

CAPITOLO I

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Ambito d'indagine. – 2. Deroga e proroga della giurisdizione: il significato della tassonomia tradizionale. – 3. Perché un'analisi comparata? Gli accordi sulla giurisdizione civile come entità votate ad una dimensione transnazionale. – 4. La giurisdizione internazionale degli Stati: dalla chiusura del protezionismo alla volontà di coordinamento. – 5. L'autonomia delle parti nella scelta della giurisdizione: il segno di un percorso evolutivo. – 6. Accordi sul foro e arbitrato internazionale: differenze, somiglianze e contaminazione di principi.

1. *Ambito d'indagine*

Il campo in quale si muove il presente lavoro è quello della giurisdizione internazionale civile¹, intesa come reciproca delimitazione delle sfere, coesistenti e

¹ Come ricorda M. GIULIANO, *La giurisdizione civile*, p. 2, in Italia si è soliti utilizzare il termine giurisdizione in due accezioni assai distanti tra loro. La prima, quella rilevante ai fini del presente lavoro, considera «tutti i giudici dello Stato complessivamente considerati»; la seconda richiama, invece, la classificazione delle posizioni soggettive in diritti soggettivi e interessi legittimi e attiene al riparto interno allo Stato (italiano) dell'attività di *ius dicere* tra giurisdizione ordinaria e altre giurisdizioni, in particolare quella amministrativa. V. anche G. MORELLI, *Diritto processuale civile*, pp. 4-5 e 87 ss., per la distinzione tra norme sulla “competenza giurisdizionale” e norme sulla “vera e propria competenza (territoriale)”, le une tese a delimitare i poteri dello Stato, «cioè dei suoi organi giudiziari complessivamente considerati», le altre tese a «distribuire fra i singoli organi giudiziari le liti che, in base alle norme di quel primo gruppo, risultano sottoposte alla giurisdizione dello Stato». Ivi, pp. 88-89. Potremmo anche tagliare corto, con F. CARNELUTTI, *Limiti della giurisdizione del giudice italiano*, in *RDP*, 1931, II, p. 218: «Non mi pare neanche necessario mettere in guardia contro la confusione tra due aspetti *diversi* della questione: *se un giudice italiano* possa pronunciare e *quale tra i giudici italiani* abbia questo potere. Il primo aspetto riguarda *la giurisdizione*, il secondo *la competenza*» (corsivo nell'originale).

Ancora, volendo rimanere sulla terminologia, si parla(va) di “competenza internazionale” solitamente per indicare ciò che i francesi definiscono *compétence indirecte*, ossia la verifica in sede di riconoscimento di una decisione straniera che il giudice richiesto compie circa la compatibilità dell'esercizio della giurisdizione straniera con i principi giurisdizionali del proprio ordinamento. Cfr. H.C. GUTTERIDGE, *Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles*, in *Recueil des Cours*, 1933-II, t. 44, p. 120 ss.; N. FRAGISTAS, *La compétence internationale en droit privé*, Ivi, 1961-III, t. 104, p. 165 ss.; H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands (Étude comparative)*, Paris, 1965, p. 1 ss. Nel diritto italiano, cfr. M. GIULIANO, *La giurisdizione civile*, p. 1 ss.; R. LUZZATTO, *Competenza giurisdizionale o diretta e*

compenetranti, riservate all'attività di cognizione degli organi giudiziari appartenenti a stati diversi². Il termine coglie l'entità nella sua interezza e non si cura delle articolazioni che ciascuno stato predispone per la distribuzione della funzione giurisdizionale all'interno del territorio (ciò che in termini consueti definiremmo competenza) né delle sottodivisioni proprie degli stati federali. Eccezione a tale seconda regola è rappresentata dall'esperienza statunitense, dato che buona parte delle regole sulla giurisdizione nasce dai conflitti c.d. *intrastate* ed è alimentata dalla giurisprudenza delle corti statali. Una seconda eccezione potrebbe essere rappresentata dal diritto processuale europeo, le cui norme sulla giurisdizione assomigliano sempre più alla distribuzione della competenza territoriale tra gli Stati membri.

La giurisdizione ed i conflitti transnazionali di giurisdizioni³ sono temi assai ampi che racchiudono una varietà di istituti e fenomeni meritevoli d'essere investigati. In questo lavoro mi concentro solo sul rapporto tra giurisdizione e consenso, esplorando in particolare i modi e i limiti entro i quali un accordo tra le parti di un rapporto giuridico interagisca con le regole sulla giurisdizione e con il relativo potere-dovere del giudice di decidere la lite. In breve, se e a quali condizioni l'accordo delle parti possa fornire o privare un giudice del proprio potere.

Il tema d'indagine è ulteriormente definito. Nelle prossime pagine analizzo non tutti gli accordi sulla giurisdizione, ma solo quelli che riguardano la materia civile e commerciale, endiadi tipica delle convenzioni internazionali in materia. Rimane al margine della prospettiva, in particolare, il vasto tema dei rapporti personali e patrimoniali collegati al diritto di famiglia, mentre l'attenzione principale sarà dedicata alle fattispecie proprie del commercio internazionale, ossia a quella forza che mette a continua prova i confini territoriali e giuridici posti dagli ordinamenti, in nome della incessante necessità di fare e disfare affari⁴.

L'interesse giuridico-patrimoniale sotteso all'accordo sulla giurisdizione è piuttosto evidente: si tratta di dare certezza all'eventuale aspetto patologico del rapporto, per minimizzare quelli che comunemente si definiscono "costi di transazione". Spesso in abbinamento ad una clausola di scelta della legge applicabile al contratto, le parti – o una sola di queste – cercano di fare in modo che il complesso delle clausole concordate (o imposte) produca davvero l'effetto pro-

competenza internazionale o indiretta nelle convenzioni dell'Aja e di Bruxelles, in RDIPP, 1969, p. 69 ss.

² «A jungle of separate, broadly based, jurisdictions», secondo Lord Goff in *Airbus Industries GIE v. Patel* [1999] 1 AC 119.

³ Per dirla con M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali*. Conflitti di giurisdizioni, ma non di sovranità, come mostra I. QUEIROLO, *Gli accordi*, pp. 14-15.

⁴ A. BRIGGS, *Agreements*, § 2.11: «The English experience is that private international law is made in commercial cases, and judicial developments in commercial law are bound to influence the judicial development of private international law». In un certo senso, dunque, quest'opera soffre dell'*elitism* denunciato da R. MICHAELS, *Does Brexit Spell the Death of Transnational Law?*, in *German Law Journal*, vol. 17, 2016, pp. 59-61.

grammato, evitando che l'esame del rapporto in una giurisdizione non contemplata travisi l'assetto negoziale. Ancora, comunemente si osserva come le parti possano utilizzare tale pattuizione quale moneta di scambio nel complesso delle clausole sostanziali del contratto: la clausola può influire sul prezzo della prestazione o costituire la contropartita di una certa concessione negoziale. Altre volte la scelta consente alle parti di individuare un foro considerato neutrale o dotato di particolare esperienza nella materia del contendere, come non di rado avviene per la scelta del foro londinese nelle vicende che riguardano il trasporto di merci via mare, le questioni connesse di assicurazione marittima o l'esame di complessi prodotti finanziari. Non mancano casi nei quali una parte tenti di attrarre l'altra in un foro a questa sfavorevole o di garantirsi la disponibilità di un certo apparato processuale. In definitiva, le ragioni che spingono le parti di un contratto ad accordarsi sul foro possono essere molte, ma in generale si collegano strettamente all'assetto economico-giuridico complessivo del rapporto al quale la clausola sulla giurisdizione si riferisce, e vi influiscono.

Le finalità sopra ricordate non sono appannaggio esclusivo delle clausole di scelta del foro, ma sono anche una delle ragioni dell'impressionante sviluppo dell'arbitrato commerciale internazionale. Nonostante che molte normative, e buona parte della dottrina, abbiano storicamente trattato la deroga in chiave unitaria, accomunando le ipotesi in cui le parti vogliano affidare la lite alla cognizione di un arbitro oppure di un giudice straniero, il tema dell'arbitrato non fa parte della trattazione. Si tratta di un istituto che, però, incontreremo con una certa frequenza: molte sono le assonanze tra i due istituti e in numerosi casi l'arbitrato ha aperto la via che è stata poi seguita, con fortune alterne, dalla disciplina degli accordi sulla giurisdizione. Le somiglianze non devono mascherare le distanze, giuridiche e storiche, che esistono e che accennerò in coda a questo Capitolo.

Rimane da delimitare l'ambito degli ordinamenti considerati nel nostro esercizio di comparazione. Non sorprenderò il lettore con la scelta: Italia ed Unione Europea; Stati Uniti; Inghilterra.

I primi due sistemi rappresentano validi esempi del modo in cui l'Europa continentale concepisce la giurisdizione e il rapporto tra questa e il consenso delle parti. Un approccio assai formalista, in particolare quello europeo, che collega alla validità dell'accordo un potere/dovere per il giudice, in positivo o in negativo, mediato da norme processuali imperative e vincolanti. La disciplina italiana, oltre a prestarsi quale familiare punto di partenza, offre un interessante percorso evolutivo, dall'apertura ottocentesca alla chiusura nazionalista del primo Novecento, dal doppio binario avviato all'indomani della firma della Convenzione di Bruxelles, alla rivoluzione operata negli anni '90 dalla legge di riforma del diritto internazionale privata che ha introdotto una disciplina liberale, ispirata ma non appiattita sull'omologo europeo.

All'altro capo dello spettro stanno le due grandi tradizioni di *common law*, accomunate dal rifiuto sia del formalismo, sia del legame diretto tra consenso delle parti ed attribuzione o negazione della giurisdizione; entrambe, però, rico-

noscono al giudice il potere discrezionale di dare o meno attuazione all'indicazione operata dalle parti. L'accordo sulla giurisdizione, poi, spesso rappresenta solo un elemento dell'analisi complessiva che il giudice di *common law* esegue sull'appropriatezza del foro scelto dall'attore per incardinare la lite. Si tratta di un fattore certamente importante, spesso determinante, ma non è l'unico.

Esperienze, quella inglese ed americana, peraltro assai distanti tra loro, vuoi per ragioni storiche, vuoi per lo spostamento negli Stati Uniti delle questioni di giurisdizione sull'asse costituzionale⁵, vuoi, ancora, per la contaminazione, non sempre priva di attriti, del diritto inglese con i principi processuali di matrice europea. Contaminazione che, è il caso di ricordare sin da ora, nel campo processuale ha di regola visto l'ideologia europea penetrare, non senza prepotenza, nel sistema tradizionale inglese, talvolta sconvolgendolo, e che raramente ha consentito il transito opposto, perdendo importanti occasioni di arricchimento per il diritto processuale europeo.

Infine, si dice Inghilterra (intendendo *England and Wales*) e non Regno Unito poiché nella stratificata complessità del sistema istituzionale e giuridico d'Oltremania mi concentro sulle regole create dalle decisioni delle corti londinesi e sulle Civil Procedure Rules (CPR)⁶.

2. Deroga e proroga della giurisdizione: il significato della tassonomia tradizionale

Nel descrivere gli effetti di un accordo sulla giurisdizione seguo la tassonomia familiare al giurista europeo che ha da tempo acquisito la distinzione tra effetti positivi, detti di proroga, ed effetti negativi, detti di deroga⁷.

⁵ R. MICHAELS, *Two Paradigms of Jurisdiction*, in 27 *Mich. J. Int'l L.* 1003, 1053 (2006), osserva in maniera del tutto condivisibile come non sia corretto ritenere che nel paradigma europeo non vi sia una base costituzionale. La differenza è che negli Stati Uniti il *due process* protegge il convenuto ed agisce come limite esterno alla giurisdizione, oltre il quale non è possibile esercitare il potere in modo costituzionalmente corretto. In Europa, invece, il diritto d'accesso a un giudice, codificato in molti testi costituzionali (dall'art. 24 della Costituzione sino all'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea con la ulteriore garanzia della effettività), tutela in primo luogo la prospettiva dell'attore.

⁶ A. BRIGGS, *Agreements*, § 1.29: «the United Kingdom is not a 'country' for the purposes of private international law». V. anche L. COLLINS, *Conflict of Laws*, §§ 1-065 ss.

⁷ U. IACCARINO, *Il c.d. atto di "deroga" alla giurisdizione italiana*, Jovene, Napoli, 1960, pp. 2-3 in nota descrive la varietà di termini utilizzati dalla dottrina italiana degli anni '20-'60 per descrivere il fenomeno. Cfr. G. MORELLI, *Diritto processuale*, pp. 96-97 e 171 ss.; M. GIULIANO, *La giurisdizione civile*, p. 32 ss. V. anche G. GAJA, *La deroga*, p. 1 ss. Si prenda, ad esempio, il Ghirardini che con "deroga" intende il patto con i quali le parti vorrebbero escludere la giurisdizione italiana c.d. esclusiva o fondare la giurisdizione italiana nei casi in cui questa manca perché è esclusa dalle norme, patto necessariamente nullo nella costruzione dell'A.; mentre nei casi di giurisdizione c.d. concorrente, secondo l'A., i privati sarebbero liberi di scegliere tra le varie giurisdizioni, per cui

L'accordo sulla giurisdizione tipicamente si propone di prorogare la giurisdizione del giudice indicato nella clausola, nel senso che l'accordo delle parti attribuisce *ex novo* ad un giudice che ne sarebbe sprovvisto il potere di *ius dicere* su una certa disputa, ovvero consolida un potere che sarebbe già stato esistente sulla base delle norme giurisdizionali del foro (eletto). Le parti possono anche proporsi di escludere la giurisdizione dei giudici non nominati nell'accordo, producendo così un effetto di privazione, la deroga appunto, di un potere che altrimenti tali altri giudici avrebbero avuto sempre in base alle regole del foro (derogato). Fino a che punto il tiro delle parti colpisca il bersaglio, e seguendo quale rotta, lo scoprirà il lettore paziente nelle pagine di questo lavoro.

L'effetto attributivo è un elemento strutturale dell'accordo, potremmo dire essenziale. Nella fenomenologia degli accordi sulla giurisdizione solitamente le parti si limitano ad indicare qual è il giudice prescelto per conoscere delle loro dispute, al più specificando se l'indicazione è esclusiva o non esclusiva; assai raramente si preoccupano di specificare la sorte che intendono riservare alle giurisdizioni derogate. In altri termini, non sempre l'attribuzione si accompagna all'indicazione di un effetto espresso di deroga, elemento che chiama in causa il non semplice tema della ricostruzione dell'intento delle parti, attività ermeneutica affidata all'interprete, non senza alcune preziose indicazioni normative o di prassi. A seconda che vi sia o meno la deroga degli altri fori, l'accordo sulla giurisdizione si definisce esclusivo o non esclusivo. Non sorprende che è proprio l'effetto di deroga quello che ha storicamente incontrato, e ancora oggi in certa misura incontra, i maggiori ostacoli, mentre l'effetto positivo di attribuzione è da sempre accolto senza troppe difficoltà dalla maggior parte degli ordinamenti⁸.

non vi sarebbe deroga alcuna, C. GHIRARDINI, *Clausola compromissoria: lodo da pronunciarsi all'estero: nullità*, in *RDI*, 1916, p. 426; v. anche E. BETTI, *Sulla validità della clausola compromissoria*, in *RDPC*, 1927, II, p. 288. In termini simili F. CARNELUTTI, che, nel trattare le stesse questioni, parla di "prorogabilità della competenza internazionale". Cfr. F. CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, vol. I, Cedam, Padova, 1925, pp. 23-26 e 52.

⁸M.R. SAULLE, *Competenza internazionale del giudice straniero e deroga della giurisdizione italiana*, *Nota*, in *RDI*, 1960, pp. 718-19: «A differenza della proroga, che indica semplicemente l'attività diretta a trasferire una data controversia dalla competenza di un giudice a quella di un altro, la deroga esprime, invece, dei concetti eminentemente negativi quali 'togliere valore, rinunciare, pregiudicare'».

I. QUEIROLO, *Gli accordi*, pp. 70-71, in nota, riferisce il pensiero di N. ROCCO, *Dell'uso e autorità delle leggi del Regno delle due Sicilie*, II, Napoli, 3^a ed., 1858, p. 206, il quale mostrava come nel *Corpus juris civilis*, nelle parole di Ulpiano, «sufficit ergo privatorum consensus» a fondare la giurisdizione (non essendo necessario anche il consenso del Pretore), per poi concludere come anche nel Regno delle due Sicilie dovesse valere il medesimo principio e cioè «non potere i tribunali del regno dinegare la giustizia, ove i forestieri volentieri si sottomettano alle loro decisioni» e che «[l]a concorde volontà delle parti contendenti di prescegliere per giudice della loro controversia chi non saria competente senza un tal consenso, e la capacità del giudice a sentenziare nella materia la qual si reca alla sua cognizione, sono i due elementi essenziali a prorogare la giurisdizione. Ogni altra cosa è superflua ed oziosa. Il giudice o fosse che consentisca o no, non può fare a meno di pronunziare». Ivi, p. 207. H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation*, p. 1, apre l'introduzione

Vi è chi propende per un'analisi unitaria del fenomeno, nel senso che la deroga sarebbe valida in quanto sia valida la proroga e viceversa⁹. In linea con il modo di procedere della dottrina italiana, ritengo che l'accordo sulla giurisdizione venga analizzato separatamente da ogni ordinamento che valuta solo l'effetto positivo o negativo del quale sia, di volta in volta, destinatario. Solo nei sistemi regionali o pattizi si hanno valutazioni tendenzialmente uniformi, *rectius*, condotte alla luce di un parametro uniforme, ma questo è il riflesso della comune disciplina applicata. Ciò, peraltro, non significa che per il giudice derogato non acquisti mai rilevanza la valutazione compiuta dal giudice eletto circa la validità ed efficacia della proroga, ed è ben possibile che la deroga perda la propria efficacia a cagione del rifiuto del giudice eletto di conoscere della lite.

La terminologia proposta di proroga e deroga è sostanzialmente accettata anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza inglese, pur nel diverso modo in cui l'accordo interagisce con la giurisdizione. È opportuno, invece, sottolineare una parziale differenza tra la terminologia europea e quella americana, dove non è raro che, pur traendo a livello nominale i lemmi dalla tradizione francese, *prorogation* definisca un accordo non esclusivo, mentre *derogation* un accordo esclusivo¹⁰. Dunque, con *derogation* o *prorogation* il giurista americano sembra definire due diversi tipi di clausole, mentre il giurista europeo ne definisce gli effetti. Sfumature, se vogliamo.

Sempre in punta di fioretto, la giurisprudenza d'oltreoceano tende a riunire gli accordi sulla giurisdizione e l'arbitrato sotto l'ombrello comune dei *forum selection agreement*, considerando l'arbitrato un'ipotesi specifica del più ampio *genus*. Ho già avuto modo di avvertire il lettore che sono più cauto nell'accumulare i due istituti, anche se non manca nella dottrina nostrana chi, seguendo la suggestione del Legislatore, ha autorevolmente trattato unitariamente della deroga alla giurisdizione¹¹.

Dunque, per ricapitolare, l'oggetto d'indagine definito è quello degli accordi sulla giurisdizione in materia civile e commerciale e dei loro effetti attributivi e privativi. In quest'opera, ove non altrimenti specificato, si intende fare riferi-

ne alla propria monografia con la massima di Platone secondo cui il tribunale più competente è quello composto da giudici scelti dalle parti. Più in là nell'opera l'A. riporta alcuni esempi francesi del XVIII e XIX secolo che mostrano l'altalenante rapporto tra accordo delle parti e giurisdizione. Ivi, pp. 132 e 227-29. Si tratta di notazioni storiche che devono essere prese per quello che sono, ma non prive di interesse e di suggestione.

⁹ Ad esempio, H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation*, p. 36 ss.

¹⁰ Cfr. J. PERILLO, *Selected Forum Agreements in Western Europe*, in 13 *Am. J. Comp. L.* 162 (1964); A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Laws*, West, 1962, pp. 148-53; K. CLERMONT, *Governing Law on Forum-Selection Agreements*, in 66 *Hastings L.J.* 643, 645 (2014-15). Fraintendono la terminologia di *civil law* P. HAY, P.J. BORCHERS e S.C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, West, 5ed., 2010, pp. 534-35. Usano, invece, correttamente i termini dal punto di vista europeo R. CASAD e W. RICHMAN, *Jurisdiction in Civil Actions*, LexisNexis, Charlottesville, 3ª ed., 1998, p. 47.

¹¹ In particolare, G. GAJA, *La deroga*; E. RIGHETTI, *La deroga*.

mento ad un caso classico: un accordo sulla giurisdizione stipulato tra due parti che non si trovano in una posizione di marcato squilibrio e che elegge la competenza di un foro con esclusione di tutti gli altri, inserito nella più ampia cornice di un contratto commerciale.

3. *Perché un'analisi comparata? Gli accordi sulla giurisdizione civile come entità votate ad una dimensione transnazionale*

Nella letteratura italiana dal secondo dopoguerra vi sono alcune opere dedicate specificamente al tema degli accordi sulla giurisdizione, spesso dall'angolo prospettico della sola deroga, a cominciare dall'accurata analisi di Ugo Maria Iaccarino¹² e dal denso lavoro di Giorgio Gaja¹³ sulla deroga alla giurisdizione. Vi sono poi i più recenti approfondimenti monografici di Queirolo¹⁴, Righetti¹⁵, Penasa¹⁶ e Villata¹⁷, oltre ad importanti pagine che si leggono in altre opere dedicate più in generale al diritto processuale europeo¹⁸. Ricchi di suggestioni ed informazioni sono anche i due volumi di Lupoi sui conflitti transnazionali di giurisdizione¹⁹.

Mi pare, tuttavia, che nel panorama manchi ancora un lavoro monografico di comparazione che approfondisca la disciplina degli accordi sul foro dal punto di vista di vari ordinamenti e, in particolare, confrontando l'approccio europeo-continentale con quello di altre due grandi tradizioni processuali come quella inglese e quella americana. Questo scritto mira a colmare il vuoto, dialogando con chi prima di me ha studiato il tema, sia nella letteratura italiana che in quella straniera.

Nel portare avanti l'indagine, ho sentito il richiamo di due sirene, quella della teoria pura del diritto e quella della contestualizzazione storica²⁰. Questo perché gli accordi sulla giurisdizione sono entità naturalmente vocate ad una dimensione

¹² U. IACCARINO, *Il c.d. "atto di deroga"*.

¹³ G. GAJA, *La deroga*.

¹⁴ I. QUEIROLO, *Gli accordi*.

¹⁵ E. RIGHETTI, *La deroga*.

¹⁶ L. PENASA, *Natura e legge*; ID., *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi. II. Profili soggettivi*, Cedam, Padova, 2017.

¹⁷ F.C. VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Cedam, Padova, 2012.

¹⁸ V. la n. 1 al Capitolo II, par. 2.

¹⁹ M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali*.

²⁰ Avvertiva F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1936, pp. 1-6: «Non basta la scienza senza la storia, né questa senza di quella». V. anche la, forse non sempre generosa, critica della sistematica processuale Carneluttiana come "astorica" in V. DENTI, *Dall'azione al giudicato*, Cedam, Padova, 1983, p. VI.

transnazionale che coinvolge una pluralità di ordinamenti. Si tratta di un fenomeno puntuale che è regolato simultaneamente e in modo differente da più sistemi giuridici: in breve, di uno stesso problema che riceve contemporanea risposta da punti di partenza assai differenti. Tale tendenziale simultaneità del fenomeno storico rende gli accordi sulla giurisdizione un istituto peculiare e suggerisce una rilevanza della comparazione ancor più marcata rispetto all'esame di istituti che esistono sì in tutti gli ordinamenti, ma non necessariamente in sincrono.

La prima impostazione, quella della teoria pura o generale, incoraggia ad immaginare in una prospettiva funzionalista l'accordo sulla giurisdizione come un ente indipendente dalle regole adottate, di volta in volta, da questo o quell'ordinamento. La comparazione, in tale ottica, tende verso la distillazione dei caratteri propri dell'istituto giuridico (per così dire, il nucleo comune), superando le difformità ed i commi, fino a coglierne il modo d'essere. Una tale prospettiva è suggestiva, in parte utile, sicuramente anacronistica, ma ha il pregio di evidenziare come si tratti dello "stesso problema", concentrandosi sul programma negoziale voluto da parti che, in fondo, non si curano delle soluzioni dei singoli ordinamenti, ma intendono indicare *il* foro competente. Ne sento l'irresistibile fascino, rappresentato dall'opportunità di liberarmi dalle ingombranti, talvolta oscure, tecnicamente complesse specificità delle singole discipline, per poter cogliere l'essenza dell'istituto.

Il tema, però, non può che essere colto anche nella sua dimensione storica, avvolta nei fumi nei quali ciascun ordinamento l'ammanta, deformato dalle lenti di questa o quella norma o decisione giudiziale. Una tale prospettiva erode l'apparente unicità del fenomeno – l'accordo delle parti – e lo cala nel *hic et nunc*. Ciò che conta non è l'accordo sulla giurisdizione come concetto astratto, ma il modo assai concreto in cui ciascun ordinamento, in un dato momento storico, lo regola, riconoscendogli o negandogli cittadinanza, limitandone gli effetti o le possibilità di applicazione. Tale seconda prospettiva esalta la dimensione applicativa dell'accordo sulla giurisdizione come entità che vive all'interno dei vari ordinamenti e si concentra sulle "risposte differenti" che ciascun sistema ha elaborato.

Stesso problema, risposte differenti, dicevo. Questa innata dimensione transnazionale fa sì che, più di altri istituti, l'accordo sulla giurisdizione tragga beneficio da un'indagine che non si limiti ad un solo ordinamento, ma si spinga in una prospettiva comparata. Ecco che, allora, la comparazione diventa un inseparabile strumento di analisi e comprensione del fenomeno, sia per amor di scienza – come ricordava Rodolfo Sacco – sia per una ricostruzione che, *de jure condito*, consenta di navigare le turbolente acque del commercio internazionale, elaborando clausole che attuino più efficacemente il programma voluto dalle parti, e *de jure condendo* permetta di individuare i punti di vicinanza e di distanza tra le varie discipline nazionali. Un istituto teso a fornire certezza e prevedibilità alla fase patologica del rapporto giuridico, ma per sua natura esposto ai venti mutevoli di ordinamenti differenti, chiede al comparatista di sottolineare in chiave applicativa quali sono i rischi residui, i margini di incertezza; di valutare quanta parte di quei

“costi di transazione” che l’accordo si proponeva di azzerare, è rimasta.

Ho parlato, poi, di convergenze e divergenze²¹. Com’è noto, pur in una stagione di progressivo avvicinamento in ampi settori del diritto²², gli ordinamenti processuali sono tra i più lenti a rispondere allo spirito dei tempi. La ragione è in parte collegata alla percezione di una natura tecnica, a tratti iniziatica, del diritto processuale e della procedura in senso stretto, dotata di territorialità e specificità più marcate del diritto materiale²³: in fondo la legge processuale è chiamata a regolare un certo processo che si svolge davanti a certi giudici nazionali. Si potrebbe sostenere che il processo in quanto tale non sia destinato ad avere rilevanza fuori dai confini dello Stato²⁴. Volendo limitarci all’oggetto d’indagine di questo lavoro, è evidente che istituti come gli accordi sulla giurisdizione – che toccano il fondamento di quella successione di poteri e atti che, ci viene insegnato, costituisce il processo – suggeriscono di non limitare la prospettiva all’angusto confine nazionale²⁵.

Ancora, la comparazione è stimolata dai molti tentativi di elaborare cornici internazionali per favorire l’uniforme attuazione degli accordi sul foro e, aspetto non secondario, il più ampio riconoscimento da parte di altri ordinamenti alle decisioni pronunciate dal giudice eletto. Ciò mira ad impedire che della disputa risolta dal giudice eletto torni a conoscere un diverso giudice e, ove necessario, che la decisione possa circolare ed essere eseguita là dove il *judgment debtor* ha dei beni.

Nel campo degli accordi sul foro si è avvertita a lungo la mancanza di un sistema paragonabile, per efficacia e successo, a quello della Convenzione di New York del 1958 sull’arbitrato commerciale internazionale. Al di là di alcuni esperimenti regionali, tra i quali spicca per importanza quello europeo che va sotto il nome di Bruxelles I, la firma di un testo condiviso dalle grandi tradizioni giuridiche si è avuta solo del 2005 e il sistema ancora non è decollato. Nonostante le difficoltà, comunque, la Convenzione dell’Aja del 2005 sugli accordi sul foro testimonia dell’affascinante tentativo di distillare, mediante un efficace uso della comparazione, una disciplina accettabile per ordinamenti processuali assai differenti. Scopo del testo è proprio rispondere alla sete di certezza degli operatori transnazionali che, altrimenti, rimangono obbligati a scegliere l’arbitrato internazionale con i suoi pregi e difetti, oppure sperare che la clausola di scelta del

²¹ R. MICHAELS, *Two paradigms*, cit. n. 5.

²² Non è del tutto chiaro se tale stagione sia tutt’ora in corso o vi sia un ritorno alla chiusura e al particolarismo, v. R. MICHAELS, *Does Brexit Spell*, cit. n. 4, p. 51.

²³ Recita il *Digesto*, *De Jurisdictione*, 2, I, 20: «*Extra territorium jus dicenti impune non paretur*».

²⁴ Ma basta pensare ai *freezing order* o alle *anti-suit injunction* o alla complessa attività di acquisizione della prova all’estero per rendersi conto di quanto limitata sia tale prospettiva. Per una bella panoramica, v. E. BENIGNI, E. D’ALESSANDRO e M. SALVADORI, *Il processo inglese fra diritti e doveri dei convenuti stranieri*, Cedam, Padova, 2016.

²⁵ Nota A. BRIGGS, *Agreements*, § 1.11: «the most pressing issue for practitioners (in both senses) of private international law is to work at the interface of these distinct schemes».

foro inserita nel contratto tenga e che altri ordinamenti diano “graziosamente” riconoscimento alla decisione emessa dal giudice eletto.

Infine, come di consueto, la comparazione può favorire fenomeni come il trapianto di istituti o, quanto meno, la contaminazione. Un trapianto si è avuto, ad esempio, quando l'Italia ha rivoluzionato le proprie regole di diritto internazionale processuale con la legge 28 maggio 1995, n. 218, ed ha incorporato sul piano interno molte delle conquiste raggiunte dalla Convenzione di Bruxelles. L'art. 4 della legge, nell'aprire finalmente al riconoscimento dell'autonomia delle parti sia in punto di proroga che di deroga della giurisdizione italiana, ha certamente tratto ispirazione dalle formule europee e dall'esperienza giurisprudenziale maturata in Italia nell'applicazione di norme assai più liberali.

Contaminazione, come già accennato, si può immaginare con ordinamenti che avvicinano il fenomeno degli accordi da prospettive del tutto differenti. Così la discrezionalità del giudice di *common law* potrebbe, non solo nel campo degli accordi sulla giurisdizione, ma in generale nel settore della giurisdizione internazionale, ammorbidire il formalismo di certe regole europee e nazionali in favore di un controllo sul contenuto legato alla giustizia del caso concreto. Al tempo stesso, la partecipazione dell'Inghilterra allo spazio giudiziario europeo – ormai tristemente destinata ad esaurirsi – ha inserito nelle CPR, ma forse non del tutto nella mentalità dei giudici, una serie di norme di chiara origine continentale che hanno efficacia vincolante, aumentando la certezza circa l'esito dell'esame di una clausola di scelta del foro da parte del giudice inglese.

Quanto all'armamentario, ben più sviluppato nella *common law*, dei rimedi disponibili per tutelare l'impegno delle parti di un accordo sul foro dai tardivi tentativi elusivi ad opera di chi si trova in difetto, la contaminazione per l'area di *civil law* è stata fino ad oggi piuttosto limitata. Ciò non toglie che la comprensione favorita dalla comparazione possa incoraggiare l'avvocatura più sensibile ad intraprendere nuove strategie fino a produrre qualche timida apertura nella giurisprudenza.

A livello metodologico il punto di partenza è la ricostruzione dell'evoluzione storica della disciplina positiva e giurisprudenziale nei vari ordinamenti. L'importanza della storia per comprendere la ragione e portata degli istituti è stata ben sottolineata altrove²⁶. Su tale base si articolerà poi l'analisi monografica di alcuni tratti della disciplina degli accordi sul foro. Ho scelto, in linea con

²⁶ Come ricorda V. VARANO, *Denti e il diritto comparato*, in RTDPC, 2019, p. 429: «la famosa frase di Maitland suona così: “History involves comparison and the English lawyer who knew nothing and cared nothing for any system but his own hardly came in sight of the idea of legal history”. F. W. Maitland, *Why the History of English Law is not Written*, in H. A. L. Fisher (Ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Cambridge, vol. 1, 1911, p. 488. Gorla usa l'espressione di Maitland per sottolineare l'importanza della storia per la comparazione, e definire quindi quest'ultima come metodo storico-comparativo: “... In questo senso va inteso il detto ‘history involves comparison’, di cui è vero anche l'inverso” (G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. diritto*, XII, Milano, 1964, p. 930, n. 5; e v. anche, in termini identici, *Il Contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, vol. I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. V s.».

l'idea di una dottrina pura, di privilegiare, nella struttura del lavoro e nel susseguirsi dei paragrafi, l'enucleazione dei caratteri fondamentali ed unitari dell'istituto in esame (validità, forma, effetti e via dicendo), per poi svolgere, all'interno delle aree così definite, l'esercizio comparativo mostrando – ad esempio – come certe tradizioni si concentrino su un certo aspetto, ma ne trascurino altri. Il tentativo è quello di spiegare le cause, anche storiche, di disparità ed assonanze e di indagare se questo dica qualcosa sul modo di essere degli ordinamenti in generale e se, a dispetto di una diversità a prima vista, scavando in profondità non si scopra una certa comunanza²⁷.

Coinvolgere due ordinamenti della tradizione di *common law* rende in parte più ardua la comparazione, se non altro per la nota difficoltà di ricostruire la disciplina degli istituti attraverso i precedenti giurisprudenziali. La complessità aumenta nel caso degli Stati Uniti, ove la necessità di comparazione richiede di distillare in una disciplina unitaria quelle che in realtà sono cinquanta risposte di altrettanti ordinamenti statali, in aggiunta alle decisioni federali che da un lato coprono ambiti assai rilevanti per la *international litigation*, come l'intera giurisdizione marittima di *admiralty*, e dall'altra fungono spesso da pietra angolare e da sintesi per le decisioni adottate dai singoli stati.

Analogamente vi sono aree nelle quali occorrono cautele e premesse quali, per nominarne una, la definizione di ciò che i vari ordinamenti considerano sostanziale o processuale. Il punto non solo riproduce una delle classiche zone grigie della comparazione ma, nel caso degli Stati Uniti, impone, quantomeno, di menzionare l'esistenza di un problema di federalismo e l'elaborazione della c.d. "dottrina *Erie*". Ciò consente di spiegare perché, pur considerando gli accordi sul foro senza dubbio come patti sostanziali, certe decisioni americane li qualificano come *procedural* al mero fine di attrarli nell'ambito d'applicazione del diritto federale²⁸. Di questi ed altri profili cercherò di dare conto adeguatamente nel corso della trattazione.

4. La giurisdizione internazionale degli Stati: dalla chiusura del protezionismo alla volontà di coordinamento

Non è particolarmente utile ai presenti fini marcare le linee del dibattito tra strutturalisti e funzionalisti nella definizione della giurisdizione, così come soffermarsi troppo sul significato del termine²⁹ e condivido la cautela di chi vede

²⁷ Afferma R. MICHAELS, *Two paradigms*, cit. n. 5, p. 1011: «by and large Americans and Europeans pursue similar goals with their laws on jurisdiction, and still each side is deeply critical of the methods the other side employs to reach those goals».

²⁸ V. *infra* Capitolo III, par. 8.

²⁹ Si v. C. MANDRIOLI, *Giurisdizione (in generale)*, in *Digesto*, IV ed., sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 127 ss.

nella giurisdizione un fenomeno difficilmente riducibile ad un'unica essenza³⁰.

Poiché il termine compare nel titolo del lavoro, tuttavia, è utile tentare qui di darne una definizione descrittiva dal punto di vista del nostro ordinamento sottolineando i caratteri che sono stati, a più riprese e da molti autori, evidenziati e criticati: con giurisdizione mi riferisco, allora, sia alla funzione che alla struttura, e cioè a quella particolare sfera di potere statale, ossia di sovranità³¹, che risponde alla pretesa, ossia alla domanda, dei soggetti, spesso garantita dalla *Grundnorm*, di ottenere tutela³² effettiva³³ dei propri diritti ad opera di un soggetto terzo e imparziale e con attitudine del provvedimento finale all'incontrovertibilità propria della cosa giudicata³⁴; pretesa alla quale risponde l'ordinamento giudiziario dello stato nel suo complesso.

Pur descrittivo, non si tratta di un mero esercizio di stile, poiché potremmo dire che se il suo oggetto non riveste i caratteri sopra indicati, l'accordo non riguarda la giurisdizione. Così, se la proroga attribuisce la cognizione ad un collegio di privati, si entra nel campo dell'arbitrato e si esce dal perimetro del presente lavoro; se attribuisce la cognizione esclusiva ad un ente amministrativo,

³⁰ Mi paiono di questo avviso, tra gli altri, C. MANDRIOLI, *Giurisdizione*, cit. n. 29, p. 128 ss.; S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. diritto*, XIX, Milano, 1970, p. 218; E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, ora in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, I, Milano, 1962, p. 227.

³¹ F.A. MANN, *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years*, in *Recueil des cours*, 1984-III, t. 186, p. 20; V. H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation*, p. 137 ss.; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 126, preferisce parlare di "funzione" piuttosto che di "potere". Non sarebbe d'accordo S. SATTA, *Giurisdizione*, cit. n. 30, pp. 223-24, che critica anche la personificazione dello Stato (e qui mi trova d'accordo), facendo riferimento al concetto di organizzazione della *societas*, ma finisce poi per risolvere la giuridicità dell'ordinamento proprio nella giurisdizione.

³² Individua, quale tratto caratterizzante della giurisdizione, la «esigenza di tutela» in particolare C. MANDRIOLI, *Giurisdizione*, cit. n. 29, p. 133 ss., per il quale il nucleo essenziale dell'attività è rappresentato dalla correlazione tra interesse ad agire e accertamento idoneo alla determinazione del giudicato.

³³ Cfr. N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 195; L. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Cedam, Padova, 1970, p. 154 ss. Dopo sessant'anni di opera delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, oggi potrei spingermi sino a sostenere che la parte chieda al giudice «un rimedio giurisdizionale effettivo», cfr. N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 221 ss. e 19 ss.; S. SATTA, *Giurisdizione*, cit. n. 30, p. 219, avrebbe forse aggiunto l'aggettivo "giusta" (ossia giusta tutela dei diritti), anche se ci si può chiedere se la giustizia – concetto assai sfuggente – stia nel diritto sostanziale, nel processo, o in entrambi; e in quest'ultimo caso se vi stia allo stesso modo o in modi diversi. Satta non mostra dubbi: «essendo la legge astratta, è assolutamente impossibile (sul piano giuridico) parlare di giustizia per la legge, in quanto la giustizia si realizza nel concreto, e ha un senso solo nel concreto».

³⁴ Cfr. E. ALLORIO, *Nuove riflessioni in tema di giurisdizione e di giudicato*, in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, p. 148 ss. e ID., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, Ivi, p. 16 ss.; C. MANDRIOLI, *Giurisdizione*, cit. n. 29, p. 131 ss.

potrebbe essere invalido³⁵. Ancora, se il foro prorogato non offre *ex ante* garanzie di tutela effettiva, l'accordo potrebbe rimanere inefficace³⁶; se non le offre *ex post*, ciò potrebbe avere conseguenze sull'idoneità della decisione a circolare³⁷.

Non occorre addentrarsi oltre nel tentare di definire la giurisdizione poiché questo lavoro si ferma alle soglie del processo, ossia alla verifica se per effetto dell'accordo tra le parti il giudice può o deve esercitare il proprio potere, ovvero astenersi dal giudicare. Né mi pare necessario interrogarmi se esistano altri tipi di giurisdizione, ad esempio speciale³⁸ o non statutale, o ancora, per usare una terminologia risalente, degli equivalenti giurisdizionali³⁹. Come già avvertito, il campo d'indagine è dato da quegli accordi che si propongono di interagire proprio con la giurisdizione dello stato nel campo civile e, soprattutto, in quello commerciale.

È sicuramente utile evidenziare le diverse concezioni che connotano la giurisdizione quale *species* di processo⁴⁰ ed in particolare al diverso rilievo che queste danno alla dimensione pubblicistica ed a quella privatistica della funzione giurisdizionale⁴¹. La risposta al quesito circa quale interesse sia servito dal processo ha un risvolto quasi immediato sul tema del rapporto tra giurisdizione e autonomia privata. Ritenere che la giurisdizione rappresenti l'esercizio di un potere e sia attuazione di un interesse pubblico, come ad esempio l'interesse all'at-

³⁵ V. *infra* Capitolo IV, par. 7.

³⁶ Ivi.

³⁷ V. *infra* Capitolo VI, par. 5.

³⁸ V. *supra* alla n. 1 la precisazione di Mario Giuliano.

³⁹ F. CARNELUTTI, *Sistema*, cit. n. 20, p. 158 ss.

⁴⁰ Ivi, p. 132. Questo ammesso che del processo possa parlarsi in chiave unitaria. Oltre ai diversi tipi processo a seconda della tutela richiesta (*rectius*, dell'azione promossa) e ai diversi modi di essere della giurisdizione, mi sembra suggestiva la ricostruzione delle quattro "anime" del processo che fa Nicolò Trocker, nella sua opera sulla teoria generale del processo, ancora non pubblicata e che ho avuto il privilegio di studiare: processo come strumento di tutela delle posizioni giuridiche sostanziali; processo come struttura formale; processo come giudizio; e processo e strumenti alternativi. Vale, in generale, l'osservazione di P. BIAVATI, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *RTDPC*, 2018, p. 1337: «l'adattamento delle categorie del processo è conseguenza, in primo luogo, delle dinamiche culturali, economiche, sociali e tecnologiche».

⁴¹ Così si interroga P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *RDP*, 1939, I, p. 23: «Ridotta al suo nucleo centrale, la polemica può riassumersi in questo dilemma: si deve vedere nel processo civile un servizio che lo Stato rende al cittadino, fornendogli il mezzo per attuare il suo diritto soggettivo, ovvero un servizio che il cittadino rende allo Stato, fornendogli l'occasione per attuare il diritto oggettivo?». Cfr. S. SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *RDP*, 1937, I, p. 32 ss., il quale rintraccia l'origine della concezione pubblicistica di certa, assai importante, dottrina del '900 nel pensiero di Giuseppe Chiovenda e nella scissione da lui operata tra azione, quale diritto soggettivo a carattere privato, e rapporto processuale (elemento pubblicistico), cosa che secondo Satta induce la dottrina successiva ad identificare lo scopo del processo con il suo modo di essere (giusto e basato sull'applicazione del diritto) e a confondere il mezzo (processo) con il fine (tutela del diritto del privato), il come con il perché.

tuazione della legge⁴², alla composizione della lite⁴³ o all'attuazione delle sanzioni⁴⁴, porta con sé un tendenziale sfavore nei confronti della pretesa dei privati di interferire con l'esercizio di una tale prerogativa⁴⁵.

Viceversa, laddove si consideri la giurisdizione un servizio fornito all'utente⁴⁶, il quale chiede un'aggiudicazione ad opera di un terzo imparziale e, se del caso, l'assistenza del monopolio statale nell'uso della forza per superare la ben nota "crisi di cooperazione" e rendere effettivi i diritti dei quali gode sul piano sostanziale⁴⁷, sarà più facile ipotizzare che egli possa scegliere a quale servizio rivolgersi per risolvere la controversia in un regime di concorrenza e (parziale) fungibilità tra ordinamenti⁴⁸.

La disciplina degli accordi sulla giurisdizione, dunque, risente profondamente della valutazione politica, pre-giuridica, circa la natura e lo scopo dell'attività giurisdizionale.

⁴² Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1933, pp. 17 ss. e 40: «ponendo lo scopo del processo nell'attuazione della volontà della legge, si esclude ch'esso possa porsi nella difesa del diritto soggettivo» (corsivo nell'originale).

⁴³ F. CARNELUTTI, *Sistema*, cit. n. 20, pp. 72-74, in primo luogo specifica che la distinzione pubblico/privato è «tormentata», poiché «non v'è alcuna norma giuridica, la quale non abbia per fine la *reipublicae utilitas*», e poi – pur nella distinzione da lui recuperata – propende per una qualificazione pubblicistica del processo per «la posizione preminente che vi è attribuita agli ufficiali del processo ..., il cui prototipo è il giudice»; e ancora, è «tale[, cioè di carattere pubblico], fra altro, la norma che concede alla parte l'azione, poiché vedremo che qui l'interesse protetto è tipicamente un interesse pubblico». L'A., però, proprio sulla *deroga* conclude che «la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico è assai meno assoluta di quel che pare e ..., [nel] diritto processuale, elementi privatistici e pubblicistici si intrecciano con frequenza». Ivi, p. 75. V. anche la ricostruzione dell'interesse e della funzione processuale in chiave pubblicistica, Ivi, p. 214 ss. Sul pensiero di Carnelutti come espresso nel *Sistema*, v. anche le pagine di E. ALLORIO, *Il "sistema" di F. Carnelutti*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, p. 64 ss.

⁴⁴ E. REDENTI, *Intorno al concetto*, cit. n. 30, p. 227 ss.

⁴⁵ Cfr. G. MORELLI, *Sulla validità della clausola di deroga alla giurisdizione italiana*, in *Studi*, p. 133: «Ora è certo che, se lo Stato considera rilevante per sé una data lite, considera, cioè, come suo interesse la composizione di essa, non può ammettersi che l'attuazione di questo interesse pubblico rimanga paralizzata dalla volontà privata, diretta ad escludere che la composizione della lite rilevante per lo Stato abbia luogo».

⁴⁶ H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation*, p. 140 ss.

⁴⁷ Per S. SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici*, cit. n. 41, p. 49: «La tutela degli interessi di parte è il solo elemento essenziale del processo, punto di partenza e punto di arrivo».

⁴⁸ Si pensi non solo all'orgoglio e alla competenza con i quali da sempre le corti inglesi si pongono come piazza privilegiata per contenziosi in materia assicurativa, marittima e finanziaria, ma anche alle corti specializzate nel contenzioso internazionale recentemente istituite a Parigi, Francoforte ed Amsterdam, ove è possibile litigare interamente in inglese, senza necessità di interpreti o di traduzione dei documenti, sulle quali offre alcune riflessioni R. CAPONI, *Corti commerciali internazionali ovvero corti internazionali d'impresa*, in *FI*, V, 2018, 10, p. 297. Direi, poi, che la tendenziale fungibilità non è solo tra ordinamenti, ma è anche interna tra opzione giurisdizionale e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie.

Non è peraltro sufficiente che mutino in senso privatistico la natura e la funzione del processo all'interno, ma parallelamente deve cambiare anche il significato che l'ordinamento dà all'attività giurisdizionale straniera. Un sistema che propugni l'irrilevanza giuridica del processo e della decisione stranieri, relegandoli a meri fatti giuridici, non può che considerare l'accordo di deroga un'inammissibile rinuncia preventiva al diritto di chiedere giustizia. Ciò non avviene, invece, se il procedimento straniero produce effetti giuridici – diretti o indiretti – nell'ordinamento, sia mentre pende, che, soprattutto, quando giunge alla decisione⁴⁹. Si tratta di concezioni che, pur con premesse e conseguenze dallo squisito sapore tecnico, ancora una volta risentono non poco dello spirito dei tempi e del pensiero politico di chi esamina il fenomeno⁵⁰.

Occorre, poi, fare un cenno al tema dei limiti della giurisdizione internazionale. Concordo con le voci pressoché unanimi di chi si è occupato del tema che il diritto internazionale pubblico non pone di per sé dei limiti all'estensione extra-territoriale della giurisdizione degli stati⁵¹, i quali sono ancora oggi da considerarsi, in linea di principio, ordinamenti originari e fra loro indipendenti⁵².

⁴⁹ Si v. sul punto, a metà anni '90, lo sguardo ancora critico di E. RICCI, *Il nuovo diritto processuale internazionale di fronte alla Costituzione*, in RDP, 1997, p. 308. Sul tema tornerò *infra* Capitolo VI, par. 5 e nelle Riflessioni conclusive.

⁵⁰ Lo spiega bene P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit. n. 41, pp. 23-24.

⁵¹ Ma si tenga presente la lucida osservazione di M.R. FERRARESE, "Gli Stati, i governi: poteri residuali?", in *Teoria politica. Nuova serie Annali* [Online], 7/2017, pp. 183-84 «Quando parliamo degli Stati mi riferisco a complesse organizzazioni che hanno avuto storie e svolto funzioni molto diverse tra loro nel tempo e nello spazio mostrando dati di notevole plasticità. Gli Stati non nascono tutti uguali, né rimangono inalterati nel tempo: nascono in diversi ambienti e circostanze, e non sono entità monolitiche, coerenti e sempre uguali a sé stesse, ma piuttosto formazioni istituzionali intrise di storia, che hanno attraversato varie crisi e fatto spazio a funzioni e tendenze diverse». Ragiona sul rapporto, indebolito, tra giurisdizione e territorio P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997.

⁵² F.A. MANN, *The Doctrine of International Jurisdiction*, cit. n. 31, p. 31; F. VISCHER, *General Course on Private International Law*, in *Recueil des cours*, 1992, t. 232, p. 201. P. DE VAREILLES SOMMIERES, *La compétence internationale del État*, LGDJ, Paris, 1997, p. 10 ss. Cfr. anche G. MORELLI, *I limiti di applicabilità del protocollo di Ginevra sulle clausole di arbitrato*, in *Studi*, p. 146; M. GIULIANO, *La giurisdizione civile*, pp. 7-8, il quale ricorda l'affare del *vapore Lotus*. V. anche F. CARNELUTTI, *Clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana*, in *Studi di diritto processuale*, I, Cedam, Padova, 1925, p. 166 e ID., *Limiti della giurisdizione*, cit. n. 1, p. 218 ss.

C. GHIRARDINI, *La litispendenza nel diritto processuale civile internazionale*, in RDI, 1907, pp. 248-49, che pure negava l'esistenza di una «vera e propria norma internazionale», parlava di un dovere dello Stato che «discende da una necessità degli odierni rapporti internazionali e della armonica coesistenza dei vari Stati»; in termini non troppo distanti anche M. MARINONI, *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, in RDI, 1913, p. 346 ss., che pare muovere dall'esistenza di un «obbligo giuridico internazionale» e dalla «necessità ... pratica di non disconoscere gli altri ordinamenti giuridici statuali», pur ritenendo ciascuno Stato libero nel fissare contenuto e limiti di tale riconoscimento. Ivi, pp. 452-53, 487, n. 1, e 492 ss. V. anche M. MARINONI, *L'universalità dell'ordine giuridico statale*, in *Riv. dir. pubb.*, 1916, I, spec. p. 236 ss. Mi è ben presente la critica

Nonostante i numerosi e stratificati tentativi internazionali o regionali di coordinamento, più o meno riusciti, mi pare che ogni stato continui ad essere sovrano nella definizione dei fatti, atti e rapporti che sono inclusi nella propria sfera prescrittiva (*jurisdiction to prescribe*), per lo più a matrice legislativa, e nell'attività di cognizione della giurisdizione (*jurisdiction to adjudicate*)⁵³.

Il diritto internazionale pubblico, d'altro canto, limita certamente l'esercizio extra territoriale del potere esecutivo, giudiziario-coattivo ed amministrativo, ossia l'esercizio non astratto, ma concreto e materiale del potere sul territorio altrui (la c.d. *jurisdiction to enforce*)⁵⁴. Si tratta dell'opposizione di attività che sono riconducibili, rispettivamente, alle categorie della *iurisdiction* e dell'*imperium*⁵⁵, l'una potenzialmente illimitata, l'altra costretta nei limiti di un territorio sul quale può essere legittimamente espresso un potere materiale.

Ciò si accompagna di pari passo alla consapevolezza che, di base, non esiste un dovere per gli stati di prendere in considerazione, reciprocamente, norme e giurisdizione altrui⁵⁶; né, tanto meno, esistono obblighi (se non volontariamente

di G. BALLADORE PALLIERI, *I limiti di efficacia dell'ordinamento italiano*, in *Jus*, 1940, p. 25, e ID., *L'universalità dell'ordinamento dello Stato*, in *Jus*, 1950, p. 24, che si chiedeva «Quale problema è più sterile ed inutile di questo, della universalità dell'ordinamento dello Stato?». Una tale invettiva mi pare, da un lato, da contestualizzare storicamente e, dall'altro, forse eccessivamente severa. Infine, questione diversa da quella trattata nel testo è rappresentata dai limiti soggettivi alla giurisdizione, come nel caso delle regole sull'immunità dei rappresentanti diplomatici o degli stati, cfr. M. GIULIANO, *La giurisdizione civile*, p. 237 ss.

⁵³ G. MORELLI, *Diritto processuale*, p. 87 ss. I. QUEIROLO, *Gli accordi*, pp. 15-24, parla – a ragione – della percezione di inopportunità di taluni criteri di collegamento particolarmente esorbitanti, pur sottolineando come non si possano ritenere illegittimi alla luce del diritto internazionale, nemmeno in ossequio a principi di ragionevolezza o minimo collegamento che, mentre possono far parte di esperienze nazionali, non costituiscono principi fondamentali del diritto internazionale. Secondo F. CARNELUTTI, *Limiti*, cit. n. 1, pp. 218-19: «non vi sono limiti logici alla giurisdizione» e «per il modo in cui si esercita, il potere giurisdizionale è del tutto indipendente dallo spazio come dal tempo», anche se il limite può essere ovviamente «opportuno» e stabilito dalla legge. Dello stesso A. vedi anche il *Sistema*, cit. n. 20, p. 155 ss. Cfr. anche A. ATTARDI, *Della giurisdizione e della competenza in generale*, in *Commentario del codice di procedura civile* (diretto da E. ALLORIO), I, 1, Torino, 1973, p. 13.

⁵⁴ M. GIULIANO, *La giurisdizione civile*, p. 7, parla del «divieto di penetrare e agire *materialmente* – attraverso i propri agenti, come tali e in quanto tali – nella cerchia spaziale soggetta alla c.d. sovranità territoriale di altro Stato». V. anche M. GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, I, *L'ambiente dell'attività degli Stati*, Cedam, Padova, 1956, pp. 44-226. Così anche F. CARNELUTTI, *Limiti*, cit. n. 1, p. 219. Sul piano dei concetti interni, secondo F. CARNELUTTI, *Sistema*, cit. n. 20, p. 132, «è processo, ma non giurisdizione la esecuzione forzata». V. però il convincente approfondimento critico di Mandrioli, *Giurisdizione*, cit. n. 29, pp. 139-42 che mette in luce i punti di contatto e i punti di divergenza tra la giurisdizione di cognizione ed esecuzione forzata; ancora più netto nella critica, S. SATTA, *Giurisdizione*, cit. n. 30, p. 227.

⁵⁵ Nell'accezione medievale e non in quella romanistica, v. L. BOVE, *Imperium*, in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Utet, 1962, p. 209.

⁵⁶ F. VISCHER, *General course*, cit. n. 52, p. 203. Rimane lucida l'affermazione della Corte Suprema statunitense in *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163-64 (1895): «No law has any effect, of its