

Una controversia relativa alla Convenzione di Lugano giunge innanzi alla Corte internazionale di giustizia. (*)

di

Fabrizio Marongiu Buonaiuti

Mezzo secolo dopo la sentenza *Boll* (28 novembre 1958, *Affaire relative à l'application de la Convention del 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas c. Suède)*, C.I.J. Recueil, 1958, p. 55 ss.), la Corte internazionale di giustizia è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi su di una controversia tra due Stati riguardante l'applicazione di una convenzione di diritto internazionale privato e processuale.

La controversia sottoposta al giudizio della Corte da parte del Belgio nei confronti della Svizzera con una domanda presentata il 21 dicembre 2009 (<http://www.icj-cij.org>) riguarda infatti l'applicazione della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, la quale ha esteso ai paesi membri dell'Area europea di libero scambio (AELE-EFTA) la disciplina uniforme già introdotta in materia tra gli Stati membri della Comunità europea tramite la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968. La disciplina contenuta in quest'ultima Convenzione, come è noto, si trova ora riformulata, con diverse modificazioni, nel regolamento n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 ("Bruxelles I"), alla cui entrata in vigore ha fatto seguito la conclusione di una nuova Convenzione, stipulata a Lugano il 30 ottobre 2007 (*G.U.U.E.*, 21 dicembre 2007, L 339, p. 3 ss.; v. *La Convention de Lugano. Passé, présent et devenir*, a cura di Bonomi, Cashin Ritaine e Romano, Zürich, 2007), avente lo scopo di allineare la disciplina applicabile nei rapporti con gli Stati EFTA a quella contenuta nel regolamento. Questa seconda Convenzione, che è stata stipulata dalla Comunità europea a seguito del parere nel quale la Corte di giustizia le ha riconosciuto competenza esclusiva in proposito (parere 1/03 del 7 febbraio 2006, in *Raccolta*, 2006, p. I-1145 ss., v., tra gli altri, FRANZINA, *Le condizioni di applicabilità del regolamento (CE) n. 44/2001 alla luce del parere 1/03 della Corte di giustizia*, *Rivista*, 2006, p. 948 ss.; LAVRANOS, *Opinion 1/03, Lugano Convention*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 1087 ss.; CANNIZZARO, *Le relazioni esterne della Comunità: verso un nuovo paradigma unitario?*, *Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 223 ss., spec. p. 224 ss.; ROSSI, *Conclusione di accordi internazionali e coerenza del sistema: l'esclusività della competenza comunitaria*, *Rivista*, 2007, p. 1008 ss., spec. p. 1012 ss.), è entrata in vigore il 1° gennaio 2010 tra la Comunità (*rectius*, a seguito

(*) Scritto destinato alla pubblicazione nella *Rivista di diritto internazionale*, 2010, fasc. 2.

dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione), la Danimarca e la Norvegia, mentre ancora deve essere ratificata dalla Svizzera (si veda il sito dell'Ufficio federale di giustizia svizzero <http://www.bj.admin.ch>). Trattandosi di accordo concluso dall'Unione, la nuova Convenzione entra a fare parte del suo diritto e, come tale, può formare oggetto di questioni pregiudiziali attinenti alla sua interpretazione sottoposte dai giudici degli Stati membri alla Corte di giustizia (come riconosciuto nel preambolo del Protocollo n. 2 alla Convenzione, terzo considerando). Tale facoltà non potrà evidentemente estendersi ai giudici degli Stati contraenti non membri, i cui governi potranno nondimeno presentare osservazioni alla Corte nell'ambito dei procedimenti concernenti la sua interpretazione (art. 2 del Protocollo n. 2 alla Convenzione; v. commenti di HESS e VLEK, *Private International Law Dispute Before the ICJ (Belgium v. Switzerland on the Interpretation and Application of the Lugano Convention)*, <http://www.conflictoflaws.net>).

Non disponendo, invece, la Corte di giustizia dell'Unione europea di alcuna competenza con riferimento all'interpretazione della Convenzione di Lugano del 1988, il Protocollo n. 2 a tale Convenzione (*G.U.C.E.*, 28 luglio 1990, C 189, p. 25 ss.) prevede unicamente un meccanismo di scambio di informazioni tra gli Stati contraenti con riferimento alla giurisprudenza dei rispettivi giudici di ultima istanza oltreché l'obbligo di tenere conto della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle corrispondenti disposizioni della Convenzione di Bruxelles (v. DUINTJER TEBBENS, *Judicial Interpretation of the 1988 Lugano Convention on Jurisdiction and Judgments in the Light of its Brussels Matrix: the Convergence Confirmed*, *Yearbook of Private Int. Law*, 2001, p. 1 ss.). L'apposito comitato permanente istituito dal Protocollo n. 2 alla Convenzione svolge in proposito unicamente un ruolo di coordinamento del previsto scambio di informazioni, non assortito da alcuna competenza a pronunciarsi sull'interpretazione della Convenzione (v. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. I, Berne, 1996, p. 238 s.) e pertanto, come condivisibilmente rilevato dal Belgio nella domanda, non può qualificarsi alla stregua di un meccanismo di risoluzione delle controversie relative all'applicazione della Convenzione la cui previsione sia suscettibile di condizionare la ricevibilità della domanda proposta alla Corte internazionale di giustizia. La giurisdizione di quest'ultima, nella specie, trova fondamento nell'art. 36 dello Statuto, con riferimento alle dichiarazioni unilaterali di accettazione della giurisdizione della Corte presentate dai due Stati.

La domanda presentata dal Belgio nei confronti della Svizzera riguarda essenzialmente il mancato rispetto da parte di quest'ultima degli obblighi derivanti dalla Convenzione di Lugano, a causa del rifiuto dei giudici svizzeri e, in particolare, del Tribunale federale quale giudice di ultima istanza, di fare applicazione delle disposizioni contenute in tale Convenzione in materia di litispendenza e di connessione internazionale e di riconoscimento delle decisioni emesse negli altri Stati contraenti. La domanda, nei termini in cui è concepita, comporta inevitabilmente l'onere per la

Corte internazionale di giustizia di addentrarsi in non agevoli questioni di interpretazione della Convenzione di Lugano, apparendo, come ci si propone di evidenziare, l'applicabilità nel caso di specie della Convenzione, e, in particolare, delle sue disposizioni in materia di litispendenza e di connessione internazionale e, sebbene in misura minore, di riconoscimento delle decisioni, tutt'altro che pacifica.

Nella fattispecie, a seguito del procedimento ormai concluso di fallimento della compagnia aerea belga Sabena della quale figuravano tra i principali azionisti la compagnia aerea svizzera Swissair (poi ridenominata SAirGroup) e una sua filiale (denominata SAirLines), si è in presenza, dapprima, di un procedimento tuttora pendente innanzi ai giudici belgi, promosso dallo Stato belga e da tre società belghe da esso interamente controllate nei confronti delle due società svizzere, volto ad ottenere l'accertamento della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale di queste ultime per il dissesto della Sabena e la condanna al risarcimento dei danni sofferti dagli azionisti belgi per effetto della condotta posta in essere dalle società svizzere.

Successivamente all'introduzione della domanda innanzi ai giudici belgi, la cui competenza giurisdizionale trova fondamento, per quanto attiene alla responsabilità contrattuale, in una clausola di elezione di foro contenuta nei contratti conclusi tra le parti conformemente all'art. 17 della Convenzione di Lugano e, per quanto attiene alla responsabilità extracontrattuale, nell'art. 5 n. 3 della Convenzione stessa, le società svizzere avevano presentato domanda di ottenere una dilazione concordataria ai sensi delle pertinenti disposizioni della legge federale svizzera sull'esecuzione e sul fallimento (LEF) dell'11 aprile 1889 (in *Raccolta sistematica del diritto federale*, 281.1, consultabile <http://www.admin.ch/ch/i/rs/rs.html>) innanzi al Tribunale di Zurigo. Gli azionisti belgi avevano chiesto l'insinuazione dei loro crediti al passivo nell'ambito della procedura concorsuale radicata in tal modo innanzi ai giudici svizzeri, dichiarando che i crediti da essi vantati formavano oggetto di una domanda anteriormente introdotta dagli stessi innanzi ai giudici belgi. A seguito delle decisioni dei liquidatori delle procedure aperte per la liquidazione delle due società svizzere di rigettare i crediti fatti valere dagli azionisti belgi rifiutando in entrambi i casi di attendere la conclusione del procedimento pendente in Belgio, gli azionisti belgi hanno avviato due procedimenti distinti innanzi al Tribunale di Zurigo per vedere riconoscere il loro diritto di partecipare alla ripartizione dell'attivo delle società svizzere.

Nel primo procedimento, gli azionisti belgi hanno invocato l'applicazione dell'art. 63 del regolamento federale concernente l'amministrazione degli uffici dei fallimenti del 13 luglio 1911 (in *Raccolta sistematica del diritto federale*, 281.32), il quale prevede che i crediti che formano oggetto di azioni giudiziarie già pendenti al momento dell'apertura della procedura concorsuale debbano essere registrati nella graduatoria soltanto *pro memoria*, fintantochè l'azione giudiziaria non sia conclusa. A seguito del rigetto della domanda sia da parte del Bezirksgericht di Zurigo sia,

in appello, da parte dell'Obergericht cantonale, gli azionisti belgi si sono rivolti al Tribunale federale, il quale, con sentenza del 23 aprile 2007 (*Arrêts du Tribunal Fédéral*, vol. 133, III, p. 386 ss.), ha rigettato il ricorso, ritenendo inapplicabile la disposizione invocata dai ricorrenti nel caso in cui, come nella specie, i crediti fatti valere formino oggetto di un processo pendente innanzi a un giudice straniero. Il Tribunale federale ha motivato la conclusione raggiunta sulla base dell'assenza di disposizioni tanto di natura convenzionale quanto di diritto federale che imponessero al giudice svizzero di derogare al principio di territorialità che presiede alla disciplina del fallimento al fine di tenere conto del processo pendente innanzi ad un giudice straniero.

In particolare, ad avviso del Tribunale federale, non avrebbero potuto trovare applicazione le disposizioni della Convenzione di Lugano in quanto il suo art. 1, par. 2, n. 2 esclude dall'ambito di applicazione della Convenzione i fallimenti, i concordati e le procedure affini, tra le quali, secondo l'interpretazione prevalente, rientrerebbe l'azione di contestazione della graduatoria esperita dagli azionisti belgi ai sensi dell'art. 250 della LEF. Il Tribunale federale, senza pronunciarsi espressamente in ordine a quale delle due soluzioni debba ritenersi preferibile, non manca di dare conto anche di una discutibile ricostruzione alternativa prospettata in dottrina, secondo cui, pur rientrando un tale tipo di azione nell'ambito di applicazione della Convenzione, essa formerebbe oggetto del criterio di competenza giurisdizionale esclusiva di cui all'art. 16 n. 5 di quest'ultima, in base al quale in materia di esecuzione delle sentenze hanno competenza esclusiva i giudici del luogo dell'esecuzione, ciò che comporterebbe la non riconoscibilità di una sentenza emessa in materia da un giudice di un diverso Stato contraente. Con riferimento all'eventuale applicabilità di altre fonti, il Tribunale federale ha affermato che un'esclusione analoga a quella prevista dalla Convenzione di Lugano opererebbe anche per la Convenzione del 29 aprile 1959 tra il Belgio e la Svizzera per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali, né potrebbero applicarsi le disposizioni relative al fallimento e al concordato contenute nella legge federale sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987, la quale, agli articoli 166 e seguenti, disciplina unicamente il riconoscimento in Svizzera di decreti stranieri di fallimento. La stessa legge disciplina, peraltro, a titolo residuale, agli articoli 25 ss., il riconoscimento delle decisioni civili straniere (v. GEHRI, KOSTKIEWICZ, *Anerkennung ausländischer Insolvenzscheide in der Schweiz – ein neuer Réduit National?*, *Schweizerische Zeitschrift für int. und europäisches Recht*, 2009, p. 193 ss., spec. p. 198 ss.).

Non miglior sorte ha avuto il secondo procedimento esperito dagli azionisti belgi, nel quale era stata invocata innanzi al Bezirksgericht di Zurigo la sospensione della procedura concorsuale in base ad una disposizione del diritto cantonale, nella specie il par. 53 a) della *Zivilprozessordnung* del Cantone di Zurigo, il quale prevede in termini piuttosto ampi che il processo possa essere sospeso quando sussistano ragioni sufficienti (*aus zureichenden Gründen*). La sospensione era stata

in questo caso concessa dal Bezirksgericht di Zurigo, con decisione confermata sia dall'Obergericht sia dal Kassationsgericht cantonale, ritenendosi che la pendenza del processo in Belgio relativamente alla sussistenza dei crediti vantati dagli azionisti belgi costituisse un motivo sufficiente per disporre la sospensione ai sensi della disposizione invocata. Il Tribunale federale, investito del caso su ricorso dei liquidatori della società svizzera SAirLines, ha annullato con sentenza del 30 settembre 2008 (*Arrêts du Tribunal Fédéral*, vol. 135, III, p. 127 ss.) la decisione del Kassationsgericht cantonale, affermando, in primo luogo, l'inapplicabilità della disciplina in materia di connessione internazionale contenuta nell'art. 22 della Convenzione di Lugano, dal momento che questa presuppone al fine della propria applicazione che entrambi i procedimenti pendenti rientrino nel campo di applicazione della Convenzione, ciò che relativamente all'azione di contestazione della graduatoria ai sensi dell'art. 250 della LEF appariva doversi escludere secondo l'interpretazione prevalente, alla luce di quanto osservato anche nella precedente sentenza del 23 aprile 2007 sopra menzionata.

In secondo luogo, per quanto attiene alla legittimità della decisione dei giudici di Zurigo di sospendere il processo in base alle disposizioni del diritto cantonale, il Tribunale federale ha osservato essenzialmente che, se pur debba ammettersi, secondo l'interpretazione prevalente, che ai fini dell'applicazione del par. 53 a) della *Zivilprozessordnung* del Cantone di Zurigo in un caso come quello di specie non sia necessario che il processo pendente all'estero si concluda con una decisione formalmente riconoscibile in Svizzera, essendo sufficiente in proposito che dall'esito del processo pendente possano essere desunti degli elementi rilevanti al fine della decisione della controversia nel foro, ciò nondimeno la sospensione debba essere concessa solo in circostanze eccezionali e nel rispetto delle disposizioni del diritto federale. Nella specie, il Tribunale federale ha ritenuto sussistente un contrasto con l'art. 250, par. 3, della LEF, il quale prevede che l'azione di contestazione della graduatoria, che era stata proposta dagli azionisti belgi, debba svolgersi con procedura accelerata. In proposito, pur negando che da tale previsione discenda una generale esclusione della ammissibilità della sospensione di un procedimento di tale natura, il Tribunale federale ha ritenuto che la pendenza all'estero di un processo ordinario sull'esistenza dei crediti vantati non costituisca un giustificato motivo per sospendere la procedura concorsuale alla luce dell'obiettivo prevalente della celerità del procedimento, che ha indicato come rispondente anche ai principi del giusto processo fatti propri dall'art. 29 della Costituzione federale. Ciò in quanto, come osservato dal Tribunale federale già nella precedente sentenza del 23 aprile 2007 (cit., punto 4.3.3 della motivazione), la decisione conclusiva del processo straniero, anche ove fosse riconoscibile in Svizzera, proprio perché comportante un mero accertamento dell'esistenza dei crediti vantati, non potrebbe produrre effetti corrispondenti alla decisione del giudice svizzero sull'azione di

contestazione della graduatoria (*Kollokationsurteil*), la quale comporta il concreto inserimento o meno nonché la determinazione del grado dei crediti nello stato passivo del fallimento.

A fronte delle vicende processuali che si sono tratteggiate e, in particolare, delle conclusioni raggiunte dal Tribunale federale svizzero nelle due sentenze del 23 aprile 2007 e del 30 settembre 2008 delle quali si sono riassunte le motivazioni, la domanda del Belgio nei confronti della Svizzera si presenta articolata in tre punti principali. Il primo punto attiene alla violazione delle regole della Convenzione di Lugano attinenti al riconoscimento delle decisioni emesse in un altro Stato contraente, dolendosi in proposito il Belgio che i giudici svizzeri abbiano erroneamente interpretato le norme che delimitano l'ambito di applicazione materiale della Convenzione per giungere alla conclusione che essa non avrebbe potuto applicarsi al riconoscimento della sentenza che sarebbe stata emessa dai giudici belgi.

In proposito, la doglianza sembra da ritenere almeno in parte fondata, per quanto attiene all'interpretazione delle dette norme, pur restandone dubbia la concreta applicabilità nel caso di specie. Per un verso, infatti, la sentenza del Tribunale federale del 23 aprile 2007 appare certamente viziata da un errore di prospettiva nella parte in cui, al fine di decidere se la decisione da emanarsi in esito al processo pendente in Belgio potesse considerarsi riconoscibile in base alla convenzione di Lugano, ha attribuito rilevanza non già al prevedibile oggetto della decisione in quanto tale, come desumibile dalla domanda, la quale pare pacificamente rientrare nei limiti della materia civile e commerciale ai sensi dell'art. 1 della Convenzione, bensì all'oggetto del processo pendente in Svizzera nell'ambito del quale tale decisione avrebbe potuto avere rilevanza. Quest'ultimo procedimento doveva altrettanto chiaramente considerarsi escluso dall'ambito di applicazione della convenzione di Lugano conformemente all'interpretazione data dalla Corte di giustizia all'art. 1, par. 2, n. 2 della Convenzione di Bruxelles (sent. 22 febbraio 1979, causa 133/78, *Gourdain c. Nadler*, *Raccolta*, 1979, p. 733 ss.). Un difetto di impostazione analogo appare presente anche nell'argomentazione alternativa prospettata dal Tribunale federale, in base alla quale, pur potendo applicarsi la Convenzione di Lugano al riconoscimento della decisione da emanarsi a conclusione del processo pendente in Belgio, tale riconoscimento avrebbe dovuto essere negato in considerazione della violazione della regola di cui all'art. 16 n. 5 della Convenzione. Appare in proposito condivisibile quanto osservato nella *requête* del Belgio nel senso che la pretesa violazione non sussisterebbe, dato che la competenza giurisdizionale dei giudici belgi trova regolare fondamento in un accordo di elezione di foro e nelle disposizioni sulle competenze speciali della convenzione. Infatti – così come l'applicabilità *ratione materiae* della disciplina convenzionale in materia di riconoscimento delle sentenze – anche l'eventuale violazione delle regole che stabiliscono competenze giurisdizionali esclusive al fine di negare tale riconoscimento ai sensi dell'art. 28 della convenzione deve essere valutata con riferimento al processo che ha dato luogo alla sentenza da

riconoscere, e non già a quello nell'ambito del quale tale sentenza potrebbe avere rilevanza, essendo quest'ultimo un elemento estrinseco e meramente accidentale.

Tuttavia, per altro verso, le norme sul riconoscimento delle sentenze contenute nella Convenzione di Lugano si presentano difficilmente applicabili alla fattispecie, dovendosi pur sempre osservare che oggetto di tali disposizioni è quello di regolare il riconoscimento e l'esecutività di decisioni che siano state effettivamente pronunciate dai giudici di uno Stato contraente, non potendo farsi discendere da tali norme un obbligo di applicarle anche in via prognostica allo scopo di prevedere la riconoscibilità o meno di una sentenza ancora da emanarsi al fine di disporre l'eventuale sospensione di un procedimento legittimamente instaurato nel foro in base a regole di diritto interno e concernente una materia sicuramente esclusa dall'ambito di applicazione della Convenzione.

La seconda doglianza, che sembra presentare carattere in qualche modo subordinato alla prima, in quanto nei termini in cui è posta pare rivelare il dubbio in ordine alla concreta invocabilità della disciplina convenzionale, attiene alla violazione di una asserita regola di diritto internazionale generale che imporrebbe agli organi giurisdizionali degli Stati di comportarsi secondo ragionevolezza nell'esercitare la propria giurisdizione, obiettandosi in proposito che il rifiuto di tenere conto del procedimento pendente in Belgio sull'esistenza dei crediti fatti valere nell'ambito della procedura concorsuale svizzera violerebbe tale criterio. Vi è notoriamente considerevole incertezza circa l'esistenza di regole di diritto internazionale generale che pongano limiti alla giurisdizione di cognizione dei singoli Stati, essendo in linea di principio la mera attività giurisdizionale di cognizione, in quanto distinta da una concreta attività esecutiva, di per sé inidonea a ledere la sovranità degli altri Stati (si veda in questo senso già la Corte permanente di giustizia internazionale, sent. 7 settembre 1927, *Affaire du Lotus*, C.P.J.I., *Publications*, Série A, N° 10, 1927, p. 18 ss.; in dottrina, tra i tanti, MORELLI, *Limiti dell'ordinamento statale e limiti della giurisdizione*, *Rivista*, 1933, p. 382 ss., poi in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1961, p. 5 ss., spec. p. 32 ss.; QUADRI, *La giurisdizione sul cittadino nel nuovo codice di procedura civile*, *Rivista*, 1941, p. 3 ss., poi in *Studi critici di diritto internazionale*, Milano, 1958, p. 301 ss., spec. p. 312 ss.; GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*², Milano, 1970, p. 6 ss.; FRAGISTAS, *La compétence internationale en droit privé*, *Recueil des cours*, 1961-III (t. 104), p. 165 ss., spec. p. 169 ss.; MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, ivi, 1964-I (t. 111), p. 9 ss., spec. p. 19 ss.; ID., *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, ivi, 1984-III (t. 186), p. 9 ss., spec. p. 26 ss.; PARRY, *Esistono norme internazionali sui limiti della giurisdizione civile?*, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, vol. XVI, 1961, p. 69 ss.; più recentemente FOCARELLI, *The Right of Aliens not to be Subject to So-Called «Excessive» Civil Jurisdiction*, in *Enforcing International Human*

Rights in Domestic Courts, a cura di Conforti e Francioni, The Hague, 1997, p. 441 ss.; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, Paris, 1997, p. 145 ss.; BERTELE, *Souveranität und Verfahrensrecht*, Tübingen, 1998, p. 221 ss.). A *fortiori*, ancor più dubbia appare la configurabilità di un obbligo per gli Stati sul piano del diritto internazionale generale di coordinare l'attività giurisdizionale dei propri giudici con quella dei giudici stranieri (per alcune considerazioni in proposito ci si permette di rinviare a MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, p. 17 ss.). Con riferimento, poi, alla reclamata violazione di un principio di ragionevolezza, essa, nei termini in cui la doglianza è formulata, appare inevitabilmente riferirsi all'applicazione delle norme interne, essendo sulla base di queste che il Tribunale federale ha raggiunto la conclusione di non doversi fare luogo alla sospensione della procedura concorsuale per attendere la conclusione del processo pendente in Belgio, fornendo al riguardo delle motivazioni sufficientemente articolate, con riferimento anche a principi fondamentali dell'ordinamento svizzero in materia di garanzie procedurali – quali enunciati nell'art. 29 della Costituzione federale – che trovano riscontro anche negli strumenti di tutela internazionale dei diritti dell'uomo (in particolare, nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo). In presenza delle motivazioni addotte, e in assenza di norme internazionali pertinenti dalle quali desumere la correttezza dell'esercizio della propria giurisdizione da parte dei giudici svizzeri nel caso di specie, appare almeno incerto che la Corte internazionale di giustizia possa giungere ad una valutazione di irragionevolezza con riferimento all'applicazione che i giudici svizzeri hanno fatto delle proprie norme processuali nazionali. Una tale valutazione finirebbe col comportare infatti un riesame della corretta applicazione che di tali regole è stata fatta alla luce del diritto interno, esame che esorbiterebbe in quanto tale dalle competenze della Corte internazionale di giustizia, la quale è chiamata a giudicare in base al diritto internazionale, conformemente all'art. 38 del suo Statuto.

La terza doglianza attiene a quello che è probabilmente l'aspetto cruciale della questione. Come terzo profilo, infatti, il Belgio lamenta la mancata applicazione delle disposizioni della Convenzione che avrebbero imposto di sospendere il procedimento avviato in Svizzera, con specifico riferimento alle regole in materia di litispendenza e connessione internazionale di cui agli articoli 21 e 22 della Convenzione di Lugano. Relativamente a queste ultime, tre distinti ordini di considerazioni portano a dover concludere nel senso dell'infondatezza della doglianza. Il primo, comune alle due disposizioni e svolto convincentemente dal Tribunale federale nella sentenza del 30 settembre 2008 con riferimento alla seconda delle due norme, attiene alla loro inapplicabilità nel caso di specie. Infatti, diversamente dalla disciplina del riconoscimento delle sentenze straniere, al fine della quale rileva che la sentenza da riconoscere rientri nell'ambito di applicazione della Convenzione – a prescindere dal contesto processuale eventualmente diverso in cui la sentenza sia suscettibile di

essere materialmente fatta valere – al fine dell’applicazione delle regole in materia di litispendenza e connessione di cui agli articoli 21 e 22 della Convenzione appare indispensabile che entrambe le domande rientrino nell’ambito di applicazione della disciplina convenzionale. Ciò, se con riferimento alla litispendenza può dirsi dover discendere anche dalla presupposta identità delle due domande, pare in ogni caso imporsi sia con riferimento alla domanda successivamente introdotta, dato che altrimenti il giudice che ne è adito non potrebbe ritenersi soggetto al precetto della norma convenzionale, sia con riferimento alla domanda introdotta precedentemente, dato che altrimenti questa non rileverebbe ai fini della disciplina convenzionale, non potendo, in particolare, dare luogo alla pronuncia di una decisione riconoscibile in base alla Convenzione. Si è già accennato come, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla corrispondente esclusione dall’ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles delle azioni relative alla materia del fallimento, la quale appare confermata nelle sue linee essenziali da alcune pronunce più recenti della stessa Corte, relative al regolamento n. 1346/2000 concernente le procedure d’insolvenza (sent. 12 febbraio 2009, causa C-339/07, *Seagon c. Deko Marty Belgium NV*, <http://curia.europa.eu>, su cui v. LEANDRO, *La giurisdizione sulle revocatorie fallimentari: riflessioni sulla sentenza Deko Marty*, *Diritto dell’Unione Europea*, 2009, p. 607 ss.) ed al regolamento n. 44/2001 (sent. 2 luglio 2009, causa C-111/08, *SCT Industri AB Likvidation c. Alpenblume AB*, <http://curia.europa.eu>), l’azione di contestazione della graduatoria disciplinata dall’art. 250 LEF debba considerarsi esclusa dall’ambito di applicazione della Convenzione di Lugano. Essa, infatti, presuppone per sua natura lo stato d’insolvenza del debitore e non potrebbe essere esperita se non in relazione ad una procedura concorsuale, nell’ambito della quale sia stata per l’appunto formata una graduatoria dei crediti ammessi al passivo.

Il secondo profilo, proprio della regola in materia di litispendenza contenuta nell’art. 21 della Convenzione di Lugano, attiene alla mancanza di identità dell’oggetto e del titolo delle due domande. In proposito, pur tenendo debitamente conto dell’esigenza di dare un’interpretazione autonoma e tendenzialmente flessibile del duplice presupposto attinente all’identità sostanziale delle due domande ai fini della litispendenza, come evidenziata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativamente alla Convenzione di Bruxelles (in particolare, sent. 8 dicembre 1987, causa 144/86, *Gubisch Maschinenfabrik c. Palumbo*, *Raccolta*, 1987, p. 4861 ss. e sent. 6 dicembre 1994, causa C-406/02, *Tatry*, *Raccolta*, 1994, p. I-5439 ss.; per una discussione di tale giurisprudenza, anche per ulteriori riferimenti, MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., p. 291 ss.; ROMANO, *Litispendenza e connessione di cause nel regolamento n. 44*, in *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, a cura di Bonomi, Torino, 2009, p. 103 ss., spec. p. 125 ss.), non può tacersi l’inevitabile diversità strutturale dei due procedimenti. Infatti, mentre il procedimento pendente in Belgio ha ad oggetto l’accertamento della responsabilità

contrattuale ed extracontrattuale delle società svizzere e la condanna delle medesime al risarcimento del danno, il procedimento pendente in Svizzera, pur avendo per presupposto il medesimo accertamento, ha per oggetto la contestazione della graduatoria dei soggetti ammessi al passivo formata dai curatori della procedura concorsuale aperta in Svizzera, allo scopo di ottenere l'insinuazione dei crediti vantati al passivo del fallimento delle dette società. La situazione appare sotto questo aspetto richiamare – pur nella diversità delle due materie – un caso in cui la Corte di giustizia si è trovata confrontata con la contemporanea pendenza di una domanda di limitazione della responsabilità dei proprietari di una nave e di una domanda di accertamento della responsabilità extracontrattuale e di condanna al risarcimento del danno (sent. 14 ottobre 2004, causa C-39/02, *Maersk Olie & Gas A/S c. Firma M. de Haan en W. de Boer*, Raccolta, 2004, p. I-9657 ss., su cui SMEELE, *Recognition of Foreign Limitation Proceedings under the European Jurisdiction and Judgments Convention*, IPRax, 2006, p. 229 ss.). In tale caso, la Corte di giustizia ha negato la sussistenza dell'identità dell'oggetto e del titolo delle due domande, posto che l'ammissione alla limitazione della responsabilità non comportava di per sé l'accertamento della responsabilità stessa e che il fondamento normativo delle due domande era diverso, consistendo in un caso nella specifica disciplina convenzionale della limitazione della responsabilità dei proprietari di navi e nell'altro nell'ordinaria disciplina della responsabilità per fatto illecito. A conclusioni non dissimili pare doversi pervenire anche nel caso di specie, dato che l'azione di contestazione della graduatoria trova esclusivo fondamento nelle specifiche disposizioni della legge federale svizzera sull'esecuzione e sul fallimento che la prevedono e non già nella disciplina della responsabilità contrattuale ovvero extracontrattuale. Per di più, come correttamente evidenziato dal Tribunale federale nella sentenza del 23 aprile 2007, l'oggetto dell'azione in questione è limitato alla definizione della graduatoria, senza comportare l'accertamento con efficacia di giudicato dell'esistenza del credito, la quale può sì formare oggetto di accertamento giudiziale, ma non di pronuncia idonea a spiegare efficacia al di fuori della procedura concorsuale.

In sostanza, secondo l'inquadramento che appare prospettato dal Tribunale federale alla luce delle caratteristiche dell'azione di contestazione della graduatoria prevista dal diritto fallimentare svizzero, il rapporto tra le due azioni presenterebbe un carattere maggiormente riconducibile agli schemi della connessione, in particolare per pregiudizialità, considerato che la decisione relativa alla collocazione dei crediti all'interno della graduatoria in questione presuppone l'accertamento della loro fondatezza, essendone in sostanza dipendente. Sostanzialmente, quindi, potrebbero tutt'al più sussistere – salvo quanto si è sopra osservato in merito all'inapplicabilità *ratione materiae* – i presupposti per l'applicazione della disciplina della connessione ai sensi dell'art. 22 della Convenzione di Lugano. Ma, come è noto, tale norma, proprio in considerazione del legame più tenue tra le due domande e della conseguente necessità di valutare alla luce delle circostanze del

caso l'opportunità di una sospensione, prevede per il giudice successivamente adito una mera facoltà, e non già un obbligo, di sospendere il processo od eventualmente – al ricorrere degli ulteriori specifici presupposti – di declinare la giurisdizione. E il mancato esercizio, purchè motivato, di una facoltà prevista da una norma convenzionale non può considerarsi alla stregua di una violazione degli obblighi derivanti da una tale norma, quand'anche essa fosse da ritenere applicabile alla fattispecie.