCHI, *L'azione diretta*, Padova, 1990, in part. pp. 269 ss., secondo il quale il diritto di credito non si costituisce *ex lege* in capo al creditore, ma solo in forza di una sua manifestazione di volontà in tal senso, che costituisce atto di esercizio di un potere di modificazione giuridica. Anche ad accogliere tale impostazione non mutano le conclusioni attinte nel testo a riguardo delle “giuste parti” di un accordo sulla giurisdizione: in quest'ottica, infatti, l'azione diretta avrebbe pur sempre ad oggetto un rapporto obbligatorio tra il creditore e il *debitor debitoris*. Ciò che muta è soltanto la *causa petendi* del diritto, che ricomprenderebbe altresì l'atto di esercizio del potere di modificazione giuridica riconosciuto al creditore.

⁵⁰ Per simili rilievi cfr. BALENA, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, Bari, 1990, pp. 17 ss., 25 ss.

⁵¹ Cfr. in tal senso BALENA, *Contributo* cit., pp. 18 ss.; GARBAGNATI, *Parere «pro veritate» sull'art. 22 della legge 24 dicembre 1969 n. 990*, in *Dir. prat. ass.*, 1972, pp. 5 s.; E. QUADRI, *Indennizzo e assicurazione*, in *Dir. e giur.*, 1985, pp. 878 ss.; FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986, in part. pp. 46 s.

⁵² Vi è da sottolineare che l'art. 23 l. n. 990/1969 (ora art. 144, c. 3, d. lgs. n. 209/2005), ove si prevede che, nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti dell'assicuratore, sia sempre chiamato pure il danneggiante-assicurato, è stato interpretato come norma che stabilisce

tesi rinvenibile nel panorama comparatistico: quella dell'azione diretta che la giurisprudenza francese (e degli altri ordinamenti francofoni⁵³) riconosce all'acquirente finale di un bene, ammettendo che questi, nel caso di vizi di tale bene, già oggetto di una pluralità di vendite a catena, possa esercitare l'azione di garanzia – anzitutto l'azione risarcitoria⁵⁴ – non solo contro il suo venditore, ma altresì nei confronti dei precedenti anelli della catena, pur non intrattenendo con quest'ultimi alcun rapporto negoziale⁵⁵.

Vale la pena di esaminare in dettaglio quest'ultima ipotesi poiché la questione dell'efficacia di un accordo sulla giurisdizione, pattuito tra venditore e primo acquirente, nei confronti del subacquirente che eserciti l'azione diretta è stata oggetto di dibattito giurisprudenziale e dottrinale in ambito

l'accertamento incidentale *ex lege* del credito risarcitorio che il danneggiato (asseritamente) vanta nei confronti dell'autore dell'illecito (v. TARZIA, *Aspetti processuali dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica*, II, in *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 35 s.). Si deve però rilevare che la norma prescrive la chiamata dell'autore dell'illecito ancor prima della eventuale contestazione della responsabilità da parte dell'assicuratore e, dunque, a prescindere dalla trasformazione in questione del punto pregiudiziale attinente alla responsabilità. Da ciò si evince che la norma sancisce, non tanto, l'accertamento incidentale *ex lege* della questione relativa all'esistenza del credito risarcitorio nei confronti del danneggiante, quanto configura l'azione diretta come azione necessariamente cumulativa, che ha ad oggetto non soltanto il credito del danneggiato nei confronti dell'assicuratore, ma anche quello che il danneggiato vanta nei confronti dell'autore dell'illecito. Sicché un efficace accordo sulla giurisdizione in ordine a una tale azione postula la partecipazione altresì del danneggiante, che pure non è titolare del rapporto obbligatorio che lega il danneggiato all'assicuratore.

⁵³ L'azione diretta è infatti riconosciuta anche in Belgio e Lussemburgo: v. le Conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs dell'8 aprile 1992, nel caso *Handte c. TMCS*, C-26/91, nn. 17, 20.

⁵⁴ La giurisprudenza ha peraltro ammesso che il subacquirente possa esercitare, nei confronti del produttore e degli anelli intermedi, altresì l'azione redibitoria (cfr. Cour de Cassation, chambre com., 17 maggio 1982, in *Dalloz*, 1983, IR, p. 479, con osservazioni di L(ARROUMET); Cour de Cassation, I^{ère} chambre civ., 20 maggio 2010, in *Dalloz*, 2010, p. 1757, con osservazioni di DESHAYES) e la *quanti minoris* (v. già Cour de Cassation, chambre com., 27 febbraio 1973, in *Dalloz*, 1974, p. 138), nonché l'azione di responsabilità «di diritto comune» fondata sull'inadempimento dell'obbligazione di consegna di un prodotto conforme (Cour de Cassation, I^{ère} chambre civ., 9 marzo 1983, in *Bull. civ.*, III, n. 92, p. 81). Nel già veduto caso *Refcomp*, sottoposto alla Corte di giustizia veniva però in rilievo un'azione di risarcimento del danno cagionato dai vizi della cosa e, quindi, di questa sola azione si terrà conto nel prosieguo della trattazione.

⁵⁵ Nonostante l'assenza di rapporti contrattuali tra acquirente finale e precedenti anelli della catena, a partire dagli anni 80 dello scorso secolo (v. Cour de Cassation, I^{ère} chambre civ., 9 ottobre 1979, in *Dalloz*, 1980, IR, p. 222, con osservazioni L(ARROUMET); in *Rev. trim. droit civ.*, 1980, p. 354, con osservazioni di DURRY), la *Cour de Cassation* ha affermato con decisione la natura «necessariamente contrattuale» dell'azione diretta.

europeo, dibattito culminato infine nella recente (e già ricordata) sentenza *Refcomp*⁵⁶.

Anzitutto è necessario dimostrare quanto poco sopra affermato, ossia che l'azione diretta consiste in un autonomo diritto riconosciuto al subacquirente e ciò richiede un confronto con la giurisprudenza e dottrina francesi che si sono interrogate sul fondamento giuridico di una tale azione.

La giurisprudenza ravvisa un siffatto fondamento nella circostanza che *l'action en garantie des vices cachés*, quale accessorio del bene, lo segue nella sua circolazione giuridica, in virtù della regola per cui *accessorium sequitur principale*⁵⁷. In realtà non credo si possa affermare che sia l'azione risarcitoria a trasferirsi assieme al bene, altrimenti l'acquirente finale potrebbe fondatamente domandare il risarcimento non già dei danni *da lui stesso subiti*, ma soltanto di quelli *sofferti dal primo acquirente* della catena contrattuale. Per rendere una simile ricostruzione accettabile, si deve allora pensare che oggetto di circolazione assieme al bene sia invece la posizione correlativa all'obbligo del precedenti anelli della catena di garantire l'inesistenza dei vizi: posizione che, ove violata, fa sorgere in capo al suo titolare il credito risarcitorio. In quest'ottica, il subacquirente con l'azione diretta chiederebbe il risarcimento del danno cagionato dalla violazione dell'obbligo di garanzia che il produttore (o altro precedente anello della catena) *olim* aveva nei confronti del primo acquirente (o comunque della sua controparte contrattuale) e ora ha nei confronti dello stesso subacquirente.

Tuttavia neppure questa ricostruzione appare pienamente convincente. In base a essa, l'unico soggetto che potrebbe fondatamente chiedere il risarcimento del danno cagionato dai vizi della cosa sarebbe l'ultimo anello della catena contrattuale, perché solo nei suoi confronti risulterebbe attuale l'obbligo di garanzia degli anelli precedenti. In Francia si ammette però che anche gli anelli intermedi possano (ammissibilmente e fondatamente) esercitare l'azione di garanzia nei confronti della propria controparte contrattuale,

⁵⁶ Corte di giustizia, 7 febbraio 2013, C-543/10, *Refcomp* cit.

⁵⁷ Si tratta di una tesi proposta già da tempo risalente in giurisprudenza (cfr. Cour de Cassation, I^{ère} chambre civ., 12 novembre 1884, citata in GHESTIN, DESCHÈ, *La vente*, in GHESTIN (sous la direction de), *Traité des contrats*, Paris, 1990, p. 1051, nota 115) e in dottrina (AUBRY, RAU, *Droit civil français*, par ESMEIN, 6^{ème} éd., V, Paris, 1947, p. 87). Più recentemente v., in giurisprudenza, Cour de Cassation, Ass. plén., 7 febbraio 1986, in *Dalloz*, 1986, II, p. 293, con nota di BENABENT; in dottrina LARROUMET, *L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels*, in *JCP-G.*, 1988, I, pp. 3357 s.

quando ciò risponda a un loro interesse diretto⁵⁸: una soluzione, questa, del tutto incompatibile con l'idea del trasferimento del diritto alla garanzia assieme alla proprietà del bene viziato⁵⁹.

Sembra quindi più persuasiva quella posizione, emersa nella dottrina francese, secondo cui l'azione diretta altro non è se non un autonomo diritto, che sorge a titolo originario in capo al subacquirente direttamente nei confronti dei precedenti anelli della catena di vendite, proprio in ragione del rapporto di consecuzione tra di queste sussistente⁶⁰. Si tratta di un diritto – verrebbe fatto di aggiungere – il cui fondamento giuridico riposa in ultima analisi in una giurisprudenza marcatamente pretoria, formatasi *praeter legem*. Si può discutere se esso abbia una fonte pur sempre contrattuale, segnatamente nel contratto tra produttore e primo acquirente (o nei contratti conclusi tra gli anelli intermedi), oppure meramente “legale”. Nel primo caso saremmo di fronte a un effetto naturale del negozio, che si produce salvo una espressa contraria volontà delle parti: quindi, l'affermazione della natura contrattuale del diritto implica necessariamente la possibilità per le parti – ripetesi: produttore e primo acquirente – di escludere pattiziamente che il loro contratto sia fonte di un simile diritto per il terzo⁶¹. Ove si escluda invece che

⁵⁸ Cfr. Cour de Cassation, I^{ère} chambre civ., 19 gennaio 1988, in *Bull. civ.*, I, n. 20, p. 14 ; in *Rev. trim. droit civ.*, 1988, p. 549, con osservazioni di RÉMY, ove si è affermato che, nonostante l'azione di garanzia si trasmetta, in linea di principio, assieme alla *res vendita*, il venditore intermedio non perde la facoltà di esercitarla quando ciò risponde a un suo interesse diretto e certo. Questo è certamente da ravvisare nel caso in cui uno degli anelli intermedi sia condannato al risarcimento del danno cagionato dai vizi della cosa a favore della sua controparte contrattuale (che ha preferito agire contro il venditore e non direttamente contro il produttore) e intenda esser risarcito delle perdite subite dal proprio venditore, esercitando nei suoi confronti quella che in Francia viene chiamata *action récursoire* (peraltro non è necessario attendere la condanna, essendo possibile proporre nel medesimo processo la domanda nei confronti del venditore, per mezzo dell'*appel en garantie*; in Italia si tratterebbe di una chiamata in garanzia impropria, o meglio di una chiamata impropriamente detta di garanzia: sul punto cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 8^a ed., II, cit., pp. 388 ss.).

⁵⁹ Medesima obiezione può muoversi a chi spiega l'azione diretta in virtù di una *cession de créance tacite* (v. RODIÈRE, osservazioni a Trib. Aix, I^{ère} chambre, 5 ottobre 1954, in *JCP*, 1955, II, pp. 8548 s.; GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Paris, 1964, pp. 184 ss.), perché anche in tal caso si avrebbe a che fare con un trasferimento dell'azione di garanzia incompatibile con la sua permanenza in capo ai vari anelli intermedi della catena contrattuale.

⁶⁰ Cfr. GHESTIN, DESCHÈ, *La vente*, cit., pp. 1055 ss.

⁶¹ Si tratterebbe in tal caso di un fenomeno che - sia pure non completamente assimilabile - presenta delle somiglianze con il contratto a favore di terzo (in senso critico rispetto alla spiegazione dell'azione diretta in virtù di una *stipulation pour autrui tacite* tra produttore e primo

l'autonomia negoziale delle parti possa spingersi a ciò, è necessario concludere per il fondamento meramente legale del diritto, perché la volontà delle parti non gioca alcun ruolo (neppure *a contrario*) nella sua nascita.

Una volta concluso che l'azione diretta altro non è che un autonomo diritto riconosciuto in capo al subacquirente di un bene viziato, nei confronti dei precedenti anelli della catena di vendita, è necessario esaminare la questione se una clausola di *electio fori* stipulata dal produttore e dal primo acquirente (o da altri precedenti anelli), in ordine al contratto da questi concluso, vincoli anche il subacquirente che eserciti l'azione diretta.

Tale questione si scinde in due distinti problemi attinenti l'uno all'ambito oggettivo e l'altro a quello soggettivo della *electio fori*. Il primo è relativo al se chi ha pattuito la clausola abbia ivi contemplato pure l'azione diretta. Il secondo riguarda la possibilità di estendere il vincolo derivante dall'accordo sulla giurisdizione a un soggetto – il subacquirente – che non è parte dello stesso. Una risposta positiva alla questione significa allora riconoscere al patto sulla competenza giurisdizionale una efficacia sempre *ultra partes* e, inoltre, *ultra voluntatem partium*, in ogni ipotesi in cui si deve escludere che l'accordo ricomprenda nel suo oggetto altresì l'azione diretta.

In ambito europeo – prima della sentenza *Refcomp* – giurisprudenza e dottrina hanno dato per solito un responso negativo al quesito.

Quanto alla giurisprudenza, si debbono menzionare due pronunce, entrambe della *Cour de cassation*⁶² (il che non dovrebbe stupire atteso che l'azione diretta è una peculiarità del diritto francese). In ambedue le occasioni si è negata l'efficacia di una clausola sulla giurisdizione, pattuita tra produttore e primo acquirente, rispetto all'azione diretta, in ragione del fatto che, nella sentenza *Handte*, il *Kirchberg* ha negato la pertinenza di quest'azione alla materia contrattuale. Sembra quindi di capire che il supremo Giudice francese abbia fondato la sua decisione sulla natura non contrattuale di una siffatta azione e sulla conseguente impossibilità per la stessa di rientrare nell'oggetto di una clausola sulla giurisdizione. Ha insomma risolto la questione sotto il profilo dell'ambito oggettivo dell'*electio fori*, ritenendo che

acquirente, v. GHESTIN, DESCHÈ, *La vente*, cit., pp. 1055 ss.; SCHULZ, *Die französische action directe, Modell für einen Gewährleistungsdurchgriff im deutschen Kaufrecht?*, Frankfurt a.M., 1999, pp. 48 ss.).

⁶² V. Cour de Cassation, chambre com., 18 ottobre 1994, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1995, p. 721, con nota di SINAY-CYTERMANN; in *Journ. droit int.*, 1995, p. 143, con nota di HUET; Cour de Cassation, chambre com., 23 marzo 1999, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2000, p. 224, con nota parzialmente critica di LECLERC.

questo non possa estendersi all'azione diretta. Una simile posizione appare però criticabile per due ragioni.

Anzitutto, la qualificazione “non contrattuale” dell'azione diretta non può fondarsi sulla mera e sola base della sentenza *Handte*: qui si è solo stabilito che l'azione non può rientrare nella autonoma nozione comunitaria di «materia contrattuale», *quale contemplata dall'allora vigente art. 5 n. 1 Conv.* Ciò tuttavia non significa che tale qualificazione debba valere anche ai fini della norma europea sugli accordi sulla giurisdizione⁶³.

Vi è poi da osservare che una qualificazione in termini contrattuali dell'azione diretta non esclude *a priori* che questa rientri nell'ambito oggettivo di una clausola sulla giurisdizione⁶⁴. Quello che rileva è unicamente la volontà delle parti: se queste hanno contemplato anche tale azione nella loro *electio fori*, essa è ricompresa nell'accordo, quand'anche la si ritenga priva di un fondamento contrattuale.

La dottrina ha risolto negativamente la questione avendo invece riguardo all'ambito soggettivo degli accordi sulla giurisdizione e invocando la regola per cui questi vincolano solo le parti che li hanno conclusi e non i terzi, qual è certamente il subacquirente rispetto all'*electio fori* tra produttore e primo acquirente⁶⁵. Vi è tuttavia una voce dottrinale tedesca di segno opposto, che vale la pena di esaminare⁶⁶.

A favore dell'estensione del vincolo dell'*electio fori* al subacquirente tale voce invoca due argomenti. In primo luogo, la regola per cui a una efficacia del contratto nei confronti dei terzi, sul piano sostanziale, corrisponderebbe, sul piano processuale, una efficacia rispetto a tali terzi dell'accordo sulla

⁶³ Cfr. LECLERC, nota cit., p. 231.

⁶⁴ Per un medesimo rilievo v. HUET, nota cit., p. 145; LECLERC, nota cit., p. 231. Nel senso che possono rientrare nell'oggetto di una clausola sulla giurisdizione anche controversie con fondamento extracontrattuale connesse con la vicenda contrattuale, ove si verifichi la sussistenza di una volontà delle parti v. MAGNUS, in ID., MANKOWSKI, *Brussels cit., sub Art. 23*, p. 505; MANKOWSKI, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches cit., sub art. 23 Brüssel I-VO*, pp. 590 s.; KROPHOLLER, VON HEIN, *Europäisches cit., sub Art. 23 EuGVO*, p. 444; HAUSMANN, *Gerichtsstands- cit.*, p. 2007; WAGNER, in STEIN, JONAS, *Kommentar cit., sub Art. 23 EuGV-VO*, p. 435; HAUSMANN, QUEIROLO, in SIMONS, HAUSMANN (a cura di), *Regolamento cit., sub art. 23*, p. 521.

⁶⁵ Nel senso della inefficacia di un accordo sulla giurisdizione tra produttore e primo acquirente nei confronti del subacquirente che eserciti l'azione diretta, v. HAUSMANN, QUEIROLO, in SIMONS, HAUSMANN (a cura di), *Regolamento cit., sub art. 23*, p. 515; MAGNUS, in ID., MANKOWSKI, *Brussels cit., sub Art. 23*, p. 509; KROPHOLLER, VON HEIN, *Europäisches cit., sub Art. 23 EuGVO*, p. 440; HAUSMANN, *Gerichtsstands- cit.*, p. 2003.

⁶⁶ Ci si riferisce a GEBAUER, *Zur Drittwirkung cit.*, pp. 475 s.

giurisdizione che si riferisce al contratto; inoltre, il principio di prevedibilità del foro da parte del convenuto, *ratio* sottesa alla sentenza *Handte*.

Nessuno dei due argomenti appare persuasivo: non il primo, atteso che non si ravvisa nel sistema di Bruxelles alcuna regola che crei un parallelismo tra efficacia del contratto nei confronti del terzo ed efficacia della clausola sulla giurisdizione relativa a tale contratto rispetto al terzo stesso⁶⁷. Peraltro, anche a ritenerla esistente, essa potrebbe operare solo ove si riguardasse l'azione diretta come un effetto *contrattuale* che si esplica nei confronti del terzo e non come un effetto di fonte esclusivamente legale: il che risulta problematico, come rilevato poco sopra.

Quanto al secondo argomento, si deve anzitutto osservare che il fondamento della sentenza *Handte* sembra non tanto il principio della prevedibilità del foro per il convenuto, quanto invece quello che, nell'azione diretta, non vi è alcun obbligo liberamente assunto dal produttore nei confronti del subacquirente. Il riferimento alla prevedibilità del foro, pur compiuto dai giudici del Lussemburgo, appare effettuato *ad abundantiam* e non sembra quindi costituire la *ratio decidendi* della pronuncia. Peraltro, anche se si ritenesse il contrario, vi è da chiedersi come si possa affermare che per il produttore non sia prevedibile essere convenuto in giudizio nel foro previsto *dalla legge* per le liti derivanti da un contratto e, invece, sia prevedibile essere convenuto nel foro previsto *dalle parti* per le medesime liti. Infine, quand'anche si ammettesse la prevedibilità del foro per il convenuto, altrettanto non varrebbe per l'attore, cui può essere del tutto sconosciuta l'*electio*

⁶⁷ Vi è da osservare che la Corte di giustizia nella (successiva) sentenza *Peloux* (su cui v. *supra*, cap. IV, § 14) ha affermato che una clausola sulla giurisdizione relativa al contratto di assicurazione, conclusa tra assicuratore e contraente dell'assicurazione, non può essere opposta al terzo beneficiario dell'assicurazione medesima, se questi non vi ha aderito. I giudici del Lussemburgo hanno quindi escluso un parallelismo tra efficacia del contratto rispetto al terzo ed efficacia dell'*electio fori* ad esso relativa rispetto al medesimo terzo, benché solo con riguardo al caso del contratto di assicurazione. Tale soluzione non può tuttavia estendersi *sic et simpliciter* ad ogni ipotesi di efficacia del contratto rispetto ai terzi, non ricorrendo identica l'esigenza di tutela del beneficiario dell'assicurazione, parte debole rispetto all'assicuratore: esigenza chiaramente perseguita dagli artt. 8-13 Reg. e che costituisce il fondamento della sentenza *Peloux*. Resta comunque il fatto che dal Regolamento, come anche dalle sentenze della Corte di giustizia, non emerge alcuna regola europea di efficacia *ultra partes* degli accordi sulla giurisdizione, quale quella che Gebauer sembra postulare.

Una simile regola potrà invece trarsi dalla *lex fori prorogati* (si pensi alla legge italiana in cui si può ravvisare una precipua norma in tal senso, deducibile dall'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c.) nei casi in cui si può ammettere la sua operatività nella disciplina della questione circa l'ambito soggettivo di efficacia di una *electio fori ex art. 23/25 Reg.* (sulla questione v. *supra* cap. IV, § 14, nonchè *infra* nel successivo paragrafo, pp. 327 s.).

fori tra produttore e primo acquirente, specie quando la catena di vendite è piuttosto “lunga”. La prevedibilità del foro conduce quindi a conclusioni esattamente opposte a seconda che la si riguardi dal lato dell’attore o, invece, da quello del convenuto e non può allora esser d’alcun aiuto per risolvere il problema che qui ci occupa.

L’esame della giurisprudenza e della dottrina precedenti alla pronuncia dei giudici del Lussemburgo può concludersi con un duplice rilievo: da una parte, la posizione di gran lunga dominante nega al subacquirente che eserciti l’azione diretta l’estensione degli effetti dell’accordo sulla giurisdizione pattuito *inter alios*; dall’altra parte, la posizione minoritaria, che invece afferma una simile estensione, non offre a suo sostegno alcun persuasivo argomento.

4. Segue: con la sentenza *Refcomp* la Corte di giustizia ha escluso che la clausola sulla giurisdizione pattuita tra due anelli “a monte” della catena di vendita di un bene, in ordine al contratto che lega costoro, sia opponibile “a valle” al subacquirente dello stesso bene che eserciti la «*action directe*»

La posizione maggioritaria emersa in dottrina e giurisprudenza ha trovato conferma nella recente pronuncia sul caso *Refcomp*, in cui peraltro la Corte di giustizia risolve la questione pregiudiziale⁶⁸ avendo riguardo alla sua sola “dimensione soggettiva”: ossia senza mai porsi il problema se le parti abbiano voluto includere nell’oggetto della clausola sulla giurisdizione altresì l’azione diretta.

I giudici del Lussemburgo si interrogano quindi esclusivamente sulla efficacia *ultra partes* dei patti *ex art. 23 Reg.*, ossia sulla possibilità di ammettere una eccezione alla regola – formulata per la prima volta con tutta la chiarezza desiderabile – della relatività degli accordi sulla giurisdizione⁶⁹.

⁶⁸ Quanto alla questione pregiudiziale, vi è da precisare che la Cassazione francese aveva chiesto se la clausola pattuita tra venditore e compratore esplicasse effetti nei confronti di un terzo subacquirente. La Corte di giustizia si ritiene investita invece del solo quesito se una simile clausola sia *opponibile* al subacquirente e produca perciò *effetti sfavorevoli* nei suoi confronti, lasciando invece aperta la questione se essa possa produrre effetti favorevoli. Come correttamente rilevato dall’Avv. gen. Niilo Jääskinen nelle sue conclusioni del 18 ottobre 2012 (v. n. 27), infatti, solo il problema dell’opponibilità della clausola assumeva rilievo nel giudizio *a quo*, ove la *electio fori* a favore del giudice italiano era stata invocata dal produttore, convenuto in giudizio in Francia, a fondamento della propria eccezione di difetto di giurisdizione.

⁶⁹ Sul punto si rinvia *supra*, al cap. IV, § 11.

Il primo passo compiuto dal *Kirchberg* è domandarsi se possa operare una delle eccezioni a tale regola, ammesse in sue precedenti pronunce, di carattere sicuramente pretorio. Si tratta, più in particolare, della efficacia della clausola sulla giurisdizione “contenuta” nello statuto di una società per azioni nei confronti dei nuovi soci, sancita in *Powell Duffryn*⁷⁰; nonché dell’efficacia della *electio fori*, pattuita tra vettore e caricatore e documentata nella polizza di carico, nei confronti del prenditore della polizza stessa, stabilita nella pronuncia *Tilly Russ*⁷¹.

La risposta della Corte è in entrambi i casi negativa. Il che appare pienamente condivisibile *quanto al suo esito*, non altrettanto si può invece dire in ordine alle ragioni addotte a sostegno della soluzione.

Quanto all’esclusione dell’operatività della eccezione riconosciuta in *Powell Duffryn*, essa è da affermare non tanto – come si ritiene nella sentenza – per il carattere contrattuale o meno del rapporto che lega, da una parte, i soci e la società e i soci fra loro e, dall’altra parte, il produttore e il subacquirente, quanto piuttosto per la assoluta differenza delle situazioni di fatto che si hanno nei due casi: nel primo vi è un soggetto che, seppur terzo rispetto alla clausola – per non aver *espressamente* aderito alla *electio fori* statutaria – non è terzo rispetto al rapporto di società, tanto che vi è entrato a far parte, aderendo allo statuto. Ed è proprio in ragione di questa “non terzietà” rispetto alla società che appare giustificato estendergli la clausola sulla giurisdizione, comprensiva di tutte (o una parte del)le azioni relative alle posizioni giuridiche derivanti dal rapporto sociale. Diversa è invece la posizione del subacquirente, il quale è del tutto estraneo al rapporto contrattuale tra produttore e primo acquirente, né si può ravvisare in qualche modo una sua “adesione” a quel rapporto nell’esercizio dell’azione diretta nei confronti del produttore. Qui, dunque, una estensione della clausola sulla giurisdizione tra produttore e primo acquirente sarebbe del tutto ingiustificata.

Più complesso è il discorso con riguardo all’esclusione dell’applicabilità della regola stabilita in *Tilly Russ*. La Corte di giustizia ha rilevato che, nel caso delle catene di contratti, non si ha successione del subacquirente nel contratto tra produttore e primo acquirente, né nel complesso di diritti e obblighi da questo derivanti, come invece nel caso del prenditore della polizza di carico. Tuttavia, come si è già considerato nel precedente capitolo, dalla sentenza *Tilly Russ* si desume una regola di efficacia dell’accordo sulla giurisdizione non solo nei confronti del successore nel contratto (o, comunque,

⁷⁰ Cfr. *supra*, cap. IV, § 13.

⁷¹ V. *supra*, cap. V, §§ 8 s.

nel complesso delle situazioni giuridiche che in questo trovano fonte), ma, più in generale, rispetto al successore in una posizione soggettiva le azioni sulla quale risultano oggetto dell'accordo stesso⁷². Quello che bisogna stabilire è, quindi, non tanto se il subacquirente succeda nella totalità dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto tra produttore e primo acquirente, quanto se egli, con l'azione diretta, faccia valere una posizione soggettiva, che originariamente spettava al primo acquirente, nella cui titolarità è succeduto.

Ciò può sicuramente essere affermato, ove si accolga la posizione della giurisprudenza francese per cui l'azione diretta troverebbe fondamento nel principio per cui *accessorium sequitur principale*⁷³. In quest'ottica il subacquirente, esercitando tale azione, chiederebbe il risarcimento del danno cagionato dalla violazione dell'obbligo di garanzia che il produttore originariamente aveva nei confronti del primo acquirente ed ora ha nei confronti del subacquirente, attuale titolare del bene. Farebbe quindi valere (la violazione di) una posizione soggettiva le azioni sulla quale rientrano nell'ambito oggettivo della clausola sulla giurisdizione, posizione *olim* spettante al primo acquirente, di cui il subacquirente è divenuto titolare per successione. Configurata in questo modo l'azione, si dovrebbe sicuramente affermare che l'*electio fori* pattuita tra il produttore e il primo acquirente vincola altresì il subacquirente, quale successore in una situazione giuridica le azioni sulla quale sono oggetto della clausola sulla giurisdizione.

Tuttavia, come si è già sottolineato nel precedente paragrafo, una simile ricostruzione non è persuasiva. Non vi è qui da ravvisare alcun fenomeno di successione, ma di creazione – a titolo originario – di un autonomo diritto del subacquirente nei confronti del produttore. In ragione di ciò, la sentenza *Tilly Russ* non può essere pertinentemente invocata onde estendere al subacquirente, che esercita l'azione diretta, il vincolo derivante dalla *jurisdiction clause* pattuita tra produttore e primo acquirente.

Una volta esclusa la possibilità di invocare delle eccezioni alla regola di relatività degli accordi sulla giurisdizione, restavano ai giudici del Lussemburgo due strade: ritenere la questione retta esclusivamente dal diritto eu-

⁷² Cfr. *supra*, cap. VI, § 8, in particolare nota 89.

⁷³ Infatti la giurisprudenza francese afferma il vincolo del subacquirente alla clausola arbitrale stipulata tra produttore e primo acquirente poiché questa si trasmette assieme all'azione di garanzia che, a sua volta, si trasmette quale accessorio del bene al subacquirente (v. Cour de Cassation, I^{ère} chambre civ., 27 marzo 2007, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2007, p. 798, con nota JAULT-SESEKE; in *Dalloz*, 2007, p. 2077, con nota di BOLLÉE).

ropeo, o ammettere un rinvio ai «diritti nazionali»⁷⁴. A seguire la prima, la regola della relatività degli accordi sulla giurisdizione necessariamente conduceva a escludere che il vincolo dell'*electio fori* tra produttore e primo acquirente si esplicasse nei confronti del terzo subacquirente che esercita l'azione diretta; a seguire invece la seconda, nessuna risposta definitiva poteva essere data dalla Corte, spettando l'ultima parola alle leggi dei singoli Stati membri. La sentenza – sulla scia di quanto proponeva l'Avvocato generale – ha imboccato la prima via, rilevando che altrimenti vi sarebbero state soluzioni divergenti a seconda della legge in concreto applicata, in contrasto con l'obiettivo di unificare le norme sulla giurisdizione, nonché coi principi di certezza giuridica e di prevedibilità del foro.

Come già considerato nel quarto capitolo, l'esclusione del richiamo ai «diritti nazionali» (*recte* alla *lex fori prorogati*) si può giustificare nel caso dell'azione diretta, sia pure per ragioni diverse da quelle invocate dai giudici del Lussemburgo. All'uopo vi è da osservare che il subacquirente del bene, di regola, non ha alcuna (né è esigibile che abbia) alcuna notizia in ordine al concreto contenuto del contratto concluso dai precedenti anelli della catena di vendite e così pure dell'eventuale clausola sulla giurisdizione ad esso relativo. Ciò non soltanto al momento dell'acquisto del bene, ma anche nel momento in cui egli si accinge ad esercitare l'azione diretta, essendo all'uopo sufficiente che egli conosca la sola identità dell'anello della catena contro cui intende agire in giudizio. L'operare di una *lex fori prorogati* che riconosca l'efficacia nei confronti del subacquirente dell'accordo sulla giurisdizione tra due precedenti anelli della catena condurrebbe allora a un esito del tutto contrario al principio di prevedibilità del foro, poiché il subacquirente dovrebbe agire dinanzi al giudice scelto in un accordo di cui egli, per regola,

⁷⁴ In questo senso v. MANKOWSKI, in RAUSCHER (hrsg. von), *Europäisches cit., sub* Art. 23 Brüssel I-VO, 597 s., secondo cui l'accordo sulla giurisdizione tra produttore e primo acquirente è efficace nei confronti del subacquirente che non vi abbia aderito, se così prevede il diritto nazionale applicabile. Nel senso che la questione debba essere risolta in base alla legge applicabile alla posizione del terzo subacquirente, v. LECLERC, nota cit. nt. 14, 230 ss.; ID., *Les chaînes de contrats en droit international privé*, in *Journ. droit int.*, 1995, pp. 291 s. Ciò si ricaverrebbe – ad avviso dell'Autore – dalla sentenza *Tilly Russ*, interpretata non già come fonte di una autonoma regola europea di efficacia nei confronti del successore di un accordo sulla giurisdizione riconosciuto dal sistema di Bruxelles, ma come pronuncia con cui si è stabilito che la legge applicabile alla successione in un rapporto sostanziale regola altresì la questione dell'efficacia di un accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore (per la dimostrazione dell'erroneità di una simile lettura della decisione cfr. *supra* cap. V, §§ 8 s.). In senso sostanzialmente analogo v. HUET, nota cit., pp. 145 s.; GAUDEMET-TALLON, *Compétence cit.*, p. 150.

non ha (né è esigibile che abbia) alcuna conoscenza. Alla luce delle peculiarità del caso di specie la decisione della Corte di giustizia si lascia quindi giustificare in ragion del fine di evitare che l'operare del «diritto nazionale» conduca a un esito contrario al principio di prevedibilità del foro ove il subacquirente possa esercitare l'azione diretta. Da tale pronuncia non può tuttavia ricavarsi una esclusione assoluta del rinvio alla *lex fori prorogati* in ordine alla disciplina dell'efficacia *ultra partes* degli accordi sulla giurisdizione riconosciuti nel sistema di Bruxelles: una tale legge potrà infatti operare ove una efficacia del patto nei confronti del terzo non leda il principio di prevedibilità del foro per il terzo stesso.

Vi è da chiedersi se la questione dell'efficacia dell'*electio fori* rispetto al subacquirente avrebbe potuto avere un esito differente, ove la Corte di giustizia avesse ammesso l'operatività del diritto nazionale. In tal caso sarebbe spettato non già al *Kirchberg*, ma al giudice francese *a quo* pronunciarsi sul punto, facendo applicazione della *lex fori prorogati* e dunque della legge italiana, poiché veniva in rilievo un accordo a favore dei nostri giudici. Questa legge – come noto – prevede una regola di efficacia *ultra partes* delle clausole sulla giurisdizione deducibile dall'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. alla stregua della quale la clausola sulla giurisdizione relativa a un contratto esplica i propri effetti anche nei confronti delle azioni attinenti a posizioni giuridiche del terzo trovanti fonti nel contratto stesso (purché tali azioni rientrino nell'oggetto della clausola)⁷⁵. Orbene, se il giudice francese avesse ritenuto il contratto tra produttore e primo acquirente retto dalla propria legge e avesse in questa ravvisato la previsione di un'azione diretta con fondamento, non meramente legale, bensì contrattuale (sciogliendo così l'alternativa lasciata aperta *supra*, nel precedente paragrafo), avrebbe potuto fare applicazione della regola appena illustrata e affermare così l'efficacia della *electio fori* tra produttore e primo acquirente nei confronti del subacquirente che esercita l'azione diretta, purché questa fosse ricompresa nell'oggetto della clausola medesima.

La Corte di giustizia ha infine affermato che l'*electio fori*, pur generalmente inopponibile al subacquirente, lo diviene ove questi abbia prestato il proprio consenso alla clausola, in conformità ai presupposti stabiliti dall'art. 23 Reg. In effetti, il consenso del subacquirente esclude una efficacia *ultra partes* della clausola e con ciò una violazione della regola di relatività degli accordi sulla giurisdizione. Con una simile affermazione la Corte mostra però, ancora una volta, di non aver in alcun modo tenuto conto del problema

⁷⁵ V. *supra*, cap. IV, § 4.

circa l'ambito oggettivo della *electio fori*, che la questione pregiudiziale necessariamente poneva. Come può l'adesione del subacquirente alla clausola produrre un vincolo a suo carico nell'esercizio di un'azione non rientrante nell'oggetto della clausola stessa?

Si potrebbe ritenere che, con tale decisione, si sia stabilito un ampliamento *ex lege* dell'ambito oggettivo della *electio fori* anche all'azione diretta o, almeno, una presunzione relativa di inclusione di tale azione nella clausola, salva contraria volontà delle parti. Entrambe le soluzioni risultano però ingiustificate, dato che le parti ben possono non aver in alcun modo avuto presente l'azione diretta, specie se il loro contratto è retto da una legge – diversa da quella francese, belga o lussemburghese – che non riconosce un simile rimedio ai subacquirenti di un bene viziato.

Perciò, onde evitare un indebito ampliamento dell'ambito oggettivo della clausola sulla giurisdizione, si deve operare una interpretazione correttiva del *dictum* della Corte di giustizia: la clausola sulla giurisdizione tra produttore e primo acquirente è opponibile al subacquirente, che vi aderisce (*recte*, che la approva), solo ove questa ricomprenda nel suo oggetto altresì l'azione diretta. Il giudice quindi, per affermare l'efficacia della *electio fori* nei confronti del subacquirente "aderente", dovrà risolvere una *quaestio voluntatis* alla stregua della regole di ermeneutica negoziale della *lex fori prorogati* e stabilire così se le parti – ossia produttore e primo acquirente – abbiano voluto scegliere il giudice competente anche con riguardo all'azione diretta di eventuali subacquirenti nei confronti del produttore.

Si può quindi concludere che il subacquirente di un bene viziato che esercita l'azione diretta riconosciuta dagli ordinamenti francofoni nei confronti dei precedenti anelli della catena contrattuale, a lui non legati da alcun rapporto negoziale, non è vincolato da un accordo sulla giurisdizione *ex art. 23/25 Reg.* concluso tra colui contro cui agisce e la controparte contrattuale di quest'ultimo. Un simile accordo potrà esplicare i propri effetti nei confronti del subacquirente solo ove esso abbia ad oggetto altresì l'azione diretta e questi lo approvi in una delle forme prescritte dalla norma europea.

Ove venga invece in rilievo una *electio fori* riconosciuta dall'art. 4 l. n. 218/1995, l'efficacia nei confronti del subacquirente della clausola sulla giurisdizione potrà essere affermata dal giudice italiano sulla base della regola ricavabile in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c., qualora ritenga che il contratto sia retto da una legge che riconosce l'azione diretta e reputi che questa abbia un fondamento contrattuale (sia pure nei termini di un effetto naturale del contratto) e non meramente le-

gale⁷⁶. Solo in tal caso si può ravvisare nelle parti contraenti un potere di stipulare il contratto con effetti nei confronti del terzo (subacquirente) cui corrisponde – in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 808, c. 2, ultima parte, c.p.c. – il potere di stipulare un accordo sulla giurisdizione relativo alle azioni attinenti a questi effetti.

5. Segue: *altre ipotesi di «azione diretta» che non consistono in un autonomo diritto creato dalla legge: le loro possibili configurazioni giuridiche e le relative ricadute in ordine agli accordi sulla giurisdizione*

Nei due precedenti paragrafi si sono considerati dei casi di «azione diretta» (e, in particolare, quello preveduto dagli ordinamenti francofoni nel caso delle vendite a catena) che in null'altro consistono se non in un autonomo rapporto istituito dalla legge tra soggetti altrimenti non legati da alcuna relazione giuridicamente rilevante. Vi sono però delle altre ipotesi qualificate dall'ordinamento come di «azione diretta» in cui è impervio ravvisare la creazione, da parte della legge, di un nuovo e distinto diritto: si pensi, nell'ordinamento italiano, all'azione esperibile dal locatore *ex art.* 1595 c.c. nei confronti del subconduttore per esigere il prezzo della sublocazione; o all'azione, prevista dall'art. 1676 c.c., del dipendente dell'appaltatore nei confronti del committente per il conseguimento di quanto gli è dovuto dall'appaltatore, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso quest'ultimo.

Rispetto a questi e altri casi si è allora parlato di uno *ius exigendi in rem suam* attribuito al creditore rispetto al credito del suo debitore⁷⁷. In base a quest'impostazione, si dovrebbe dire che il creditore, con l'azione diretta, deduce in giudizio il rapporto obbligatorio che lega debitore e *debitor debitoris* e chiede inoltre la condanna di quest'ultimo al pagamento del credito in suo favore. Il creditore sarebbe, insomma, un sostituto processuale⁷⁸ e si potrebbe allora ripetere quanto già rilevato in tema di legittimazione straordinaria ad agire⁷⁹, affermando così che un efficace accordo sulla giurisdizio-

⁷⁶ Sul punto v. *supra*, nel precedente paragrafo, pp. 320 s.

⁷⁷ Così BENATTI, *Appunti in tema di azione diretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pp. 647 s.; ACONE, *La tutela dei crediti di mantenimento*, Napoli, 1985, pp. 111 ss. Per una critica a tale impostazione v. però BALENA, *Contributo cit.*, pp. 40 ss.

⁷⁸ Così BALENA, *Contributo cit.*, pp. 51 s.

⁷⁹ V. *supra*, cap. IV, §§ 2 e 9.

ne sull'azione a lui eccezionalmente attribuita dall'ordinamento potrà essere concluso – considerata la plurisoggettività dell'azione – solo con la partecipazione pure del debitore (*in thesi*) sostituito; nonché che l'accordo pattuito dal legittimato ordinario (qui il debitore) esplica i propri effetti nei confronti dell'azione del sostituto processuale (ossia del creditore).

Altri, invece, hanno ravvisato nella previsione di un'azione diretta l'attribuzione al creditore di un potere formativo volto a trasferire in capo a sé la titolarità attiva del rapporto obbligatorio tra debitore e *debitor debitoris*⁸⁰. Ai nostri fini non interessa se tale potere debba essere necessariamente esercitato mediante la proposizione della domanda giudiziale nei confronti del *debitor debitoris* (che segnerebbe quindi il momento nel quale avviene il trasferimento del credito dal debitore al creditore), o se sia sufficiente un mero atto stragiudiziale; quello che più importa è invece che – a seguire questa impostazione – con l'azione diretta si fa valere un credito in cui l'attore afferma di essere succeduto in forza dell'efficace esercizio del potere formativo a lui conferito dalla legge. Tale azione potrà sicuramente esser fatta oggetto di un accordo sulla giurisdizione da parte dei suoi titolari, ossia creditore e *debitor debitoris*. Rispetto a essa esplicherà poi efficacia un accordo stipulato tra debitore e *debitor debitoris* in ordine al rapporto obbligatorio che a loro originariamente faceva capo, trattandosi di una ipotesi di efficacia dell'accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore nel rapporto controverso, da ammettersi – come già considerato nel precedente capitolo – per tutti i patti sulla giurisdizione, vuoi *ex art. 23/25 Reg.*, vuoi *ex art. 4 l. n. 218/1995*⁸¹.

Concludiamo con quella che appare sicuramente la più meditata ricostruzione dottrinale. Essa configura l'azione diretta come un'azione anzitutto costitutiva, il cui oggetto però non si esaurisce nel potere del creditore di ottenere dal giudice una pronuncia che gli trasferisca il credito di cui è titolare il suo debitore. Tale oggetto, infatti, comprende altresì i diritti che rientrano nella fattispecie costitutiva del potere, ossia il rapporto obbligatorio tra creditore e debitore e quello tra debitore e *debitor debitoris*^{82 83}.

⁸⁰ Cfr. ANDREOLI, *La tutela rafforzata dei crediti dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore*, Milano, 1961, in part. pp. 336 ss. e già prima BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2 – IV, *Vicende dell'obbligazione. Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, Milano, 1955, pp. 236 s.

⁸¹ V. *supra*, cap. IV, §§ 9 ss.

⁸² Per questa ricostruzione dell'azione diretta v. BALENA, *Contributo cit.*, pp. 112 ss.

⁸³ Da sottolineare che questa ricostruzione giuridica della «azione diretta» non si attaglia all'ipotesi contemplata dall'art. 1705 c. 2, seconda parte, c.c., ove si prevede che il mandante, sostituendosi al mandatario, possa esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del

Questo triplice contenuto dell'azione diretta fa sì che un efficace accordo sulla giurisdizione su di essa si possa dare solo con la partecipazione di tutti e tre i soggetti titolari delle posizioni giuridiche cui l'azione è relativa, ossia il creditore, il debitore e il *debitor debitoris*. Da ciò consegue che un accordo tra il primo e il secondo o tra il secondo e il terzo in ordine alle azioni relative ai loro originari rapporti non potrebbe estendere i suoi effetti all'azione diretta.

Quanto detto in questo paragrafo vale per tutti gli accordi sulla giurisdizione, siano essi riconosciuti dall'art. 23/25 Reg. o dall'art. 4 l. n. 218/1995. Rispetto ai primi, vi sono però delle ulteriori precisazioni da compiere poiché, per stabilire chi possa stipulare un efficace patto, si dovrà considerare quale sia la posizione giuridica oggetto dell'azione diretta e, per far ciò, è ne-

mandato (cfr. BALENA, *Contributo cit.*, pp. 293 ss.). Infatti, secondo la posizione maggioritaria in dottrina, questo è un caso di successione a titolo particolare nel credito che avviene già al momento della conclusione del negozio gestorio (così CARRARO, *Il mandato cit.*, p. 14; PUGLIATTI, *Rapporto interno cit.*, pp. 490, 492 s.; SACCO, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1391; LUMINOSO, *Il mandato*, cit. pp. 110 s.; GRAZIADEI, voce «Mandato», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 163, i quali ritengono che la “sostituzione” rilevi solo al fine dell’opponibilità della successione al debitore che, prima di tale momento, deve pagare al mandatario); o dal momento dell’atto con cui il mandante manifesta la volontà di sostituirsi al mandatario (così GIORDANO, *Sulla natura giuridica dell’azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall’art. 1705 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, pp. 108 ss.; CARPINO, *I contratti speciali, Il mandato cit.*, p. 47; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 238).

Taluno ha invece ritenuto trattarsi di un fenomeno di sostituzione processuale (cfr. MINERVINI, *Il mandato cit.*, pp. 106 s., che parla di una azione surrogatoria per la quale non è richiesta l’inerzia del surrogato; SANTAGATA, *Del mandato cit., sub art. 1705*, pp. 340 ss., il quale tuttavia – in contraddizione con una siffatta qualificazione – afferma che il debitore, una volta che il mandante gli ha richiesto l’adempimento, dovrà rifiutare al mandatario l’esecuzione della prestazione). Una simile configurazione è però incoerente con la *ratio* della norma, rappresentata dall’interesse del mandante al pronto e sicuro conseguimento dell’oggetto dei crediti indipendentemente dalla cooperazione del mandatario (così SANTAGATA, *Del mandato cit., sub art. 1705*, p. 341), senza quindi che vi sia bisogno di una consegna da parte di quest’ultimo (CARPINO, *I contratti speciali, Il mandato cit.*, p. 46): infatti, se il mandante fosse un mero sostituto processuale del mandatario, con la sua azione otterrebbe una decisione a favore di questi soltanto e si renderebbe allora necessaria la cooperazione del mandatario al fine di “riversare” nel patrimonio del mandante quanto ottenuto in adempimento, spontaneo o coattivo, della sentenza.

In quest’ottica il mandante che agisce *ex art. 1705, c. 2, seconda parte, c.c.* è un successore del mandatario e dovrà allora affermarsi l’efficacia nei suoi confronti dell’accordo sulla giurisdizione concluso tra quest’ultimo e il terzo contraente, in virtù della regola esaminata nel precedente capitolo di efficacia *dell’electio fori* nei confronti del successore nel rapporto controverso (cfr. *supra*, cap. V, §§ 9 ss.).

cessario aver riguardo alla legge sostanziale applicabile a tale azione alla stregua delle norme di conflitto del foro, prorogato o derogato. Siamo dunque in una ipotesi in cui eccezionalmente si dovrà dar rilievo pure al (le norme di diritto internazionale privato del) la *lex fori derogati*. Ciò, più in particolare, si verifica qualora l'azione diretta sia proposta innanzi a un giudice derogato. Questi, infatti, per stabilire se l'accordo esclude la propria giurisdizione, dovrà interrogarsi sul se esso sia stato concluso dalle "giuste parti" e dovrà così determinare come la *lex causae* – ossia la legge applicabile all'azione diretta alla stregua delle norme di conflitto del foro – concepisca tale peculiare azione⁸⁴.

6. Gli accordi sulla giurisdizione e i contratti collegati tra parti parzialmente diverse: in particolare il leasing

Consideriamo ora se si possa ammettere un'efficacia *ultra partes* degli accordi sulla giurisdizione nel caso in cui si abbia a che fare con due negozi tra loro collegati conclusi tra parti parzialmente diverse. Le forme di collegamento negoziale sono molteplici e variegate⁸⁵, per cui si dovrebbe procedere all'esame specifico di ogni singola figura, che certamente l'economia del presente lavoro non consentirebbe. È il caso allora di svolgere qualche considerazione generale sugli accordi sulla giurisdizione nel caso di contratti collegati tra parti parzialmente differenti, per poi "concretizzare" quanto osservato avendo specifico riguardo a una forma ampiamente diffusa di collegamento negoziale, ossia il *leasing*.

Il problema che si pone nel caso di due contratti collegati, che ipotizziamo conclusi, l'uno, tra Tizio e Caio e, l'altro, tra Caio e Sempronio, è se la clausola sulla giurisdizione stipulata da Tizio e Caio e relativa alle azioni

⁸⁴ Ciò non accadrà, tuttavia, una volta entrato in vigore il Regolamento n. 1215/2012 se, dopo l'instaurazione del processo davanti al giudice "derogato" si dia inizio al giudizio presso il foro "prorogato" in via esclusiva. In questo caso, infatti, il giudice "derogato", dopo aver vagliato la validità *europaeo iure* dell'accordo posto a base dell'eccezione di difetto di giurisdizione, dovrà sicuramente sospendere il processo in applicazione dell'art. 31, c. 2, Reg., in attesa della pronuncia del giudice "eletto" sull'*exclusive jurisdiction agreement*, senza che gli sia concesso alcuna altra indagine in ordine alla validità ed efficacia del patto (v. *supra*, introduzione, pp. 16 ss.).

⁸⁵ Ricorda varie forme di collegamento tra contratti pattuiti da parti parzialmente diverse E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, rinvenibile per ora in www.judicium.it, § 10.

“nascenti” dal contratto tra loro pattuito, possa esplicare la propria efficacia anche rispetto alle azioni la cui *causa petendi* è costituita, in tutto o in parte, dall’altro contratto intervenuto tra Caio e Sempronio.

È chiaro che l’esigenza di un simile ampliamento dell’ambito, al contempo, oggettivo e soggettivo della clausola sulla giurisdizione relativa ad uno solo dei contratti collegati si spiega in ragione della opportunità di un *simultaneus processus* sulle controversie relative ai due negozi: solo in tal modo, infatti, si garantisce che i – più o meno intensi – nessi di diritto sostanziale sussistenti tra i contratti non vengano “spezzati” in sede processuale. *Simultaneus processus* che è ovviamente reso impossibile, se le liti in ordine a un contratto possono essere decise esclusivamente dai giudici di un determinato Stato, diversi da quelli muniti di giurisdizione sulle controversie relative all’altro contratto. In una tale ipotesi, l’esigenza che nel processo si tengano in debito conto i legami sostanziali che avvincano i contratti può essere soddisfatta solo con gli strumenti di coordinamento decisorio – flessibili e comunque ritardanti la tutela giurisdizionale – predisposti, a seconda dei casi, dagli artt. 28/30 Reg. o 7, c. 3, l. n. 218/1995.

Una simile esigenza, seppur sicuramente non trascurabile, non può però da sola portare a concludere nel senso dell’ampliamento dell’efficacia della clausola sulla giurisdizione relativa ad uno solo dei contratti collegati⁸⁶: tale ampliamento dovrà allora esser vagliato alla stregua delle norme e più ancora dei principi desumibili dal diritto positivo.

Anzitutto, si pone un problema di limiti oggettivi della clausola sulla giurisdizione. Infatti, le parti di questa – Tizio e Caio – non necessariamente hanno voluto fare oggetto del loro patto anche le azioni relative al contratto tra Caio e Sempronio. Pertanto l’estensione dell’efficacia della clausola dovrà essere *a priori* esclusa ove si risolva la *quaestio voluntatis* nel senso che le parti abbiano avuto esclusivo riguardo alle azioni relative al contratto tra loro pattuito.

Attraverso gli strumenti di ermeneutica negoziale, si può però in taluni casi giungere alla opposta conclusione che Tizio e Caio abbiano inteso riferirsi non solo alle azioni relative al loro contratto, ma pure a quelle attinenti al collegato contratto tra Caio e Sempronio. Ebbene, neppure in questo caso si potrebbe ammettere l’efficacia della clausola rispetto a quest’ultime azioni. Abbiamo visto, infatti, che non è possibile concludere un efficace accordo in relazione ad azioni altrui, quali sarebbero quelle relative alle situazioni

⁸⁶ Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il leasing e altre storie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1099.

giuridiche nascenti dal contratto tra Caio e Sempronio. Per cui anche qualora venga in rilievo un problema di meri limiti soggettivi della clausola non si può concludere per una sua efficacia *ultra partes*. Se si consente con quanto è stato osservato in ordine agli accordi sulla giurisdizione a favore del terzo⁸⁷, in quest'ipotesi si potrà ritenere che la clausola valga soltanto a riconoscere a Sempronio, che non ha in alcun modo partecipato all'accordo sulla giurisdizione, un ulteriore foro, oltre a quelli già muniti di *potestas iudicandi*, presso il quale adire Caio, la sua controparte contrattuale. La clausola non potrà invece in alcun modo essere invocata da Caio per instaurare un giudizio in Italia contro Sempronio, relativo al contratto tra loro concluso.

Dopo queste considerazioni di carattere generale, passiamo a esaminare specificatamente il caso del *leasing* in cui, secondo la ricostruzione più attendibile, si hanno due contratti: un contratto di vendita (o di appalto) tra fornitore e concedente e un contratto di *leasing* tra concedente e utilizzatore^{88, 89}. Le parti di uno di tali contratti potranno pattuire una clausola sulla giurisdizione avente ad oggetto tutte le azioni la cui *causa petendi* è costituita (in tutto o in parte) dal contratto da loro concluso o solo alcune di tali azioni, specificatamente individuate. Un simile accordo non estenderà i propri effetti alle azioni relative all'altro contratto.

Si può osservare che dottrina e giurisprudenza, nel caso di vizi della cosa, ammettono l'esistenza di diritti dell'utilizzatore nei diretti confronti del fornitore e, in particolare, il diritto al risarcimento del danno cagionato dai vizi stessi. Vi è da chiedersi allora se l'azione relativa a un simile diritto possa essere soggetta a una clausola sulla giurisdizione pattuita da fornitore e concedente e relativa al contratto di vendita o di appalto da questi concluso; o, in altre parole, se l'utilizzatore possa ammissibilmente far valere il proprio diritto risarcitorio solo davanti al giudice eletto.

All'uopo è necessario stabilire quale sia il fondamento giuridico di un tale diritto.

⁸⁷ Cfr. *supra*, cap. IV, §§ 5 e 11, con riguardo rispettivamente agli accordi *ex art.* 4 l. n. 218/1995 ed *ex art.* 23/25 Reg.

⁸⁸ Cfr. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, 3^a ed., Milano, 1995, p. 34; ID., voce «Leasing», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 473, che tuttavia esclude la sussistenza di un collegamento negoziale in senso tecnico, nel senso che la patologia di un contratto comporti la patologia anche dell'altro.

⁸⁹ Non si tratta invece di un contratto trilatero, perché non c'è comunione di scopo tra i partecipanti all'operazione e perché il consenso del fornitore non è essenziale alla conclusione del contratto di *leasing*: cfr. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 34; ID., voce «Leasing cit.», p. 473.

Esso può trovare la sua base nel contratto tra concedente e fornitore, il quale si obbliga a risarcire il danno cagionato all'utilizzatore dai vizi della cosa alle stesse condizioni stabilite dagli artt. 1494 s. c.c. (o dagli artt. 1667 s. c.c., nell'ipotesi di appalto). In tal caso saremmo di fronte a una stipulazione a favore del terzo *ex* art. 1411 c.c.⁹⁰ e si dovrebbe dunque ripetere quanto osservato in ordine all'efficacia nei confronti del beneficiario della clausola sulla giurisdizione contenuta in un contratto a suo favore⁹¹. Conseguentemente, l'azione risarcitoria dell'utilizzatore nei confronti del fornitore dovrebbe essere esercitata davanti al giudice individuato nella clausola sulla giurisdizione relativa alla vendita o all'appalto⁹².

In altre ipotesi, il diritto può ravvisare il suo fondamento solo su una clausola del contratto di *leasing*⁹³. Secondo la ricostruzione più convincente, con una tal clausola sarebbe prevista una cessione all'utilizzatore del (futuro) credito risarcitorio riconosciuto al concedente nei confronti del fornitore dall'art. 1494 c.c. (o dall'art. 1668, c. 1, c.c.)⁹⁴. Vi è da chiedersi che interesse

⁹⁰ Così LAPERTOSA, *Vizi della cosa e tutela dell'utilizzazione nel leasing finanziario*, in *Giust. civ.*, 1987, II, p. 265; CREMONINI, FRANCHI, *I vizi della cosa nel leasing finanziario*, in *Giur. it.*, 1992, IV, cc. 220 s.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria* cit., p. 1088.

⁹¹ V. *supra*, §§ 4 e 14, con riguardo rispettivamente agli accordi *ex* art. 4 l. n. 218/1995 ed *ex* art. 23/25 Reg.

⁹² Nel medesimo senso, con riguardo alla clausola compromissoria, v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria* cit., pp. 1088 s.

⁹³ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria* cit., p. 1090 ipotizza che, con una simile clausola, il concedente attribuisca all'utilizzatore la rappresentanza processuale per dedurre in giudizio in suo nome e per suo conto il diritto nei confronti del fornitore. In tal caso opererebbe sicuramente la clausola compromissoria (e sulla giurisdizione), non venendo in rilievo alcun problema di efficacia *ultra partes*, perché il rappresentante processuale non esercita una azione propria, ma quella che sta in capo al *dominus* (v. *supra*, cap. III, § 1, nota 8).

⁹⁴ Così CREMONINI, FRANCHI, *I vizi della cosa* cit., c. 224. Deve invece escludersi che qui si sia in presenza di una mera cessione dell'azione, a prescindere dal diritto che essa intende tutelare, o di una autorizzazione conferita dal concedente all'utilizzatore per far valere il proprio diritto risarcitorio nei confronti del fornitore, o di un mandato *in rem propriam* con cui il concedente (mandante) incarichi l'utilizzatore (mandatario) di far valere il medesimo diritto (cfr., con riguardo alla prima e alla ultima ipotesi, LAPERTOSA, *Vizi della cosa* cit., pp. 266 s. e CREMONINI, FRANCHI, *I vizi della cosa* cit., cc. 221 s.; in ordine alle ultime due E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria* cit., p. 1090). Tutte queste ricostruzioni permettono all'utilizzatore di stare in giudizio a tutela di una posizione giuridica del concedente in virtù di una manifestazione di volontà di quest'ultimo e dunque presuppongono l'ammissibilità di una sostituzione processuale volontaria, svincolata da una specifica previsione di legge, la quale è invece da escludersi poiché contraria alla

possa muovere l'utilizzatore a far valere in giudizio tale credito in cui è succeduto, atteso che così facendo non otterrà il risarcimento del danno *da lui subito* in ragione dei vizi della cosa, ma una somma pari al danno *patito dal concedente*⁹⁵ che, per solito, sarà inferiore⁹⁶, se non addirittura inesistente⁹⁷. Nondimeno, se l'utilizzatore decida comunque di promuovere l'azione, la questione dell'efficacia nei suoi confronti dell'accordo sulla giurisdizione pattuito tra fornitore e concedente si risolve in quella dell'efficacia *dell'electio fori* nei confronti del successore che, come già considerato nel precedente capitolo, deve ammettersi con riguardo a tutti i patti sulla competenza giurisdizionale, riconosciuti vuoi dal sistema di Bruxelles, vuoi dalle norme municipali italiane⁹⁸.

Rimane da considerare il caso in cui entrambi i contratti siano muti a riguardo di eventuali diritti dell'utilizzatore nei confronti del fornitore ricollegati ai vizi della cosa. Qui l'unico modo per ravvisare simili diritti è ritenere che il concedente abbia concluso la vendita o l'appalto quale mandatario (senza rappresentanza) dell'utilizzatore ed invocare l'art. 1705, c. 2, ultima parte, c.c., che permette al mandante di sostituirsi al mandatario

tassatività delle ipotesi di legittimazione straordinaria, stabilita dall'art. 81 c.p.c. (in tal senso tutti gli Autori appena citati).

⁹⁵ Per un simile rilievo v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria* cit., p. 1090; DE NOVA, voce «Leasing cit.», pp. 475 s.; CREMONINI, FRANCHI, *I vizi della cosa* cit., c. 225.

⁹⁶ Così CREMONINI, FRANCHI, *I vizi della cosa* cit., c. 225, il quale afferma che l'utilizzatore per ottenere la differenza tra la somma ottenuta facendo valere il credito in cui è succeduto e il danno effettivamente subito potrà agire nei confronti dell'utilizzatore *ex art. 2043 c.c.*, lamentando la lesione – da parte di un soggetto diverso dall'obligato – del credito al godimento del bene oggetto del contratto di *leasing*. Una simile azione non sarebbe però in alcun modo soggetta alla clausola sulla giurisdizione conclusa tra fornitore e utilizzatore, perché saremmo di fronte a una inaccettabile estensione dell'efficacia dell'accordo, sicuramente *ultra partes* e, di regola, altresì *ultra voluntatem partium*.

⁹⁷ DE NOVA, voce «Leasing cit.», p. 476. Il problema si potrebbe risolvere ove si accolga la tesi di FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977, pp. 108 s.; ID., BARUCCO, *La locazione finanziaria*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 11, *Obbligazioni e contratti*, tomo III, 2^a ed., Torino, 2000, p. 31 sulla “liquidazione del danno del terzo”, in virtù della quale il credito risarcitorio del concedente nei confronti del fornitore ricomprenderebbe anche il pregiudizio subito dall'utilizzatore. In tal modo, una volta che quest'ultimo sia divenuto titolare di questo credito potrà ben chiedere il ristoro del danno da lui sofferto, poiché esso era già originariamente ricompreso nel *quantum* del diritto risarcitorio (del concedente) in cui è succeduto.

⁹⁸ V. *supra*, cap. V, §§ 9 e 11, con riguardo rispettivamente agli accordi *ex art. 23/25 Reg. ed ex art. 4 l. n. 218/1995*.

nell'esercizio dei crediti derivanti dall'esecuzione del mandato⁹⁹. Saremmo allora in presenza di una successione a titolo particolare nel credito e pertanto si ripropone, ancora una volta, la questione dell'efficacia dell'accordo sulla giurisdizione concluso dal dante causa nei confronti del successore. Vi è tuttavia da chiedersi, anche qui, se una simile soluzione possa garantire una effettiva tutela all'utilizzatore, il quale succedrebbe nel credito risarcitorio del concedente e non potrebbe quindi ottenere il ristoro dei danni *a lui stesso cagionati* dai vizi della cosa¹⁰⁰.

7. Gli accordi sulla giurisdizione nel caso di fideiussione: la electio fori relativa alle azioni sulla obbligazione garantita, pattuita tra creditore e debitore principale, non esplica effetti nei confronti del fideiussore, se non quando questi agisce nei confronti del debitore principale facendo valere la surrogazione nel diritto del creditore

Trattiamo infine del caso della fideiussione dove è ravvisabile un collegamento non tanto tra il contratto da cui sortisce l'obbligazione di garanzia, concluso tra fideiussore e creditore, e quello fonte dell'obbligazione garantita, stipulato tra creditore e debitore principale¹⁰¹, quanto invece fra i due rapporti obbligatori, quello principale garantito e quello fideiussorio, di cui il primo può anche non avere fonte contrattuale.

In questo campo, la questione maggiormente affrontata – invero in relazione alle convenzioni arbitrali – è se l'accordo¹⁰² concluso tra creditore e debitore principale espliciti la propria efficacia anche nei confronti del

⁹⁹ In dottrina si esclude generalmente la possibilità di invocare l'art. 1705, c. 2, ultima parte, c.c., poichè la norma ammette la sostituzione del mandante nei soli crediti e non anche nelle azioni risarcitorie (v. LAPERTOSA, *Vizi della cosa* cit., p. 268; CREMONINI, FRANCHI, *I vizi della cosa* cit., c. 223; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria* cit., p. 1090). Si può tuttavia osservare che qui si ha a che fare con un *credito* risarcitorio, che sorge in virtù dell'inadempimento di un obbligo derivante dal contratto, concluso in esecuzione del mandato, per cui si è perfettamente all'interno dell'ambito di applicazione dell'art. 1705, c. 2, ultima parte, c.c. (in tal senso v. SANTAGATA, *Del mandato* cit., sub art. 1705, p. 346)

¹⁰⁰ Cfr. LENER, *Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3090.

¹⁰¹ In tal senso cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato* cit., § 10.

¹⁰² Tale accordo può essere sia un compromesso avente ad oggetto le controversie *iam natae* tra creditore e debitore in ordine all'obbligazione principale, sia una clausola compromissoria relativa al contratto da cui sorge l'obbligazione garantita.

fideiussore, rimasto terzo rispetto al patto¹⁰³. La dottrina e la giurisprudenza sono sul punto divise: vi è chi nega una simile efficacia *ultra partes* del patto compromissorio¹⁰⁴; e vi è chi invece la afferma, invocando l'art. 1945 c.c., ove si sancisce la possibilità per il fideiussore di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale¹⁰⁵.

¹⁰³ È ovvio invece che ove si possa concludere nel senso della partecipazione del fideiussore all'accordo (per aver questi ad esempio sottoscritto il contratto principale "contenente" la clausola arbitrale o sulla giurisdizione) nessun problema si porrà in ordine al suo vincolo allo stesso (cfr. SOEHRING, *Die Nachfolge* cit., p. 86; NIKLAS, *Die subjektive Reichweite* cit., p. 168).

¹⁰⁴ V. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato* cit., sub art. 806, pp. 68 s.; FESTI, *La clausola* cit., p. 295; CORSINI, *Limiti soggettivi della clausola compromissoria ed eccezioni opponibili dal fideiussore al creditore ex art. 1945 c.c.*, in *Riv. arb.*, 1998, pp. 732 ss.; CAVALLINI, *Il trasferimento* cit., pp. 490 s.; ID., *L'arbitrato* cit., pp. 83 s.; BARLETTA, *Gli effetti della clausola compromissoria nei confronti del cessionario del credito e del fideiussore*, in *Riv. arb.*, 2006, pp. 367 s. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Corte d'Appello Napoli, 25 giugno 1997, in *Giur. it.*, 2000, p. 536.

Nella dottrina tedesca v. SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 74; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 1033; SCHLOSSER, in STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 9, cit., sub § 1029, p. 403; SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen* cit., p. 160; MASSURAS, *Dogmatische Strukturen* cit., p. 96; AHRENS, *Die subjektive Reichweite* cit., pp. 87 s.; WAGNER, *Prozessverträge*, cit., p. 320, il quale ritiene che il *Bürge* sia vincolato agli *accidentalia negotii* processuali del solo *Bürgschaftsvertrag* e non del contratto da cui deriva l'*Hauptschuld*; H.-J. HELLMIG, *Zur Systematik* cit., pp. 124 s., infine, sostiene che l'efficacia di un *Prozessvertrag* concluso tra creditore e debitore principale nei confronti del fideiussore si risolve in una questione di interpretazione del contratto di fideiussione: in tal modo esclude una automatica efficacia dell'accordo rispetto a quest'ultimo.

Nella giurisprudenza tedesca v. OLG Hamburg, 10 giugno 1982, in *VersR*, 1982, p. 1096; BGH, 25 aprile 1983, in *VersR*, 1983, p. 776 (decisioni pronunciate in diversi gradi dello stesso processo); in mero *obiter*, BGH, 5 maggio 1977, in *ZfP* 91 (1978), p. 470; nella giurisprudenza francese, Cour de Cassation, chambre comm., 22 novembre 1977, p. 461, con nota di FOUCHARD; Cour de Cassation, I^{ère} chambre civ., 16 luglio 1992, in *Rev. arb.*, 1993, p. 611, con nota di DELEBECQUE.

¹⁰⁵ Cfr. FRAGALI, *Delle obbligazioni, Fideiussione – Mandato di credito, Art. 1936-1959*, (rist. 1^a ed.), in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1968, sub art. 1495, p. 318; FALQUI MASSIDDA, voce «Fideiussione» in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, p. 9; SALVANESCHI, *L'arbitrato* cit., pp. 109 ss.; STELLA, *Le garanzie del credito, Fideiussione e garanzie autonome*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010, p. 358. In giurisprudenza v. Trib. Roma, 7 novembre 1997, in *Riv. arb.*, 1998, p. 729, con nota critica di CORSINI, *Limiti soggettivi* cit.; Trib. Milano, 12 gennaio 2005, in *Riv. arb.*, 2006, p. 351, con nota critica di BARLETTA, *Gli effetti* cit. In Germania v. SOEHRING, *Die Nachfolge* cit., pp. 87 s., che all'uopo invoca l'accessorietà tra l'obbligazione fideiussoria e quella principale garantita; nel medesimo senso NIKLAS, *Die subjektive Reichweite* cit., pp. 168 ss., il quale inoltre afferma che l'accordo arbitrale costituisce una modificazione del rapporto le controversie sul quale sono state compromesse in arbitri. L'accessorietà – come si rileverà anche appena

A mio avviso, non è possibile ammettere l'efficacia di un accordo sulla giurisdizione tra creditore e debitore principale rispetto alle azioni che attingono al rapporto obbligatorio di garanzia¹⁰⁶. Si tratterebbe infatti di una estensione dell'efficacia del patto sicuramente *ultra partes* e, inoltre, al di là della volontà negoziale delle parti, ogni qualvolta queste non abbiano inteso fare oggetto della loro convenzione pure le azioni relative al rapporto tra fideiussore e creditore^{107 108}. Per una simile estensione dovrebbe reperirsi un saldo fondamento nel diritto positivo e questo non credo sia ravvisabile nell'art. 1945 c.c. Il potere attribuito da tale norma al fideiussore di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale si spiega infatti in ragione dell'accessorietà tra rapporto obbligatorio principale e rapporto di ga-

infra nel testo – tuttavia riguarda soltanto i due rapporti giuridici *sostanziali*, non gli effetti *processuali* derivanti da un accordo arbitrale o sulla giurisdizione che sono autonomi da tali rapporti (v. primo volume, cap. I, § 8) e perciò non ne possono costituire una modificazione, come invece vorrebbe Niklas (nel senso infatti che l'accessorietà «betrifft [...] nur materiell-rechtliche Rechtsbehelfe des Hauptschuldners, nicht die Schiedsvereinbarung» cfr. AHRENS, *Die subjektive Reichweite* cit., pp. 87 s.; così anche OLG Hamburg, 10 giugno 1982, cit.).

Gli Autori citati escludono il vincolo del fideiussore rispetto a un accordo arbitrale tra creditore e debitore principale, nel solo caso in cui questo sia stato concluso successivamente al contratto di fideiussione, in forza del § 767, Abs. 1, Satz 3, BGB che prevede «[D]urch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert» (cfr. SOEHRING, *Die Nachfolge* cit., p. 89; NIKLAS, *Die subjektive Reichweite* cit., p. 171).

¹⁰⁶ Cfr. GEIMER, *Internationales* cit., p. 605; BORK, IN STEIN, JONAS, *Kommentar* cit., Band 1, cit., *sub* § 38, p. 689.

¹⁰⁷ Stabilire se creditore e debitore principale abbiano inteso ricomprendere nell'ambito oggettivo del proprio accordo anche le azioni attinenti all'obbligazione fideiussoria è una tipica *quaestio voluntatis* da risolvere alla stregua dei consueti canoni di ermeneutica negoziale (così, con riguardo agli accordi arbitrali, NIKLAS, *Die subjektive Reichweite* cit., pp. 169 s., il quale ritiene che di regola si dovrà affermare che l'accordo valga anche per il fideiussore, quand'anche al momento dell'assunzione del debito principale non erano previste garanzie personali: in questo ultimo caso rileverà una formulazione ampia del patto compromissorio tale da ricomprendere tutte le controversie derivanti o in relazione al contratto principale. Vi è però da osservare che – salvo diversa previsione nell'accordo – simili espressioni si riferiranno pur sempre alle controversie comunque intercorrenti tra le parti del contratto e non tra una di queste e un terzo: pertanto una formulazione ampia dell'accordo non è sufficiente, a mio avviso, per affermare che le parti abbiano ivi ricompreso altresì le azioni relative all'obbligazione fideiussoria).

¹⁰⁸ Sembra far riferimento a questa circostanza la precisazione di WAGNER, *Prozessverträge*, cit., p. 320 per cui l'alternativa tra vincolo del *Bürge* agli *accidentalia negotii* processuali del *Bürgschaftsvertrag* o del contratto da cui deriva l'*Hauptschuld* si pone «soweit sich die Prozessvereinbarung nicht auf die Feststellung der Hauptforderung beschränken läßt».

ranzia¹⁰⁹. L'accessorietà sussiste però solo tra i due rapporti sostanziali e non anche tra le azioni a questi relativi. La *ratio* della norma impone, allora, di ritenere che le eccezioni cui questa fa riferimento sono solo quelle di natura sostanziale, che incidono sull'esistenza o sul contenuto del credito garantito, e non anche quelle processuali che invece attengono – come quelle derivanti da un accordo arbitrale o sulla giurisdizione – alle azioni relative al credito stesso¹¹⁰. Del resto, anche ad ammettere che l'art. 1945 c.c. riguardi pure le eccezioni di natura processuale, comunque esso non potrebbe costituire il fondamento della *piena* efficacia rispetto al fideiussore della *electio fori* pattuita tra creditore e debitore principale. La norma, infatti, verrebbe soltanto a giustificare l'*opponibilità* al creditore del patto, non anche l'*invocabilità* di questo nei confronti del garante¹¹¹.

Si deve dunque ritenere che per il fideiussore è irrilevante il patto concluso tra creditore e debitore garantito. Per far sì che le azioni relative al rapporto di garanzia siano devolute al giudice prorogato servirà allora un nuovo accordo di identico tenore tra fideiussore e creditore, non essendo sufficiente che il primo approvi il patto tra creditore e debitore principale, atteso che questo, almeno nella normalità dei casi, non ricomprende nel suo oggetto le azioni relative al rapporto fideiussorio¹¹².

Con riguardo alla fideiussione, ci si deve infine chiedere se le azioni (relative ai diritti) che gli artt. 1949 e 1950 c.c. – sempre che sia applicabile la leg-

¹⁰⁹ Cfr. FRAGALI, *Delle obbligazioni, Fideiussione* cit., sub art. 1495, p. 314; ID., voce «Fideiussione, b) Diritto privato», in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 368; RAVAZZONI, voce «Fideiussione (diritto civile)», in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 282; ID., voce «Fideiussione», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, pp. 258 s.; GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in CICU, MESSINEO, MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVIII, tomo 3, Milano, 1998, pp. 205 s.; GRIPPO, (PACCHI, PASQUARIELLO, VALIGNANI), *Le garanzie personali, La fideiussione in generale, Le fideiussioni bancarie, Il mandato di credito*, tomo I, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XI, Torino, 2007, p. 28; MACARIO, *Garanzie personali*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile, I singoli contratti*, 10, Torino, 2009, p. 219; STELLA, *Le garanzie* cit., p. 353.

¹¹⁰ Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato* cit., sub art. 806, p. 68; FESTI, *La clausola* cit., p. 295; CORSINI, *Limiti soggettivi* cit., p. 734, testo e nota 12; CAVALLINI, *Il trasferimento* cit., p. 491; ID., *L'arbitrato* cit., pp. 83 s.; *contra* SALVANESCHI, *L'arbitrato* cit., p. 110; CARLEO, *Le vicende* cit., p. 90.

¹¹¹ Infatti CARLEO, *Le vicende* cit., pp. 90 s. ritiene che il fideiussore non sia vincolato dall'accordo arbitrale concluso tra creditore e debitore principale, ma che tuttavia egli – in forza dell'art. 1945 c.c. – possa opporlo in via d'eccezione al creditore che lo convenga in giudizio innanzi al giudice statale.

¹¹² Cfr., in tal senso, PUNZI, *Disegno* cit., II, p. 105.

ge italiana – concedono al fideiussore nei confronti del debitore garantito, una volta che ha pagato il debito di quest'ultimo, siano soggette agli effetti dell'accordo sulla giurisdizione concluso tra creditore e debitore principale. La questione dovrà essere risolta in modo diverso a seconda di quale delle due azioni venga in rilievo¹¹³.

L'art. 1949 c.c. prevede un'ipotesi di surrogazione del fideiussore, che ha pagato il debito, nei diritti spettanti al creditore nei confronti del debitore principale. Si tratta di un caso di successione *ex lege* nella titolarità attiva del rapporto obbligatorio¹¹⁴, pertanto l'azione relativa a tale rapporto, nella sua

¹¹³ Sulla differenza tra le due "azioni" – in particolare in ragione della differente "ampiezza" tra le due, atteso che l'azione di regresso è comprensiva altresì delle spese sostenute dal fideiussore dopo la denuncia al debitore principale delle istanze proposte contro di lui – v., RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, pp. 223 ss.; ID., voce «Fideiussione (diritto civile)», in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 292; ID., voce «Fideiussione», cit., pp. 268 s.; GRIPPO, (PACCHI, PASQUARIELLO, VALIGNANI), *Le garanzie cit.*, pp. 49 ss. (questi Autori reputano poi che le due azioni differiscano anche in ordine ai presupposti del loro sorgere, poiché l'azione di regresso verrebbe alla luce automaticamente, in virtù del pagamento del fideiussore, mentre la surrogazione nascerebbe solo in virtù di una manifestazione di volontà di quest'ultimo; nel medesimo senso v. anche ANDREOLI, *Note in tema di regresso e di surrogazione del fideiussore*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, 1980, I, pp. 77 s.; in senso contrario e dunque per l'automatismo dell'operare della surrogazione v. invece MACARIO, *Garanzie cit.*, pp. 249 s.; STELLA, *Le garanzie cit.*, p. 416; GIUSTI, *La fideiussione cit.*, p. 224); FALQUI MASSIDA, voce «Fideiussione cit., p. 10; GIUSTI, *La fideiussione cit.*, pp. 233 s.; STELLA, *Le garanzie cit.*, p. 436. Per la distinzione tra le due azioni v. anche ARU, *Della fideiussione*, in D'AMELIO, FINZI (diretto da), *Commentario al codice civile, Libro delle obbligazioni*, vol. II, *Dei contratti speciali*, Parte II, Firenze, 1949, *sub art.* 1949, p. 412.

In senso contrario v. invece FRAGALI, *Delle obbligazioni, Fideiussione cit.*, *sub art.* 1499-1952, pp. 361; ID., voce «Fideiussione, cit., pp. 374 ss. il quale ritiene che il regresso sia assorbito nella surrogazione e che non sia «altro che il potere di valersi verso il debitore degli effetti surrogatori conseguenti al pagamento, utilizzando a proprio favore il diritto del creditore di esigere dal debitore la prestazione che era contenuto dell'obbligazione garantita» (reputa «ragionevolmente accettabile» tale posizione pur essendosi prima pronunciato nel senso della distinzione tra regresso e surrogazione, MACARIO, *Garanzie cit.*, pp. 259 s.); SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977, p. 129, il quale afferma che «mentre con le norme sulla surrogazione la legge appresta il mezzo tecnico onde risolvere il problema del regresso, con norme apposite segna l'estensione e la misura di questo regresso». Per una posizione analoga in ordine più in generale alle obbligazioni solidali v. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, pp. 237 ss.

¹¹⁴ Almeno questa è la posizione della dottrina maggioritaria: cfr. FRAGALI, *Delle obbligazioni, Fideiussione cit.*, *sub art.* 1499-1952, p. 358; ID., voce «Fideiussione, cit., p. 374; RAVAZZONI, *La fideiussione, cit.*, pp. 223 s.; ID., voce «Fideiussione (diritto civile)», in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 292; ID., voce «Fideiussione», cit., p. 269; GIUSTI, *La fideiussione cit.*, p. 223; STELLA, *Le garanzie cit.*, pp. 414 s.; MACARIO, *Garanzie cit.*, p. 259. In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass., 13 gennaio 1998, n. 207; Cass., 14 maggio 1987, n. 4460; Cass., 5 febbraio

nuova conformazione soggettiva, è soggetta agli effetti del patto tra creditore e debitore principale, in virtù della regola di efficacia dell'accordo sulla giurisdizione nei confronti del successore nel rapporto controverso¹¹⁵.

Il diritto di regresso *ex art.* 1950 c.c. è invece un distinto diritto di credito nei confronti del debitore, che sorge in capo al fideiussore una volta che questi ha pagato il debito garantito¹¹⁶. Si tratta dunque di un diritto assolutamente diverso da quello oggetto del patto sulla giurisdizione e che non trova fonte, né nell'eventuale contratto che lega creditore e debitore principale, né nel contratto di fideiussione. L'azione relativa a questo diritto non può allora essere in alcun modo assoggettata al vincolo del patto concluso tra debitore principale e creditore e dovrà essere esperita innanzi ai giudici ordinariamente muniti di giurisdizione¹¹⁷.

1987, n. 1120; Cass., 3 ottobre 1986, n. 5859, tutte relative alla determinazione della competenza per territorio per l'azione *ex art.* 1949 c.c., che va compiuta – in ordine sia al *forum contractus*, che al *forum destinatae solutionis* – avendo riguardo al rapporto obbligatorio principale. Nel senso invece che la surrogazione per pagamento in generale determini il sorgere di un diritto di credito nuovo v. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, I, Milano, 1958, pp. 40 s.; con specifico riguardo alla fideiussione cfr. SALVESTRONI, *La solidarietà* cit., pp. 124 s.

¹¹⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato* cit., *sub art.* 806, p. 70, in forza della soluzione accolta sulla questione dell'efficacia della convenzione arbitrale rispetto al successore (su cui v. *supra*, cap. V, § 2), ritiene che il fideiussore, nell'agire *ex art.* 1949 c.c., sia vincolato alla scelta *pro arbitrato* effettuata dal creditore e dal debitore garantito.

CAVALLINI, *Il trasferimento* cit., pp. 491 s.; ID., *L'arbitrato* cit., p. 84 rileva anzitutto che «il regresso *ex art.* 1950 configuri, se non dal punto di vista dogmatico, almeno da quello funzionale, un profilo peculiare della surrogazione legale ai sensi dell'art. 1203 c.c.» e che il fideiussore non è vincolato dall'accordo arbitrale concluso tra creditore e debitore principale. Per l'Autore, poi, il debitore è vincolato «alla rinnovata prestazione del consenso da parte del fideiussore che vuole esercitare il diritto di regresso con la stipulazione di un nuovo patto compromissorio, distinto dalla non più operante clausola arbitrale tra creditore surrogato e debitore garantito»

¹¹⁶ Nel senso che il diritto di regresso sorge a titolo originario in capo al fideiussore che ha pagato, RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., pp. 223 s.; ID., voce «Fideiussione (diritto civile)», in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 292; ID., voce «Fideiussione», cit., p. 269. Sostanzialmente nel medesimo senso ARU, *Della fideiussione*, cit., *sub art.* 1950, che parla di una azione specifica e indipendente; STELLA, *Le garanzie* cit., p. 437 che ritiene trattarsi di un diritto proprio e autonomo del fideiussore.

¹¹⁷ Cfr., con riguardo agli accordi arbitrali, ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (diretto da), *Arbitrato* cit., *sub art.* 806, p. 70.

Stampato nel mese di ottobre 2013
presso C.L.E.U.P. “Coop. Libreria Editrice Università di Padova”
via G. Belzoni 118/3 - 35121 Padova (t. +39 049 8753496)
www.cleup.it www.facebook.com/cleup