

European Parliament – Committee on legal affairs
Public Hearing on the review of Council Regulation (EC) No 44/2001
Brussels 5 October 2009

Prof. Luigi Mari
Ordinario di diritto internazionale
Università degli Studi di Urbino “Carlo Bo”

Le mie osservazioni saranno di carattere generale e principalmente sull'opportunità e i criteri di una eventuale revisione del regolamento 44/2001. Si tratta di aspetti che considero importanti e prioritari. Pongo invece in secondo piano il contenuto di eventuali modifiche della disciplina attuale, anche perché i limiti di tempo non consentono di approfondire questioni tecniche.

La prima questione è dunque se sia veramente opportuno procedere alla revisione del regolamento. Direi di sì, perché alcuni emendamenti sono utili. Credo, però, si debba procedere con molta cautela e con valutazioni ben ponderate.

Il sistema processuale del regolamento è essenziale per il buon funzionamento del mercato interno. E' collaudato e sarebbe una vera sfortuna comprometterlo con modifiche che poi si rivelassero inadeguate.

Riguardo a simile rischio, la trasformazione della Convenzione del 1968 nel regolamento 44/2001 offre qualche buon insegnamento. In quella occasione le modifiche di maggiore importanza pratica furono due. Venne semplificato e reso più rapido il procedimento di *exequatur*, e fu radicalmente modificato l'art. 5 (1). Ora, mentre la modifica dell'*exequatur* è stata operata con una soluzione semplice e chiara, e si è rivelata assai felice dal punto di vista pratico, la modifica dell'art. 5 (1) si è dimostrata, invece, a giudizio unanime degli operatori giuridici e degli studiosi, un grave errore.

Questo risultato è deprecabile. Si tenga presente che l'art. 5 (1) ha un'importanza fondamentale nel sistema della competenza perché si applica in materia contrattuale. Fra tutti gli articoli sulla competenza è sicuramente il più utilizzato nelle controversie tra imprese. Proprio per questo motivo oggi tutti invocano la modifica della modifica dell'art. 5 proponendo le più varie correzioni. Ed è strano che il *Libro verde* taccia sul punto.

La mia opinione, invece, è che non sia consigliabile riformare di nuovo quella disposizione, a meno che non si voglia tornare al testo originario della Convenzione del 1968. Dico questo perché vedo il rischio di aggiungere complicazione a complicazione e credo invece più opportuno che la giurisprudenza svolga il suo compito alla ricerca di soluzioni interpretative soddisfacenti. I giudici, eventualmente aiutati dalla dottrina, trovano di solito il modo di rimediare all'approssimazione e alla noncuranza legislativa. Si pensi alla serie infinita di problemi interpretativi che hanno sollevato e continuamente sollevano i singoli articoli di un codice civile. Quante migliaia di emendamenti avrebbe oggi uno dei nostri codici se il legislatore fosse intervenuto o dovesse intervenire ad ogni problema interpretativo ?

Ho preso spunto dalle vicende dell'exequatur e dell'art. 5 della Convenzione del 1968 perché mi sembra che esse suggeriscano un criterio generale da seguire nella revisione del regolamento. Il campo di intervento del legislatore dovrebbe riguardare più l'impianto del sistema che i problemi interpretativi di singole disposizioni. Questo genere di problemi dovrebbe essere lasciato nelle mani degli interpreti fino a quando non siano compromessi fondamentali principi di giustizia o le finalità essenziali che il legislatore vuole perseguire.

Un'altra osservazione generale che consiglia molta cautela nell'opera di revisione riguarda la tendenza ad accrescere la complessità del diritto internazionale privato, molte volte senza reale necessità.

Credo sia opportuno tener conto di un dato di fatto difficilmente contestabile. Intendo riferirmi all'estensione straordinaria e alla soverchiante complicazione, per non dire sofisticatezza, che ha raggiunto la disciplina europea di diritto internazionale privato, disciplina che per sua natura riguarda un ambito tutto sommato marginale benché essenziale di qualunque ordinamento giuridico. Alla luce di questa realtà, vedo il pericolo che la revisione del regolamento 44/2001 imbocchi anch'essa la via della complessità, esito di cui non mi pare ci sia bisogno.

Tralascio di discutere il punto circa la necessità e l'utilità di questa imponente legislazione. Mi preme notare, però, che essa è costituita da un corpo di regole di complessità tecnica così elevata che in molti paesi, incluso il mio, solo gli specialisti del settore le conoscono a fondo.

Queste regole, in effetti, non fanno parte della cultura giuridica degli operatori di medio livello e non sono comprensibili con gli ordinari strumenti concettuali della maggioranza degli operatori giuridici. Il risultato di questa situazione è che le regole europee sono per lo più ignorate e se si vuole avere una relativa certezza nella disciplina da osservare si deve ricorrere all'ausilio di consulenti particolarmente esperti nella materia.

Vorrei anche far notare che le questioni di diritto internazionale privato relative al processo e alla legge applicabile sono questioni soltanto pregiudiziali o preliminari, che vanno esaminate prima di discutere il vero e proprio merito della causa. E' dunque necessario che esse siano affrontate e decise rapidamente e per questo motivo è indispensabile che le regole siano semplici.

Passando ad una valutazione complessiva delle varie questioni sollevate nel *Libro Verde*, la mia impressione è che nel momento presente non siano ancora emerse ragioni convincenti, sufficienti e urgenti per modificare i principi basilari del regolamento.

Le preziose indagini raccolte negli studi preparatori del *Libro verde* e le numerose e ragionate risposte pervenute dagli ambienti interessati, accademici e professionali, mi inducono alle seguenti considerazioni:

primo, il sistema attuale funziona complessivamente bene perché gli operatori giuridici lo applicano tutto sommato correttamente;

secondo, gran parte dei problemi che sono stati segnalati negli studi e commenti al *Libro verde* appartengono alla normale dialettica interpretativa che qualunque testo legislativo non può non suscitare;

terzo, nessuno dei problemi evidenziati ha provocato una crisi del funzionamento del sistema tale da pregiudicare le finalità del regolamento;

quarto, sia le finalità del regolamento sia la normativa che le attua sono tuttora valide e coerenti con le attuali caratteristiche ed esigenze del mercato interno, anche tenuto conto del già notevole grado di integrazione sociale ed economica dei popoli europei;

quinto, il perfezionamento di alcuni aspetti della disciplina attuale è certamente possibile, ma non richiede che siano modificati i principi fondamentali su cui è basato il sistema del regolamento 44/2001 quali ricostruibili attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, la vera artefice, a mio parere, di quello che oggi chiamiamo il “sistema del diritto processuale civile comunitario”.

Come osservazione finale aggiungerei un forte auspicio: che il legislatore europeo ponesse l'eventuale opera di revisione del regolamento nel quadro di un coerente disegno di politica legislativa volto ad armonizzare il funzionamento degli istituti processuali nazionali alla luce delle esigenze del principio dell'equo processo. In questo campo credo ci sia molto da fare.

Vengo ora ad alcuni punti proposti nel *Libro verde* come oggetto di revisione del regolamento.

La prima questione riguarda la soppressione dell'*exequatur*.

Credo si debba rispondere in senso decisamente negativo per almeno due ragioni.

Innanzitutto, come dimostra l'esperienza degli Stati Uniti, l'*exequatur*, o comunque una procedura semplificata di controllo delle decisioni emesse in un altro Stato, non è di per sé un significativo ostacolo allo sviluppo dei rapporti transnazionali. Non ci sono dunque motivi pratici per sopprimere un istituto che non ha impedito agli Stati americani di raggiungere un livello di integrazione economica superiore alla nostra.

In secondo luogo, l'abolizione dell'*exequatur* sarebbe forse ammissibile e accettabile se l'esercizio della giurisdizione fosse fondato in ogni paese su regole uniformi di diritto sostanziale e processuale, e pertanto fosse almeno di fatto imputabile ad un potere

sovrano unitario e – va sottolineato – puntigliosamente fedele al canone dell'equo processo.

Nella presente situazione non è così e ciascuno Stato deve assumere la propria individuale responsabilità nell'esercizio della giurisdizione. Questo principio di responsabilità individuale di ogni Stato nell'attuazione del potere giurisdizionale è alla base della sentenza *Pellegrini* (2001) della Corte europea dei diritti dell'uomo. In questa sentenza, che ha dichiarato l'Italia responsabile della violazione del principio dell'equo processo (art. 6 della Convenzione), è inequivocabilmente affermato che uno Stato che presta la sua collaborazione all'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato risponde anch'esso delle eventuali violazioni del principio commesse da quest'ultimo.

Secondo la Corte di Strasburgo lo Stato richiesto dell'esecuzione di una sentenza straniera ha l'obbligo di verificare il contenuto della sentenza e di rifiutarne l'esecuzione se essa stessa o il procedimento in cui è stata emanata non sono rispettosi delle esigenze dell'equo processo.

La conclusione che s'impone è dunque evidente: la regolarità del processo straniero, la sua conformità al canone dell'equo processo deve essere controllata dallo Stato richiesto dell'esecuzione e pertanto la soppressione dell'*exequatur* o di analogo forma di controllo della sentenza straniera esporrebbe ogni Stato membro dell'Unione al rischio di dover rispondere di violazioni di quel canone compiute da un altro Stato membro. E purtroppo, come dimostra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, simili violazioni da parte di Stati comunitari non sono affatto infrequenti.

A questo riguardo è emblematico il caso *Kombrach* il quale dimostra che la mutua fiducia tra gli Stati membri, benché fondamento del regime dei loro reciproci rapporti, non può essere una regola generale direttamente applicabile nei casi concreti. Credo dunque, si debba tener fermo il principio che la sentenza di uno Stato membro deve essere oggetto di controllo quando se ne chiede l'esecuzione in un altro Stato membro.

Se così è, l'unica questione che ha senso discutere è come debba essere strutturato il procedimento di controllo.

I meccanismi previsti dal regolamento sul titolo esecutivo europeo, dal regolamento matrimoniale relativamente al diritto di visita e di ritorno del minore e dal più recente regolamento in materia alimentare non sono compatibili con la giurisprudenza *Pellegrini*, poiché il dovere di controllo della decisione straniera grava sullo Stato richiesto dell'esecuzione. Di conseguenza, si pone l'alternativa se mantenere in vita un autonomo procedimento di verifica della decisione straniera, come ora avviene, oppure trasferire la fase della verifica direttamente nel procedimento di esecuzione forzata.

Quest'ultima soluzione è certamente più rispondente all'esigenza di celerità e dell'economia processuale, ma richiede che il diritto processuale interno degli Stati membri venga armonizzato in tal senso, cioè al fine di permettere nella fase esecutiva l'accertamento di motivi di opposizione all'esecuzione tratti dalla violazione dei diritti della difesa nel processo di origine. Rimarrebbe poi da vedere se gli ulteriori motivi di rifiuto dell'esecuzione debbano essere mantenuti e se al loro accertamento sia conveniente procedere nella fase dell'esecuzione.

Un modo per semplificare il procedimento di verifica della decisione straniera all'inizio della fase dell'esecuzione forzata potrebbe essere quello di affidare al giudice del procedimento esecutivo il solo esame della ricevibilità e della non manifesta infondatezza dei motivi di rifiuto dell'esecuzione, rinviando le parti, in caso positivo, dinanzi al giudice cui ora compete la dichiarazione di esecutività.

Tenuto conto del complesso di problemi che derivano dall'abolizione dell'attuale procedimento di *exequatur*, e dall'eventuale sua sostituzione con un procedimento di verifica nella fase dell'esecuzione forzata, la mia impressione è che simile innovazione avrebbe come conseguenza una complessità della disciplina maggiore di quella attuale, senza reale beneficio per l'economia generale del sistema.

Si può pensare piuttosto a migliorare l'efficienza dell'attuale procedimento con qualche piccolo emendamento: così, ad esempio, permettendo, in deroga all'art. 47, 3, (divieto di misure esecutive in pendenza del termine per l'opposizione e fino alla decisione sull'opposizione) la concessione di un provvedimento di provvisoria esecuzione eventualmente subordinato alla prestazione di una cauzione. Altre migliorie di questo tipo sono possibili (es. modello uniforme per l'istanza di esecutività).

L'altra questione su cui vorrei brevemente soffermarmi riguarda il tormentato rapporto della litispendenza con gli accordi di proroga della competenza. Il regolamento, art. 23, attribuisce alle parti di un rapporto giuridico la facoltà di designare di comune accordo il

giudice competente a risolvere eventuali controversie. Questa competenza è esclusiva, ma non impedisce che una parte introduca per prima la causa dinanzi ad un giudice diverso da quello designato. Se l'altra parte adisce a sua volta il giudice designato, quest'ultimo deve sospendere il processo in attesa che il giudice adito per primo riconosca l'efficacia dell'accordo e si dichiari privo di competenza (così dispone l'art. 27 che regola la litispendenza). La questione, dunque, è se la regola sulla litispendenza debba essere modificata per consentire al giudice designato di decidere sulla competenza nonostante sia stato preventivamente adito, in violazione dell'accordo, un altro giudice.

La prassi ha evidenziato a questo riguardo anche comportamenti processuali di dubbia correttezza, consistenti nel proporre azioni di accertamento negativo degli obblighi contrattuali prima che il presunto creditore abbia la possibilità di richiedere l'adempimento dinanzi al giudice designato. In questa situazione, l'azione successivamente proposta dal preteso creditore dinanzi al giudice prorogato resta bloccata dall'effetto di litispendenza. Molte voci si sono levate contro simile effetto, proponendo varie soluzioni tese a fare in modo che il giudice designato possa continuare il processo nonostante la litispendenza.

Non entro nell'esame delle varie soluzioni proposte, che hanno ognuna le proprie controindicazioni, e mi limito ad alcune considerazioni generali.

Il presupposto delle tesi favorevoli alla prevalenza del patto di proroga è che l'accordo delle parti sul giudice competente crea un vincolo sacrosanto da rispettare ad ogni costo. E' un superaccordo che nulla può e deve inficiare, a meno che il giudice designato lo riconosca invalido. Siamo nell'area del dogma della volontà.

Vorrei osservare incidentalmente che il dogma non regge quando siamo in presenza di una contrattazione tra imprese in un contesto di forza contrattuale differenziata. Tra una grande società e una piccola impresa lo squilibrio nella contrattazione della clausola di proroga non è neppure da dimostrare. E' una questione su cui varrebbe la pena di riflettere.

Ma non è questo il punto essenziale. In effetti, la superiorità che si vorrebbe attribuire al patto di proroga riguarda il potere giurisdizionale, non le parti. L'effetto giuridico del patto ricade sui giudici. Ora, se il patto è in ipotesi invalido, come può ben accadere, perché

solo il giudice designato deve poterlo dichiarare tale? Perché un patto privo di efficacia dovrebbe vincolare al silenzio tutti i giudici, tranne uno? Ovviamente, le tattiche processuali scorrette, come le ben note *torpedo actions*, dovrebbero essere contrastate efficacemente.

Non credo, però, che per questo motivo si debba alterare l'equilibrio del sistema della competenza fondato sulla priorità dell'azione, qualunque essa sia. Le prassi scorrette vanno sanzionate e occorre che la giurisprudenza trovi lo strumento appropriato. Credo che possa farlo. Si potrebbe dire che il giudice che asseconda azioni manifestamente abusive, intentate al solo scopo di ostacolare la controparte, si rende responsabile della violazione del principio di leale cooperazione sancito all'art. 10 del trattato comunitario. Il patto riguarda i giudici e spetta ad essi garantire l'effettività dell'accordo. Credo, insomma, che la priorità vada data alla giurisprudenza, alla sua capacità di evolvere, non all'accordo di proroga.