

INDICE N. 2/2021

FEDERICO PUPPO	1
Sull'inutilità del processo in Salvatore Satta, ovvero: sul valore filosofico dell'esperienza giuridica	
LUIGI ROMANO	20
La 'carcerazione di massa' a Roma tra fine monarchia e gli inizi della repubblica	
ROSA GERACI	36
Il caso degli enti privati aderenti a religioni minoritarie. Tra eguaglianza e diversità di trattamento	
ROBERTA CASIRAGHI	56
Migrante soccorso in mare: indiziato di reato o testimone?	
LUCA PRESSACCO	78
Immigrazione irregolare via mare e limiti della giurisdizione penale italiana	
MARIA LUISA SERRA	104
Normativa dell'Unione Europea e incidenza sulle regole processuali nazionali: note in tema di nozione di "oggetto della domanda" e litispendenza	
MAXIMILIAN DALLAGO	141
Alcune note di confronto in tema di <i>Beugestrafe</i> e misure coercitive tra Austria e Italia	

MARIA LUISA SERRA
*Professoressa associata di Diritto processuale civile,
Università degli Studi di Sassari*

Normativa dell'Unione Europea e incidenza sulle regole processuali nazionali: note in tema di nozione di "oggetto della domanda" e litispendenza ***

English title: *EU legislation and its impact on national procedural rules: remarks on the notion of "object of the claim" and of lis pendens.*

DOI: 10.26350/18277942_000029

Sommario: 1. Considerazioni preliminari in tema di oggetto del processo e litispendenza. 2. La nozione di litispendenza nelle pronunce della Corte di Cassazione. 3. La litispendenza comunitaria nelle pronunce della Corte di Giustizia. 4. Il recepimento dell'orientamento della Corte di Giustizia nelle pronunce della Corte di Cassazione. 5. segue: nelle pronunce della Corte austriaca. 6. segue: della Corte tedesca. 7. Il superamento della concezione basata su criteri "formalistici" della nozione di identità di domande rilevante ai fini della litispendenza. 8. La nozione di identità di cause secondo la Corte di Giustizia: verso un concetto unitario di giudicato? 9. La centralità dei valori funzionali del processo nell'individuazione e delimitazione degli istituti processuali.

1. Considerazioni preliminari in tema di oggetto del processo e litispendenza

Per orientamento ormai consolidato "da quando il meccanismo di integrazione europea ha investito la materia della cooperazione giudiziaria civile (oltre che di quella penale), il fenomeno dell'incidenza della normazione e della giurisprudenza europea sulle legislazioni processuali nazionali ha assunto dimensioni sempre più rilevanti¹". Non è dato dubitare, pertanto, che la giurisprudenza europea abbia inciso anche sulla

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

** L'articolo è pubblicato anche negli Studi in Memoria di Franco Cipriani.

¹ In questo senso, P. Biavati, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4 (2018), p. 1323.

nozione di “oggetto del processo”, inteso quale specifico istituto processuale, che svolge le sue funzioni concrete nei confronti di tutti gli altri istituti quali, in estrema sintesi, il cumulo oggettivo di domande, la modificazione della domanda, la litispendenza e il giudicato materiale che si caratterizzano per il fatto di porre al loro fondamento il concetto dell’identità della domanda².

Risulta così superata anche l’idea che il tema dell’oggetto del processo – come un po’ troppo frettolosamente si è scritto³ – sia tipica espressione del concettualismo, l’argomento prediletto della c.d. giurisprudenza dei concetti (*Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz*)⁴. È innegabile, piuttosto, che il dibattito scientifico sviluppatosi intorno a tale tema, in un così lungo arco di tempo, proprio per la centralità della questione, si sia espresso nelle varie forme e con gli strumenti del pensiero che hanno caratterizzato la dottrina processualistica tutta nel suo sviluppo, e che questo avvenga ancor oggi.

In questa prospettiva si colloca un rinnovato interesse per la materia, suscitato dall’esame della giurisprudenza nazionale e comunitaria, specie per quanto riguarda i profili applicativi che di quel (ritenuto astratto) concetto costituiscono concreta esplicitazione: si pensi da un lato alle questioni, tutt’altro che chiuse, in tema d’identità della domanda e,

² E’ appena il caso di ricordare la centralità attribuita al processo, al cui riguardo, cfr. A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario Allorio*, II, Torino, 1980, *sub art.* 99, p. 144.

³ L’espressione, spesso ripetuta, è di P.O. Ekelöf, *Der Prozeßgegenstand – ein Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz*, in *ZZP*, 85 (1972), p. 145, ed è stata poi ripresa da P. Böhm, *Die Ausrichtung des Streitgegenstandes am Rechtsschutzziel*, in W.H. Rechberger - R. Welser (a cura di), *Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag. Verfahrensrecht – Privatrecht*, Wien 1986, p. 83; analoga impostazione è in A. Cerino Canova, in *Commentario Allorio*, II, cit., p. 108.

⁴ Riflessione che trova conforto nell’attenzione prestata al tema in questione nel contributo, certo non ascrivibile ai concettualismi della *Begriffsjurisprudenz*, di A. Zeuner, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen 1959 (analoga considerazione può essere estesa ai lavori di W. Henckel, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen 1961; ID, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970); in punto, per una rivisitazione del pensiero di Zeuner, cfr. S. Dalla Bontà, *Una "benefica inquietudine". Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, in *Giusto proc. civ.*, 3 (2011), pp. 891 ss. e nella versione tedesca, ID., *Eine "heilsame Unruhe". Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Bestimmung der objektiven Grenzen der Rechtskraft in der jüngeren Rechtsprechung im Lichte der Thesen Zeuners*, in *ZZP*, 2012, pp. 93 ss.

dall'altro, ai riflessi in punto di giudicato, di litispendenza, di continenza e, infine, di modifica della domanda, nella prospettiva di valutare se le soluzioni accolte nei differenti ordinamenti siano frutto di (o quanto meno consentano di proporre) una nozione comune di oggetto del processo. Di qui altresì la possibilità, in questa sede, di limitare l'attenzione al tema dell'oggetto del processo al solo riferimento alla disciplina dell'istituto della litispendenza e ai relativi effetti.

E' conclusione condivisa nella dottrina italiana e in quella di lingua tedesca che l'oggetto del processo (*Streitgegenstand*) segni soprattutto quello che può definirsi il *limes* del processo, nel senso che tale nozione assolve un duplice compito.

All'interno del procedimento, l'oggetto del processo delimita l'ambito della controversia, fissando, di conseguenza, il confine del potere di istruzione e decisione del giudice; all'esterno del procedimento determina il limite della decisione in relazione ai processi futuri⁵. Di qui l'ulteriore precisazione per cui, all'interno del processo, il suo oggetto si identifica con l'oggetto della trattazione e della (potenziale) decisione della causa, nell'ambito del quale si inserisce il materiale dei fatti rilevante per la trattazione e decisione della stessa. Al contrario, ponendosi in un'ottica esterna al processo, l'oggetto dedotto nella causa fa sì che lo stesso non possa di nuovo (*i.e.*, in un secondo e successivo giudizio) essere trattato e deciso. In altre parole l'oggetto individua i confini di ciò che può essere trattato e deciso solo una volta. Se dunque il divieto del "*ne bis in idem*" si impernia sulla nozione di oggetto così intesa, ne consegue che dalla sua concreta applicazione dipende la risoluzione dei problemi relativi all'identità della domanda⁶.

In questa ottica può essere utile – attese le difficoltà applicative che derivano dalle differenti nozioni di identità della domanda – soffermare l'attenzione su uno specifico punto di osservazione, rappresentato

⁵ Conclusione già segnalata in M.L. Serra, «*Valori funzionali*» del processo e domanda giudiziale. *Contributo breve in tema di oggetto del processo*, Napoli 2018, p. 4; per la sua elaborazione già, A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2 (1990), pp. 478 s.; C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Parte I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1 (1991), pp. 215 ss.; ID, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, Padova 1985, pp. 106 ss.; S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987, p. 2; A. Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2 (1990), pp. 388 s.

⁶ S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 17 ss.

dall'elaborazione giurisprudenziale del concetto di identità di oggetto del processo in funzione dell'applicazione dell'istituto della litispendenza nell'ambito del diritto interno, comunitario e internazionale.

L'interesse per tale profilo dell'indagine è accresciuto dalla diversità di soluzioni prospettate dalle Corti nazionali degli Stati presi in considerazione (in particolare, dalla Suprema Corte italiana, austriaca e tedesca), con particolare riferimento all'applicazione della disciplina della litispendenza di diritto interno e internazionale (extracomunitaria), al contrario di quanto si verifica in materia di applicazione della disciplina della litispendenza comunitaria, per la quale è dato riscontrare una sostanziale conformità di soluzioni.

L'analisi della giurisprudenza consente da un lato di riscontrare indicazioni utili per giungere ad una soluzione della questione in via generale e, dall'altro, di valutare l'influenza che, rispetto a tale soluzione, continuano ad avere le elaborazioni concettuali della dottrina al fine di individuare gli elementi qualificanti il concetto di identità della domanda e di oggetto del processo.

2. La nozione di litispendenza nelle pronunce della Corte di Cassazione

Nella prospettiva qui assunta, occorre pure preliminarmente avvertire che le pronunce giurisprudenziali sulle quali si soffermerà l'attenzione consentono di evidenziare come le soluzioni accolte dai singoli ordinamenti dipendano non soltanto dalla differente nozione di oggetto della controversia in essi accolta, ma anche dalle peculiari norme dettate in tema di (conflitto di) giudicati.

Coerente con tale premessa, il primo dato oggetto di esame riguarda l'analisi del concetto di identità di domanda, ai fini della dichiarazione della litispendenza secondo il diritto interno, in caso di pendenza della (stessa) causa davanti a giudici appartenenti allo stesso Stato nell'ipotesi di proposizione di una domanda di condanna successivamente alla pendenza della domanda di accertamento negativo in relazione al medesimo rapporto giuridico.

Ai sensi dell'art. 39 c.p.c., se la stessa causa è proposta davanti a giudici diversi, il giudice successivamente adito deve dichiarare la litispendenza

spogliandosi del potere di decidere la causa in favore del giudice preventivamente adito⁷.

La nozione di “identità di causa” ai fini della dichiarazione della litispendenza presuppone la sussistenza di identità degli elementi di identificazione delle domande pendenti davanti a giudici diversi: soggetti, *petitum* e *causa petendi*, in conformità all’orientamento giurisprudenziale consolidato che si pronuncia a favore di un’interpretazione rigorosa della norma⁸.

A sua volta la nozione di identità di causa, con minore rigidità, è presupposta nell’ipotesi di continenza, per la cui sussistenza si richiede – come si ricava dalla stessa denominazione dell’istituto – che due o più cause, pur identiche nelle persone e nella *causa petendi*, differiscano nel *petitum* delle domande proposte, nel senso che l’una è contenuta nell’altra (art. 39, co. 2, c.p.c.).

Minore rigidità che trova riscontro nell’orientamento più recente, che oggi appare consolidato in giurisprudenza, a favore di una nozione ampia di continenza di cause, nel senso che tale nozione “comprende le situazioni caratterizzate dalla pendenza di cause le cui questioni dedotte con la domanda proposta anteriormente costituiscano il necessario presupposto della definizione del giudizio successivo, nel senso cioè della sussistenza tra le due cause di un nesso di pregiudizialità logico giuridica”⁹. In altre parole

⁷ In punto, ci si limita a richiamare G.F. Ricci, *Litispendenza (voce)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XI, Torino 1994, pp. 64 ss.; G. Monteleone, *Litispendenza (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, XIX, Roma 1990, p. 2; D. Sorace, *Litispendenza (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano 1974, p. 983; V. Colesanti, *Litispendenza (voce)*, in *Novissimo digesto italiano*, IX, Torino 1963, p. 983; A. Lorenzetto Persico, *La continenza*, Padova 1993; B. Fabi, *Continenza di cause (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano 1961, pp. 651 ss.; E. Garbagnati, *Continenza di cause (voce)*, in *Novissimo digesto italiano*, IV, Torino 1957, p. 983.

⁸ Cass., sez. VI, 16 marzo 2017, n. 6826; Cass., s.u., 31 luglio 2014, n. 17443; Cass., sez. III, 19 gennaio 2001, n. 792.

⁹ Cass., sez. VI, 25 ottobre 2017, n. 19460; Cass., sez. VI, 25 luglio 2012, n. 13161; Cass., s.u., 1 ottobre 2007, n. 20596, in *Foro it.*, 9, I (2008), c. 2613; Cass., sez. I, 21 febbraio 2007, n. 4089; Cass., sez. I, 16 dicembre 2005, n. 27710; Cass., sez. II, 14 febbraio 1998, n. 1571 (la quale richiama Cass., sez. II, 13 ottobre 1995, n. 10676 e Cass., sez. II, 10 novembre 1980, n. 6036). Più precisamente, nel caso di specie è stata affermata la continenza tra la causa pendente davanti al Tribunale di Milano introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo per il pagamento dei corrispettivi dovuti dal condominio e quella da quest’ultimo promossa davanti al Tribunale di Torino per la risoluzione del contratto di manutenzione dell’impianto dell’ascensore. Per la S.C. se la causa per la quale era stata emessa l’ingiunzione è contenuta in altra pendente davanti a una diversa autorità

il rapporto di continenza fra le due cause è da ravvisare “nel nesso di pregiudizialità logico – giuridica” esistente tra le stesse, in quanto “le questioni dedotte con la prima domanda costituiscono presupposto necessario per la definizione di quelle dedotte con la seconda”. In conformità a tale principio, secondo la Corte di legittimità, trova applicazione l’istituto della continenza di cause nel caso di controversie instaurate con domande contrapposte relative allo stesso rapporto giudiziale (come nell’ipotesi in cui le parti agiscano rispettivamente per la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno per il pagamento del corrispettivo)¹⁰.

giudiziaria adita preventivamente, il giudice dell'opposizione deve rimettere la causa a tale autorità previa dichiarazione d'incompetenza del giudice che aveva emesso il decreto di nullità di quest'ultimo (nello stesso senso, Cass., sez. II, 1 aprile 1997, n. 2837; Cass., sez. II, 27 marzo 1996, n. 2709). Pertanto, nell’ipotesi in cui sia preventivamente proposta domanda di risoluzione di un contratto e, successivamente, la controparte chieda, dinanzi ad altro giudice, l'adempimento di esso, se la seconda domanda è proposta in via monitoria, «il giudice dell'opposizione esercita la sua competenza funzionale ed inderogabile a deciderla dichiarando la nullità del decreto ingiuntivo per incompetenza del giudice emittente, con la conseguenza che la causa da riassumere dinanzi al giudice competente non è quella di opposizione al provvedimento monitorio, ma quella sulla domanda del creditore, proposta con il ricorso per ingiunzione». La litispendenza è esclusa anche nell’ipotesi di pendenza del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e di opposizione a precetto intimato in virtù dello stesso titolo (Cass., sez. VI, 13 novembre 2019, n. 29432), atteso che con la prima si contesta, in sede di giudizio di cognizione, la sussistenza del credito azionato in via monitoria, mentre con la seconda è negato il diritto della controparte a procedere ad esecuzione forzata, sicché non ricorre identità né del “petitum” e neppure della “causa petendi”; sussiste, invece, secondo la S.C., la litispendenza fra l’opposizione a precetto e l’opposizione all’esecuzione successivamente proposta avverso il medesimo titolo esecutivo, quando le due azioni sono fondate su fatti costitutivi identici, concernenti l’inesistenza del diritto di procedere all’esecuzione forzata, e sempreché le cause pendano innanzi a giudici diversi (invece, nell’ipotesi - più probabile - in cui le due opposizioni, riassunta la seconda nel merito, risultino pendenti innanzi al medesimo ufficio giudiziario, delle stesse se ne dovrà disporre la riunione, ai sensi dell’art. 273 c.p.c.; ovvero, qualora ciò non sia possibile per impedimenti di carattere processuale, sarà necessario sospendere pregiudizialmente la seconda causa, ai sensi dell’art. 295 del c.p.c.; così Cass., sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26285, in *Guida al dir.*, 3 (2020), p. 22).

¹⁰ Il principio è ribadito dalla Corte di merito, per la quale la continenza di cause sussiste allorché vi sia identità di soggetti e di titolo, nonché quando vi sia una differenza soltanto quantitativa dell’oggetto, oppure [ma anche] qualora le cause siano legate da un rapporto di interdipendenza per contrapposizione o alternatività [anche in tale ipotesi si è riconosciuta sussistente la continenza di cause tra la domanda di condanna introdotta con il ricorso per decreto ingiuntivo e quella di accertamento negativo dello stesso credito; in questo senso Trib. Torino, 28 novembre 2016, in *Rivista telematica www.Ilcaso.it*, 2017, 16683]. Giova precisare che tale principio – seppure non

Di qui la conclusione per cui – con riferimento alla fattispecie in esame – a giudizio della Corte di Cassazione non sussiste la litispendenza – a causa della diversità di *petitum* – nel caso di proposizione della domanda di accertamento negativo della sussistenza del credito promossa dal debitore e la successiva instaurazione della domanda di condanna da parte del creditore¹¹. Tale ipotesi, alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali pronunciatisi in particolare con riferimento al caso della pendenza di un'azione di accertamento negativo e di pendenza del procedimento monitorio in relazione al medesimo rapporto negoziale deve essere ricondotta nell'ambito di applicazione dell'istituto della continenza e non della litispendenza¹².

espressione di un orientamento costante – era stato già affermato dalla giurisprudenza risalente in differenti occasioni (oltre a Cass., sez. II, 14 febbraio 1998, n. 1571, già richiamata, cfr. Cass., sez. III, 2 gennaio 1998, n. 9 e Cass., sez. II, 8 ottobre 1993, n. 9988, per il caso di domanda di condanna al pagamento di un debito e quella di accertamento negativo del medesimo debito, nonché Cass., sez. lav., 8 agosto 1990, n. 8026 per l'azione promossa dal datore di lavoro per l'accertamento della legittimità del licenziamento del lavoratore e quella successivamente instaurata da quest'ultimo per la dichiarazione dell'illegittimità dello stesso licenziamento e la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione e al risarcimento dei danni). Allo stesso tempo è necessario ricordare anche il contrapposto orientamento giurisprudenziale, oggi minoritario, secondo il quale tra due diverse domande aventi ad oggetto «richieste contrapposte» sussisterebbe una relazione di semplice connessione e non di continenza, atteso che tale istituto, secondo questa interpretazione, presuppone «un ambito di identità per lo meno parziale» (Cass., sez. III, 16 gennaio 2006, n. 722; Cass., sez. I, 7 febbraio 2001, n. 1732; Cass., sez. I, 3 novembre 2000, n. 14357; Cass., sez. I, 11 agosto 1994, n. 7352).

¹¹ Cass., s.u., 31 luglio 2014, n. 17443; Cass., sez. III, 19 gennaio 2001, n. 792.

¹² Cfr., Cass., sez. VI, 3 agosto 2017, n. 19460, cit. Giova in punto sottolineare che la pronuncia ribadisce il principio affermato dalla giurisprudenza secondo il quale «nel caso in cui la parte nei cui confronti è stata chiesta l'emissione di decreto ingiuntivo abbia proposto domanda di accertamento negativo del credito davanti ad un diverso giudice prima che il ricorso ed il decreto ingiuntivo le siano stati notificati, la continenza deve operare in questo senso, retroagendo gli effetti della pendenza della controversia introdotta con la domanda di ingiunzione al momento del deposito del relativo ricorso» (in questo senso, già Cass., sez. I, 21 settembre 2015, n. 18564; Cass., sez. VI, 26 aprile 2012, n. 6511 e Cass., s.u., 1 ottobre 2007, n. 20596; in senso contrario, Cass., s.u., 8 ottobre 1992, n. 10984, in *Foro it.*, I (1992), c. 3287, con nota critica di A. Proto Pisani, *Opposizione a decreto ingiuntivo, continenza e connessione: una grave occasione mancata dalle sezioni unite*, e Trib. Torino, 29 giugno 1997, in *Giur. it.*, I, 2 (1989), p. 600 con nota ugualmente critica di E. Merlin, *Su alcune ricorrenti questioni in tema di procedimento monitorio, continenza e azioni di prevenzione del debitore*; entrambi gli studiosi si sono espressi a favore dell'operatività dell'istituto della continenza. Per un'analisi dei recenti orientamenti giurisprudenziali in materia, cfr., F. De Stefano, *La più recente giurisprudenza di legittimità su litispendenza e continenza*, in *Giusto proc. civ.*, 1 (2016), pp. 255 ss.

Nella diversa ipotesi in cui il rapporto esistente tra due giudizi, pendenti tra le stesse parti innanzi a differenti uffici giudiziari, in cui la speculare contrapposizione di domande non ne esaurisca l'oggetto, perché si aggiungono ulteriori pretese che, pur se strettamente collegate alle prime, hanno un titolo diverso, la fattispecie non è qualificabile né in termini di litispendenza né di continenza, rientrando, invece, nella più ampia nozione di connessione oggettiva di cui all'art. 40, co. 1, c.p.c.¹³.

In conclusione del discorso può notarsi che la pluralità di soluzioni applicative presente anche se in termini diversi – come si vedrà più avanti – nell'ordinamento italiano e in altri ordinamenti (austriaco e tedesco) ha avuto un'incidenza decisiva nella soluzione adottata dalla Corte di Giustizia chiamata a interpretare le norme dettate in tema di litispendenza comunitaria.

3. La litispendenza comunitaria nelle pronunce della Corte di Giustizia

Il c.d. *Kernpunkt*: I) *profilo oggettivo*. La nozione di oggetto della domanda nell'applicazione fattane dalla Corte di Giustizia in punto di litispendenza comunitaria (regolata dall'art. 21 della Convenzione di Bruxelles e, successivamente, dall'art. 27 reg. n. 44/2001, oggi art. 29 reg. n. 1215/2012) nell'ambito di situazioni analoghe rispetto a quelle finora

¹³ Nel caso concreto la S.C. ha ritenuto sussistere la connessione tra un giudizio già instaurato dal cliente volto alla dichiarazione di inefficacia del contratto di finanziamento per mancata verifica delle condizioni sospensive nonché la conseguente condanna della banca al risarcimento dei danni causati dalle sue condotte illecite e il successivo giudizio promosso dalla banca per l'accertamento dell'avvenuto scioglimento dello stesso contratto di finanziamento per recesso del cliente, la declaratoria della risoluzione dei contratti derivati e la condanna della controparte al pagamento degli oneri conseguenti (in questo senso, cfr. Cass., sez. VI, 15 gennaio 2016, n. 654).

esaminate¹⁴, risale alla sentenza *Gubisch/Palumbo*¹⁵. Si tratta della prima pronuncia della Corte in tema di individuazione del rapporto fra due domande instaurate presso uffici giudiziari appartenenti a differenti Stati membri dell'Unione, aventi ad oggetto rispettivamente la domanda di accertamento negativo e la domanda di condanna relative al medesimo rapporto negoziale. Con tale pronuncia la Corte di Giustizia ha dichiarato riconducibile nell'ambito applicativo dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles (che regolava all'epoca la fattispecie in esame) e, quindi, nella nozione di litispendenza da esso disciplinata, la fattispecie sottoposta al suo esame, relativa all'azione, per ottenere l'esecuzione della prestazione derivante di un contratto di vendita, proposta davanti al giudice tedesco e la successiva domanda proposta davanti al giudice italiano per ottenere l'accertamento dell'inefficacia di tale contratto¹⁶.

L'interpretazione della nozione di litispendenza comunitaria proposta dalla Corte muove da una valutazione dei principi posti a fondamento della Convenzione e delle finalità da prefiggersi nella sua applicazione e, in particolare, dalla finalità di perseguire «la semplificazione» del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni giudiziarie nonché il

¹⁴ Non è strettamente attinente al profilo in esame la pronuncia della Corte eur. giust., 30 novembre 1976, C-42/76, *de Wolf/Cox*, in quanto tale pronuncia non affronta direttamente il tema della litispendenza, quanto piuttosto quello della cosa giudicata, coinvolgendo il profilo ad essa connesso riguardante il riconoscimento automatico delle sentenze giudiziarie negli stati membri. Più precisamente la Corte di Giustizia ha affermato che la disciplina comunitaria non consente che una parte processuale, ottenuta in uno Stato contraente una decisione giudiziaria favorevole (ne caso di specie: una sentenza di condanna al pagamento di una fattura), chieda ad un giudice di un altro Stato contraente di pronunciare nei confronti della controparte una sentenza di condanna identica a quella emessa nel primo Stato.

¹⁵ Corte eur. giust., 8 dicembre 1987, C-144/86, *Gubisch/Palumbo*; in punto, cfr.: A. Attardi, *Prime considerazioni sulla nozione di litispendenza nella convenzione di Bruxelles*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, II, Milano 1995, pp. 1005 ss.; C. Consolo, *Litispendenza e convenzioni comunitarie: profili processuali di diritto transitorio (desunti da alcuni recenti casi italo-svizzeri)*, in *Jus*, 1 (1999), p. 243 ss.; V. Broggi, *Sui rapporti tra litispendenza e connessione, alla stregua della Convenzione giudiziaria di Bruxelles*, in *Giust. civ.*, I (1988), p. 2166 ss.

¹⁶ In *Gubisch/Palumbo*, la Corte di Giustizia definisce la nozione di litispendenza di cui all'art. 21 della Convenzione di Bruxelles, affermando che rientra in tale ambito il caso in cui una parte presenti ad un giudice di uno Stato contraente una domanda volta all'annullamento o alla risoluzione di un contratto di vendita internazionale mentre una domanda dell'altra parte volta all'esecuzione del medesimo contratto è pendente dinanzi ad un giudice di un altro Stato contraente.

potenziamento all'interno della Comunità Europea della tutela giuridica delle persone residenti nel suo territorio. Con specifico riferimento all'art. 21, si è altresì precisato che la norma – unitamente all'art. 22, in materia di connessione – è inserita nella sezione delle Convenzione volta a tutelare l'interesse a una buona amministrazione della giustizia nella Comunità che, con riferimento al profilo in esame, si traduce nell'obiettivo di «evitare procedimenti paralleli pendenti dinanzi ai giudici di diversi Stati contraenti e il contrasto di decisioni che ne potrebbe risultare»¹⁷. Si sottolinea, altresì, il nesso sussistente fra litispendenza e possibile rifiuto del riconoscimento della sentenza di altro stato membro, atteso che la disciplina della litispendenza è «volta ad escludere, per quanto possibile e sin dall'inizio, che si verifichi una situazione come quella contemplata all'art. 27, punto 3, e cioè il mancato riconoscimento di una decisione in quanto “*unvereinbar*” (incompatibile) [la traduzione italiana utilizza l'espressione “in contrasto”] con una decisione resa tra le medesime parti nello Stato richiesto».

Al di là della peculiarità del caso specifico, la conclusione della Corte è nel senso della riconducibilità, nell'ambito applicativo della litispendenza, delle domande pendenti rispetto alle quali la questione centrale (*Kernpunkt*) risulti configurabile come “identica pretesa” formulata da una parte nei confronti dell'altra. Ciò perché identità di pretese sussiste nel caso in cui la domanda successivamente proposta nei confronti del convenuto ha lo stesso titolo e lo stesso oggetto della precedente domanda proposta dal medesimo convenuto – in veste di attore – per conseguire l'accertamento (negativo) dell'inesistenza dei presupposti sui quali si fonda la pretesa fatta valere nei suoi confronti dall'attore nel successivo giudizio. Con specifico riferimento alla fattispecie concreta, la conclusione cui giunge la Corte è nel senso della riconducibilità del caso sottoposto al suo esame nell'ambito applicativo della litispendenza, poiché la questione centrale (*Kernpunkt*) per entrambe le domande pendenti è rappresentata dalla validità del contratto¹⁸.

¹⁷ *Gubisch/Palumbo*, punto 8, *Racc.* 4874.

¹⁸ Nel caso di specie la Corte ha individuato la questione centrale per entrambe le domande nella validità del contratto a suo tempo stipulato perché «la forza obbligatoria del contratto si trova al centro delle due controversie» aventi rispettivamente ad oggetto – la prima – la domanda di esecuzione del contratto di vendita internazionale dei beni mobili materiali (volta quindi a sancirne l'efficacia) e – la seconda – la domanda di annullamento e di risoluzione di tale contratto (volta appunto a negargli ogni efficacia).

In altre parole vi è “pretesa identica” ogni qual volta la domanda anteriormente proposta richieda che sia accertato un fatto che, esplicitamente o implicitamente, contesta e nega l’esistenza del titolo e dell’oggetto della domanda successivamente proposta.

Di qui l’ulteriore rilievo per cui, ai fini dell’interpretazione della nozione di litispendenza, le condizioni per valutarne la sussistenza devono essere interpretate in via autonoma e non secondo il diritto interno dei singoli Stati. Ciò perché – come riscontrabile nei diversi ordinamenti – la nozione di identità di domande, al fine della dichiarazione di litispendenza, non è la stessa in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti e per di più, come notato dalla stessa Corte di Giustizia, “non si può desumere una nozione comune della litispendenza attraverso l'accostamento delle varie norme nazionali pertinenti”¹⁹.

I principi richiamati in tema d’interpretazione della nozione di litispendenza sono stati ribaditi dalla Corte di Giustizia nel caso *Tatry*²⁰, ove è stata ravvisata la sussistenza della “identica pretesa” e, pertanto, la litispendenza, nell’ipotesi di domanda di condanna al risarcimento del danno successiva alla proposizione di domanda di accertamento dell’insussistenza della responsabilità già proposta davanti ad altro Tribunale da parte del convenuto²¹.

Anche in questo caso la Corte di Giustizia ha dichiarato di trovarsi di fronte a “identica pretesa” avente lo stesso titolo ed oggetto della domanda precedente, in quanto per “la parte relativa al riconoscimento di responsabilità, la seconda domanda ha lo stesso oggetto della prima, poiché la questione dell’esistenza o meno di una responsabilità costituisce il fulcro

¹⁹ *Gubisch/Palumbo*, punto 10, *Racc.* 4874, che rinvia alla sentenza 7 giugno 1984 (C-129/83, *Zelger/Salinitri*, *Racc.* 2397).

²⁰ Corte eur. giust., 6 dicembre 1994, C-406/92, *Tatry/Maciej Rataj*; in punto, cfr. L. Klesta Dosi, *Corte di giustizia delle Comunità europee (1° ottobre 1994 - 30 aprile 1995)*, in *La nuova giur. civ. comm.*, II (1995), p. 391 ss.

²¹ Nel caso di specie, i proprietari della nave *Tatry*, che avevano promosso azione di accertamento negativo riguardo alla loro responsabilità per danni subiti dalle merci trasportate dinanzi al competente giudice di Rotterdam, erano stati successivamente convenuti dai proprietari delle merci trasportate (che promuovevano varie azioni) dinanzi ai giudici dei Paesi Bassi e ai giudici del Regno Unito. In particolare, rilevante al fine della pronuncia della Corte di Giustizia in tema di litispendenza, è l’azione promossa da alcuni proprietari delle merci davanti all’*Admiralty Court*, volta ad ottenere la condanna dei proprietari della nave a risarcire il danno subito dalle merci durante il trasporto.

dei due procedimenti”²² atteso che “la domanda di una parte volta a far dichiarare che essa non è responsabile di un danno contiene implicitamente conclusioni che contestano l'esistenza di un obbligo al risarcimento dei danni”²³. Circa la definizione di oggetto della controversia per la Corte esso consiste, pertanto, nello scopo della domanda²⁴ da individuare, più in generale, nella coincidenza del fulcro delle domande proposte, secondo la regola della c.d. “*Kernpunkttheorie*”²⁵.

II) *profilo soggettivo*. E' interessante notare che, ai fini della dichiarazione di litispendenza, l'evoluzione del concetto di identità di domande non è rimasta circoscritta al profilo oggettivo (c.d. *Kernpunkttheorie*), ma ha riguardato anche il profilo soggettivo, ossia l'individuazione del significato da attribuire alla nozione di “stesse parti” in causa.

²² *Tatry*, punto 43, *Racc.* I - 5475; la conclusione riportata nel testo è, pertanto, sostanzialmente analoga a quella formulata in *Gubisch/Palumbo*, ove si legge che «la forza obbligatoria del contratto si trova pertanto al *centro* delle due controversie».

²³ *Tatry*, punto 44, *Racc.* I - 5476.

²⁴ *Tatry*, punto 41, *Racc.* I - 5475; in punto, cfr. J. Kropholler - J. v. Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9^a ed., Art. 27, Frankfurt / Main 2011, Rn. 10; P. Mayr, in H.W. Fasching - A. Konecny, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 2^a ed., Bd. V/1, Wien 2008, Art. 27 EuGVVO, Rz 16; M.R. McGuire, *Verfahrenskoordination und Verjährungsunterbrechung im Europäischen Prozessrecht*, Tübingen 2004, pp. 77 ss., 85 s.

²⁵ Sotto questo profilo si può notare che dall'interpretazione delle norme della Convenzione offerta dalla Corte di Giustizia e, in particolare, dal collegamento da essa evidenziato fra le disposizioni di cui ai ricordati artt. 21 e 27 della Convenzione, nonché dal consueto e imprescindibile richiamo ai valori funzionali del processo – intesi, nel caso specifico, nel senso che l'interpretazione delle norme della Convenzione deve essere volta a evitare inutili duplicazioni di attività giudiziaria ed eliminare il rischio di conflitti di giudicati – emerge che la *ratio*, che ha spinto all'elaborazione di un concetto ampio di identità di domande, pare basarsi sulla volontà di impedire, nel rispetto della litispendenza comunitaria, la possibilità che sussistano pronunce di diritto interno contraddittorie. Al fine di prevenire una potenziale incompatibilità delle decisioni pronunciate nei singoli Stati e, quindi, per stabilire l'identità della pretesa, non sarebbe determinante la formale identità delle domande, quanto, piuttosto, la coincidenza del *Kernpunkt* (fulcro) della controversia giuridica (in questo senso, C. Althammer, *Streitgegenstand und Interesse*, Tübingen 2012, pp. 131 s.). Scopo perseguito dalle due norme (artt. 21 e 27 della Convenzione) sembra dunque essere, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia nelle pronunce ora richiamate, quello di impedire decisioni incompatibili; con riferimento alle possibili ricadute di tale interpretazione sotto il profilo del *forum shopping*, cfr. C. Althammer, *Streitgegenstand und Interesse*, cit., p. 132.

Nella pronuncia *Drouot assurances*²⁶, la Corte di Giustizia - pur negando che nel caso di specie potesse ritenersi sussistente il requisito dell'identità delle parti richiesto ai fini della sussistenza della litispendenza - ha affermato che tale circostanza sussiste quando gli interessi delle *diverse* parti possano essere considerati identici e inscindibili, fermo restando che spetta al giudice nazionale verificare se tale coincidenza di interessi ricorra²⁷.

²⁶ Corte eur. giust., 19 maggio 1998, C-351/96, *Drouot assurances/CMI industrial sites, Protea assurance, GIE Réunion européenne*; in punto, cfr. C. Asprella, *I presupposti della litispendenza internazionale: rapporti tra l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles e l'art. 7 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*, *Giust. civ.*, I (1999), p. 6 ss.; F. Persano, *Il rilievo della litispendenza internazionale nella Convenzione di Bruxelles del 1968. La nozione di "stesse parti"*, in *Riv. dir. inter. priv. e proc.*, 3 (2000), p. 713 ss.

²⁷ Nella fattispecie, a seguito dell'affondamento di una nave, la società assicuratrice dello scafo (*Drouot assurances*) aveva provveduto a farlo recuperare a proprie spese, permettendo così il salvataggio del carico appartenente a un terzo. *Drouot assurances*, società di diritto francese proponeva, presso il *Tribunal de commerce* di Parigi, azione di condanna al pagamento delle spese di recupero della merce nei confronti del terzo proprietario del carico, della sua società assicuratrice e del mandatario della società assicuratrice. I convenuti sollevavano eccezione di litispendenza poiché già pendeva davanti al Tribunale olandese l'azione promossa dalla società assicuratrice del carico e dal mandatario, volta ad accertare che essi non dovessero contribuire alle avarie comuni. Il tribunale rigettava l'eccezione, in quanto non ricorreva il presupposto (oltre che dell'identità di oggetto) dell'identità delle parti coinvolte nelle due diverse domande, al contrario di quanto statuito successivamente dalla *Cour d'appel* di Parigi, la quale – accertata la sussistenza del limite imposto dalle norme processuali invocate dalle parti (le norme di procedura del Regno dei Paesi Bassi non permettevano di chiamare in causa gli assicuratori) – accoglieva l'eccezione in considerazione del fatto che la *Drouot assurances* era di fatto presente nel procedimento olandese «per interposto assicurato». La pronuncia è stata impugnata davanti alla *Cour de Cassation* che ha sollevato questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia. La Corte, pur riconoscendo che «in relazione all'oggetto delle due controversie, gli interessi di un assicuratore e del suo assicurato possono coincidere al punto che una sentenza pronunciata nei confronti dell'uno avrebbe forza di giudicato nei confronti dell'altro» (circostanza che si verificherebbe nel caso in cui un assicuratore, in forza del suo diritto di surrogazione, proponesse o fosse convenuto in un giudizio in nome del proprio assicurato senza che quest'ultimo possa influenzare lo svolgimento del processo), ha negato che sussistesse l'identità delle parti. Nell'ipotesi di specie, infatti, avendo la *Drouot assurances* agito non come rappresentante dei suoi assicurati, bensì in qualità di partecipante diretto al recupero della nave, la Corte non ha ritenuto esistente il requisito della identità e inscindibilità degli interessi, requisito che legittimerebbe la sussistenza della litispendenza. È interessante notare, sotto questo profilo, che per la delimitazione del profilo soggettivo rilevante ai fini della litispendenza, la pronuncia della Corte fa riferimento alla coincidenza dell'interesse delle parti, ossia a un elemento inerente all'oggetto della domanda. Pertanto l'individuazione del concetto di parte è subordinata

Alla luce dei casi qui richiamati, si può affermare che il tratto che caratterizza le pronunce, nelle quali la Corte di Giustizia ha ravvisato la riconducibilità della fattispecie sottoposta al suo esame nell'ambito dell'istituto della litispendenza, sono le ipotesi nelle quali la Corte valuta che l'eventuale decisione delle controversie pendenti davanti a giudici diversi avrebbe lo stesso effetto. Al riguardo per la Corte sussiste litispendenza ogni volta in cui, a seguito di un giudizio prognostico, il giudicato delle due pronunce potrebbe produrre il medesimo effetto e, quindi, la prosecuzione parallela dei due giudizi potrebbe determinare una violazione del principio del *ne bis in idem*. Principio questo, che "esclude che entri a far parte del mondo giuridico un atto che abbia la stessa direzione di un altro già posto in essere, e nel quale si trova espressa, in maniera esemplare, l'idea che l'atto di esercizio di un potere rappresenta sempre, e non solo sul piano materiale ma anche su quello processuale, un ostacolo al reiterato esercizio del potere medesimo"²⁸. A ciò si aggiunga che la prosecuzione dei due procedimenti per vie parallele comporterebbe il rischio di un eventuale diniego di riconoscimento della seconda decisione per "contrasto" (incompatibilità) delle decisioni a norma dell'art. 27, punto 3, della Convenzione di Bruxelles (oggi art. 45, par. 1, lett. c), reg. n. 1215/2012).

In altre parole la Corte di Giustizia applica la disciplina della litispendenza non solo all'ipotesi di identità di domande (ipotesi nelle quale potrebbe porsi un problema di *ne bis in idem*), ma anche alle ipotesi in cui le due pronunce potrebbero raggiungere il medesimo effetto. Lo scopo è dunque quello di attribuire la decisione ad un unico giudice al fine di evitare la contraddittorietà dei giudicati.

Nelle ipotesi in cui, al contrario, la Corte non dovesse ravvisare la sussistenza della litispendenza, la prosecuzione dei due procedimenti per vie parallele pone il diverso problema dell'efficacia vincolante della prima decisione nei confronti della decisione successiva, ovvero – in altri termini – il problema di stabilire in quale caso il secondo giudice debba conformarsi al precedente giudicato.

all'interpretazione di diritto sostanziale attribuita ai singoli Stati; in punto, cfr. C. Althammer, *Streitgegenstand und Interesse*, cit., pp. 135 s.

²⁸ Così, A. Attardi, *Diritto processuale civile*, 3^a ed., Padova 1999, p. 466.

Tale principio pare implicitamente ricavabile anche dalla pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Mærsk*²⁹, con la quale è stata esclusa dall'ambito applicativo dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles, la fattispecie avente per oggetto, da un lato, l'azione promossa dal proprietario di un natante dinanzi al giudice di uno Stato contraente, diretta alla costituzione di un fondo di limitazione della responsabilità, che designa nel contempo la vittima potenziale del danno e, dall'altro, l'azione di risarcimento del danno avviata da tale vittima dinanzi all'autorità giudiziaria di un altro Stato contraente nei confronti del proprietario del natante³⁰.

4. Il recepimento dell'orientamento della Corte di Giustizia nelle pronunce della Corte di Cassazione

E' opportuno precisare fin d'ora che saranno esaminati in questa sede soltanto gli orientamenti delle Corti nazionali in tema di litispendenza comunitaria (ipotesi di litispendenza riguardanti controversie soggette all'ordinamento di Stati membri) così tralasciando l'analisi della litispendenza internazionale (ossia il caso in cui la litispendenza riguarda

²⁹ Corte eur. giust., 14 ottobre 2004, C-39/02, *Mærsk Olie & Gas A/S / Firma M. de Haan en W. de Boer*.

³⁰ Più precisamente, la Corte ha escluso che ricorresse un'ipotesi di litispendenza, non essendo ravvisabile identità sia di oggetto sia di titolo fra le due cause. Non vi sarebbe identità di oggetto perché, "mentre l'azione di risarcimento del danno è diretta a far dichiarare la responsabilità del convenuto, la domanda di limitazione della responsabilità mira a ottenere che la responsabilità, nel caso in cui sia affermata, sia limitata ad un importo determinato ai sensi della Convenzione del 1957 (Convenzione internazionale conclusa a Bruxelles 10 ottobre 1957, sulla limitazione della responsabilità dei proprietari di natanti marini)"(*Mærsk*, I- 9698, punto 35). Non sussisterebbe identità del titolo, atteso che il "titolo" comprende i fatti e la norma giuridica addotta a fondamento della domanda (la pronuncia richiama la sentenza 6 dicembre 1994, causa C-406/92, *Tatry*, I-5439, punto 39) perché – anche ammesso che i fatti all'origine dei due procedimenti siano identici – è diversa la norma giuridica sulla quale si fonda ognuna delle due domande. Infatti, l'azione di risarcimento del danno è retta dalla disciplina della responsabilità extracontrattuale, mentre la domanda diretta alla costituzione di un fondo di limitazione della responsabilità è soggetta alla Convenzione del 1957 e alla relativa normativa di attuazione olandese (*Mærsk*, I- 9699, punto 38). Infine, degna di nota con riferimento al profilo che qui interessa è la pronuncia *Gantner/Basch* con cui la Corte di Giustizia ha affermato che, ai fini dell'applicazione dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles, per valutare se due domande proposte tra le medesime parti davanti a giudici di diversi Stati contraenti abbiano il medesimo oggetto, sono determinanti solo le domande dei rispettivi attori, ma non anche i mezzi di difesa dedotti dal convenuto (Corte eur. giust., 8 maggio 2003, C-111/01, *Gantner/Basch*).

controversie che coinvolgono uno Stato membro e uno Stato terzo)³¹. Ciò detto deve aggiungersi che l'orientamento della Corte di Giustizia in ordine alla nozione di identità di domande, rilevante ai fini della dichiarazione di litispendenza comunitaria, ha trovato riscontro nelle decisioni delle S.C. In primo luogo per la Corte sussiste identità di cause nel caso di procedimenti pendenti davanti a giudici di diversi Stati membri anche “tra la domanda volta ad ottenere che il convenuto venga dichiarato responsabile di un danno e condannato al risarcimento ed una precedente domanda del medesimo convenuto, volta ad ottenere l'accertamento negativo della propria responsabilità”³². Più precisamente, muovendo dall'applicabilità al caso di specie dell' art. 27 del reg. n. 44/2001 (sostituito oggi dal reg. n. 1215/2012), la Cassazione ha fatto propria l'interpretazione

³¹ In punto ci si limita ad osservare che relativamente alla litispendenza internazionale, la rigidità mostrata in ambito nazionale nel valutare la sussistenza del requisito di tale identità è superata o, meglio, sostituita in campo internazionale dalla regola che identifica l'identità della domanda in base allo scopo perseguito dalla tutela giurisdizionale. Secondo la Cassazione, infatti, «indipendentemente dal “*petitum*” immediato delle singole domande e dal titolo specificamente fatto valere», sussiste un'ipotesi di identità di domande quando vi sia «identità dei risultati pratici perseguiti» (naturalmente oltre all'identità delle parti); in questo senso, Cass., s.u., 28 novembre 2012, n. 21108, in *Riv. dir. int.*, 2 (2013), p. 630 ss.; in *Guida al dir.*, 1 (2013), p. 48, e in *Diritto & Giust.*, 2012, 29 novembre, con nota di L. Tantalò; ne consegue che va dichiarata la litispendenza internazionale, allorché la causa preventivamente promossa presso un giudice straniero, abbia per oggetto il perseguimento di un risultato pratico identico a quello perseguito con la domanda successivamente proposta (per un approfondimento del tema cfr. M.L. Serra, «*Valori funzionali*» del processo e domanda giudiziale, cit., p. 49 ss.).

³² Cass., s.u., 19 maggio 2009, n. 11532, in *Guida al dir.*, 29 (2009), p. 32; in Rivista telematica *Il civilista*, 2 (2011), scenari 8, con nota di A. Villa; sentenza con la quale la Suprema Corte ha statuito che agli effetti dell'art. 27 reg. n. 44/2001, che riproduce l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, [oggi art. 29 reg. n. 1215/2012] – e alla stregua dell'interpretazione di quest'ultima fornita dalla Corte di Giustizia con sentenza del 6 dicembre 1994, in causa C-406/92, *Tatry* – sussiste identità di causa fra la domanda di condanna e quella di accertamento negativo pendenti fra giudici di diversi Stati membri (la controversia riguardava la domanda proposta davanti a un Tribunale italiano dagli eredi accettanti con beneficio di inventario nei confronti di una banca tedesca, per la condanna al risarcimento dei danni, conseguenti alla vendita del patrimonio immobiliare del loro padre, effettuata dopo la morte di questi da uno dei legali rappresentanti della banca, in qualità di procuratore del *de cuius*). Prima dell'instaurazione del giudizio in Italia i convenuti avevano promosso dinanzi a un Tribunale tedesco nei confronti delle figlie del *de cuius* un giudizio di accertamento negativo del danno vantato da queste in relazione ai fatti menzionati nel ricorso per sequestro conservativo (richiesto al giudice italiano dalle stesse sugli immobili del *de cuius*).

di tale disposizione offerta dalla Corte di Giustizia nel caso *Tatry*, per la quale la domanda, volta a ottenere che il convenuto sia dichiarato responsabile di un danno e condannato al risarcimento, ha lo stesso oggetto di una precedente domanda del medesimo convenuto con la quale si chiede che egli non sia dichiarato responsabile di tale danno³³. Conseguentemente la Suprema Corte ha affermato il difetto di giurisdizione del tribunale italiano adito, in quanto – prima dell’instaurazione del giudizio in Italia – i convenuti avevano instaurato, nei confronti di parte attrice, dinanzi a un tribunale tedesco, che aveva dichiarato la propria competenza, un giudizio di accertamento negativo del danno da essa vantato con riferimento alle circostanze di fatto esposte nel ricorso (per sequestro conservativo).

Principio ribadito dalle Sezioni Unite³⁴, per le quali sussiste litispendenza, tra la causa avente ad oggetto l’accertamento negativo della responsabilità aquiliana dell’attore e la causa, pendente tra le stesse parti dinanzi al giudice di altro Paese dell’Unione, proposta dal medesimo soggetto convenuto in altro giudizio, volta a ottenere la condanna della controparte al risarcimento dei danni.

La Cassazione, muovendo dal presupposto per cui compete al giudice della causa proposta per prima interrogarsi sulla propria giurisdizione, mentre il giudice della causa instaurata successivamente deve limitarsi a sospendere il giudizio, declinando quindi la giurisdizione nel caso in cui sia stata definitivamente accertata quella del primo giudice, ha ritenuto che, in applicazione di tali principi, dovesse essere disposta la sospensione della causa promossa davanti al tribunale italiano, perché introdotta in pendenza dell’azione risarcitoria già promossa in Germania. Riguardo all’identità di domande, requisito indispensabile per la dichiarazione della litispendenza comunitaria, la Suprema Corte afferma che in tal caso «sussiste la necessaria identità di *petitum* e parti». Segnatamente, quanto al *petitum*, la Cassazione ribadisce l’orientamento della Corte di Giustizia (espresso nel già richiamato caso *Tatry*) secondo cui vi è “identità di causa

³³ L’art. 27 del regolamento CE dispone che, qualora davanti a giudici di Stati membri differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, il giudice successivamente adito sospenda, il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice adito in precedenza e se la competenza del giudice preventivamente adito è stata accertata il giudice successivamente adito dichiara la propria incompetenza in favore del primo.

³⁴ In questo senso, Cass., s.u., 8 giugno 2011, n. 12411.

fra la controversia promossa per accertare la dannosità di un determinato comportamento del convenuto e la controversia da costui proposta per far accertare che dal predetto comportamento non è invece derivato alcun pregiudizio all'attore”.

Per quel che concerne invece l'identità di parti, il giudice di legittimità ha ritenuto che tale identità non venga meno nel caso in cui l'azione di accertamento negativo sia proposta da società costituita (anche fittiziamente) solo a tal fine³⁵.

5. Segue: nelle pronunce della Corte austriaca

Conclusione sostanzialmente analoga è accolta dall'OGH, nonostante che, per diritto interno, la litispendenza sussista (soltanto) allorché la pretesa contenuta nella seconda domanda sia pienamente ricompresa nella prima e sia, quindi, da negare se la proposizione dell'azione di condanna sia successiva all'azione di accertamento negativo. Ed infatti la nozione di identità di cause è intesa in senso più ampio nelle ipotesi in cui la Suprema Corte austriaca sia chiamata ad interpretare tale nozione al fine di applicare la disciplina della litispendenza comunitaria.

In materia occorre ricordare che, a norma del § 233 öZPO, a seguito della pendenza della lite, non può essere instaurata davanti allo stesso o ad altro giudice una controversia avente ad oggetto la medesima domanda (*Anspruch*). Con riferimento agli sviluppi applicativi derivanti dall'interpretazione giurisprudenziale del concetto di oggetto della domanda, l'orientamento consolidato della Suprema Corte austriaca è, pertanto, nel senso di ritenere che la proposizione di una successiva domanda di condanna rispetto all'instaurazione di un giudizio di accertamento negativo non concretizzi un'ipotesi di litispendenza, poiché trattasi di due domande differenti³⁶.

³⁵ Essendo al riguardo ininfluenza - secondo la S.C. - la presenza, nella causa italiana, della società a tal fine costituita con sede in Italia “di cui può ritenersi il carattere fittizio in ragione della data della sua costituzione nonché della mancanza di prova in ordine all'effettivo svolgimento di una qualche attività e della disponibilità, a tal fine, di locali, personale ed attrezzature”.

³⁶ In questo senso, OGH 19 maggio 2015, 10 Ob 29/15k; OGH 23 aprile 2014, 4 Ob 52/14x, in *SZ* 40/ 2014; OGH 6 giugno 2013, 5 Ob 50/13h; OGH 15 dicembre 1997, 1 Ob 60/97y.

La Corte, al fine della decisione³⁷, muove da un lato dal dato testuale (§ 233 ÖZPO) che identifica il presupposto per la dichiarazione della litispendenza nell'identità della domanda e, dall'altro, dal consolidato principio per cui sussiste la stessa pretesa nel caso di identità delle parti, purché la pretesa processuale, fatta valere con la nuova domanda, coincida sia per il *petitum* (*Begehren*) sia per il fatto costitutivo del diritto (*rechtserzeugender Sachverhalt*) con quella dedotta nel primo processo. La pretesa di natura sostanziale è sotto questo profilo irrilevante, poiché il giudice non decide sui rapporti di diritto privato come tali, ma sulle domande (*Begehren*) che da questi derivano. La nozione processuale di oggetto della domanda è determinata dal *Klagebegehren* (il *petitum* della domanda) e dal *rechtserzeugenden Sachverhalt* (fatto costitutivo del diritto)³⁸.

Ciò premesso, l'OGH chiarisce che vi è litispendenza però anche qualora il *petitum* (*Begehren*) – come accade, di regola, quando le parti invertono i ruoli di attore e convenuto – sia opposto (ovvero, il *petitum* di una domanda sia l'opposto dell'altra)³⁹ e in particolare nel caso in cui, successivamente alla proposizione di un'azione di accertamento negativo, sia fatta valere una domanda di accertamento positivo avente per oggetto la medesima pretesa (di diritto sostanziale) o lo stesso rapporto giuridico. In via generale, conclude la Corte, questa situazione ricorre quando la decisione sulla prima domanda ricomprende pienamente anche la

³⁷ OGH 23 aprile 2014, 4 Ob 52/14x, in *SZ*, 40/2014, nella controversia relativa all'azione promossa [davanti al Tribunale (*Landesgericht*) di Eisenstadt] da parte del gestore del sistema di distribuzione dell'energia elettrica nei confronti del convenuto per ottenere la condanna al pagamento di quanto dallo stesso dovuto (oltre al corrispettivo per consumo energetico) quale compenso per i servizi accessori goduti nel periodo di fornitura dell'energia. La domanda del gestore era stata formulata in un momento successivo alla proposizione da parte del debitore/convenuto [davanti al Tribunale delle Imprese di Vienna (*Handelsgericht Wien*)] della domanda promossa nei confronti dello stesso gestore del servizio, avente ad oggetto l'accertamento negativo della sussistenza dell'obbligo in capo al somministrato di pagare (oltre il corrispettivo per la fornitura) l'importo preteso dal gestore a titolo di «servizi accessori». Di qui l'eccezione di litispendenza del convenuto, in quanto l'oggetto della domanda di condanna doveva ritenersi incluso nell'oggetto della domanda di accertamento negativo da lui precedentemente proposta e la replica dell'attore, imperniata sull'assunto per cui l'azione di condanna perseguirebbe un più ampio "*Rechtsschutzziel*" [scopo della tutela giuridica] rispetto alla domanda di accertamento negativo.

³⁸ Nello stesso senso, OGH 29 ottobre 1975, 1 Ob 217/75, in *SZ* 48/113; RIS-Justiz RS0037419; e, da ultimo OGH 17 dicembre 2012, 4 Ob 198/12i, in *ecolex*, (2013), p. 701.

³⁹ In punto, RIS-Justiz RS0039246.

decisione del secondo procedimento⁴⁰. Ciò è evidente nel caso in cui la domanda di accertamento negativo precedentemente proposta sia accolta, ma vale anche nell'ipotesi di rigetto di tale domanda, poiché dalla doppia negazione discende anche l'accertamento con efficacia di giudicato della sussistenza della pretesa o del rapporto giuridico⁴¹. Di qui anche la conclusione per cui la domanda di accertamento negativo non compromette, per mancanza di identità del *petitum*, la proposizione di una successiva azione di condanna⁴².

Al contrario, non è sufficiente al fine di dichiarare la litispendenza, la potenziale efficacia vincolante (*die potentielle Bindungswirkung*) della decisione che sarà adottata nel primo giudizio, nel senso che non vi è litispendenza se l'accertamento, compiuto dal giudice nel giudizio preventivamente instaurato, non coincide pienamente con il possibile contenuto dell'accertamento della domanda successivamente proposta davanti ad altro giudice e, quindi, quando il giudicato non produce l'effetto del *ne bis in idem*, ma produce unicamente l'effetto di efficacia vincolante⁴³.

⁴⁰ Fattispecie che ricorre, a titolo di esempio, quando nella prima domanda sia chiesto l'accertamento dell'inesistenza del contratto di locazione e nel secondo processo sia richiesto l'accertamento della sussistenza del medesimo contratto (OGH 20.9.1994, 4 Ob 563/94, in *MietSlg* 46.645); quando prima sia promossa un'*actio negatoria* e poi sullo stesso fondo sia promossa un'*actio confessoria* (OGH 15.12.1997, 1 Ob 60/97y, in *SZ* 70/261) o quando sia stata promossa azione di accertamento della insussistenza di pretese derivanti da un incidente e successivamente sia proposta azione di accertamento della responsabilità per futuri danni derivanti dallo stesso incidente (OGH 23.3.1999, 1 Ob 55/99s, in *EvBl* 1999/145).

⁴¹ In punto, RIS-Justiz RS0039157.

⁴² In punto, H.W. Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2^a ed., Wien 1990, Rz 1187; P. Mayr, in H.W. Fasching - A. Konecny, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 2^a ed., III, Wien 2003, § 233 ZPO, Rz 9; W.H. Rechberger - D.A. Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 8^a ed., Wien 2010, Rz 716, anche se con riferimento, in primo luogo, al rapporto fra azione di accertamento positivo e azione di condanna.

⁴³ Da tale premessa deriva, secondo la Corte, la diversità fra la nozione di litispendenza nel senso accolto dalla costante giurisprudenza e la situazione sottoposta al suo esame: una decisione di rigetto nel procedimento riguardante l'azione di accertamento negativo non porta nella fattispecie in esame alla creazione di un titolo esecutivo della pretesa di pagamento vantata dall'attore. Una successiva azione di condanna non sarebbe contraria al principio del *ne bis in idem*, poiché parte attrice potrebbe ottenere attraverso la proposizione di essa un ordine di condanna (*Leistungsbefehl*) contro il convenuto. In tale ipotesi si deve rispettare non il principio del *ne bis in idem*, quanto piuttosto quello dell'efficacia vincolante della precedente decisione (*Bindungswirkung*), che – per la giurisprudenza illustrata – esclude la dichiarazione di litispendenza. La situazione inversa (proposizione prima della domanda di condanna e poi di accertamento

All'opposto dell'interpretazione generalmente accolta rispetto alla nozione di litispendenza "domestica", è principio costante e consolidato nella giurisprudenza della Corte Suprema che debba ammettersi il riconoscimento della sussistenza della litispendenza comunitaria nel caso di coincidenza del *Kernpunkt* delle domande pendenti presso giudici di diversi Stati membri dell'Unione. In applicazione di tale principio l'OGH ha ritenuto che, nell'individuazione del concetto di identità di domande, debba essere tenuta in considerazione l'interpretazione della Corte di Giustizia che individua un concetto ampio di "*Verfahrensgegenstand*" (oggetto del procedimento). Da ciò consegue, secondo l'OGH, che nel caso in cui il tenore letterale dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles, come avviene nella versione tedesca, non preveda espressamente la distinzione fra "*Gegenstand*" (oggetto) e "*Grundlage*" (fondamento) del diritto/pretesa/domanda (*Anspruch*), ciò non di meno ad essa debba essere riconosciuto lo stesso significato attribuitole nelle altre versioni (ad es. quella italiana e quella francese) che prevedano tale distinzione (*petitum e causa petendi*).

Pertanto sussiste identità di *causa petendi* e *petitum* quando, rispettivamente, le cause/domande si basino sullo stesso *Vertragsverhältnis* (rapporto contrattuale) e quando coincida l'oggetto della domanda, come si verifica allorché coincide il *Kernpunkt* (fulcro delle domande). Vi è dunque identità quando le domande abbiano lo stesso scopo (*Zweck*), che si individua in base al *petitum* posto al centro di entrambi i procedimenti ("*welche Begehren im Mittelpunkt beider Verfahren stehen*")⁴⁴. In applicazione di tali principi è stata esclusa la

dell'inesistenza dello stesso credito) è da giudicare, anche per la prassi, in maniera differente. Se lo scopo della tutela giuridica perseguito con la domanda di accertamento non mira ad altro che al rigetto della pretesa, allora sussiste la litispendenza (v. BGH, 21 dicembre 2005 - X ZR 17/03, in *NJW*, 2006, p. 515; BGH, 22 gennaio 1987 - I ZR 230/85, in *BGHZ*, 99, p. 340; ma già, OGH 12 agosto 2019, 3 Ob 519/53, in *SZ* 26/2004; OGH 18 ottobre 1990, 6 Ob 672/90, in *Jus-Extra* OGH-Z 727; cfr. anche OGH 19 novembre 2008, 3 Ob 185/08i = *SZ* 2008/170). Questo comporta, però, che in tal caso il rigetto della domanda di condanna regoli conclusivamente anche la domanda di accertamento negativo. Dunque, a tal fine rileva certamente la sequenza (o l'ordine) di successione delle domande. Sarebbe certamente ipotizzabile dichiarare, in tali casi, non tanto la litispendenza quanto la carenza di interesse ad agire a norma del § 228 öZPO, ciò che porta non alla dichiarazione di improcedibilità ma al rigetto della domanda (*was nicht zur Zurück-, sondern zur Abweisung führte*).

⁴⁴ In questo senso, OGH 25 febbraio 1999, 6 Ob 139/98d.

litispendenza per mancanza di identità di *causa petendi* nel caso di domanda proposta davanti a un Tribunale spagnolo diretta ad accertare la simulazione di un contratto di cessione rispetto alla precedente domanda proposta davanti ad un Tribunale austriaco volta da ottenere l'accertamento della lesione *ultra dimidium*, patita dal contraente per violazione dei doveri di buona fede e correttezza da parte dell'altro contraente⁴⁵. La litispendenza è stata invece ritenuta sussistente fra la domanda pendente in Italia di accertamento negativo della sussistenza del diritto al risarcimento del danno e la domanda successivamente proposta dal medesimo convenuto, davanti al giudice austriaco, volta ad ottenere la condanna dell'attore del precedente giudizio al risarcimento del danno derivante dal medesimo rapporto contrattuale⁴⁶.

6. Segue: e della Corte tedesca

Anche l'orientamento del BGH in tema di litispendenza comunitaria si distingue dalla soluzione accolta dalla stessa Corte con riferimento al diritto interno, secondo la quale la proposizione della successiva azione di condanna fa venire meno l'interesse ad agire nell'azione di accertamento negativo⁴⁷.

Non diversamente da quanto disposto dal codice di rito austriaco, il codice di procedura civile tedesco prevede che durante la pendenza della causa non possa essere instaurata altra controversia relativa alla medesima domanda (§ 261 Abs. 3, n. 1dZPO). In punto di rapporti fra azione di accertamento negativo e successiva azione di condanna, peraltro, è principio consolidato in Germania che, in caso di pendenza di una domanda di accertamento negativo e successiva proposizione di una domanda di condanna avente per oggetto le medesime questioni controverse, prevalga quest'ultima, in quanto l'oggetto della domanda di accertamento negativo è interamente coperto/assorbito nell'azione di condanna⁴⁸. La domanda di accertamento negativo, pertanto, va dichiarata

⁴⁵ OGH 26 aprile 2005, 6 Ob 122/09y.

⁴⁶ OGH 15 luglio 2011, 8 Ob 149/10k.

⁴⁷ In questo senso, BGH, 22 gennaio 1987 - I ZR 230/85, cit.; BGH, 7 luglio 1990 - I ZR 30/92, in *NJW* 1994, p. 3107; BGH, 21 dicembre 2005 - X ZR 17/03, cit.

⁴⁸ Sebbene, quindi, la formulazione della norma corrisponda sostanzialmente a quella contenuta nel codice di procedura civile austriaco, la giurisprudenza tedesca ne propone

inammissibile per difetto di interesse (ad agire)⁴⁹. La *ratio* sottesa a tale orientamento è di evitare decisioni contraddittorie, come pure – tenendo conto dell’esigenza essenziale di economia processuale, dal punto di vista sia dell’interesse delle parti sia della giustizia – quella di scongiurare che si svolgano procedimenti paralleli sullo stesso oggetto della domanda⁵⁰. Principio ribadito anche di recente dal BGH per il quale, fino al momento in cui la richiesta di condanna copre l’oggetto della domanda, non vi sono ragioni per non far prevalere tale azione rispetto a quella di accertamento negativo, salvo – come più volte affermato dalla stessa Corte – che la causa di accertamento sia matura per la decisione prima che l’azione di condanna non possa più essere unilateralmente ritirata dalla parte⁵¹. Al riguardo può aggiungersi che l’orientamento del BGH è chiaramente indirizzato verso un *favor* nei confronti dell’azione di condanna, in quanto si ritiene che la permanenza dell’interesse ad agire in accertamento venga meno, con

un’interpretazione opposta, nel senso che l’azione di condanna successivamente proposta fa venire meno l’interesse ad agire nell’azione di accertamento negativo; in questo senso, BGH, 22 gennaio 1987 - I ZR 230/85, cit.; BGH, 7 luglio 1994 - I ZR 30/92, cit.; BGH, 22 gennaio 1987 - X ZR 17/03, cit.

⁴⁹ In questo senso, cfr. BGH, 22 gennaio 1987 - I ZR 230/ 85.

⁵⁰ L’unica eccezione a questa regola – nel senso che l’interesse alla domanda di accertamento negativo permane nonostante la successiva proposizione di un’azione di condanna – è subordinata alla sussistenza di due contestuali requisiti: a) che il procedimento relativo alla domanda di accertamento del diritto controverso abbia raggiunto – specialmente nel giudizio di impugnazione – una fase avanzata, ossia la causa sia matura per la decisione o sostanzialmente matura per la decisione (*wenn der Feststellungsrechtsstreit – insbesondere in einer Rechtsmittelinstanz - entscheidungsreif oder im wesentlichen zur Entscheidungsreife fortgeschritten ist*); b) che la domanda di condanna non sia ancora matura per la decisione. Dunque, al fine di valutare la sussistenza dell’interesse ad agire nel procedimento di accertamento (che deve essere rilevato d’ufficio durante tutto il procedimento, come evidenziato da BGH, 22 gennaio 1987 - I ZR 230/85), cit., bisogna considerare lo stato di avanzamento di entrambi i procedimenti. Ciò vuol dire che non è sufficiente che la causa di accertamento negativo sia matura per la decisione ma è pure necessario che il procedimento di condanna si trovi soltanto in una fase iniziale, la quale – secondo il BGH – corrisponde al momento (*Zeitpunkt*) in cui la domanda di condanna può ancora essere unilateralmente ritirata.

⁵¹ Nel caso di specie il BGH ha rigettato la domanda di accertamento negativo del diritto al risarcimento del danno in seguito alla proposizione da parte del convenuto dell’azione condanna di segno opposto. Tale azione era volta a ottenere il risarcimento del danno, conseguente alla pronuncia da parte del *Bundespategericht* (Tribunale federale competente in materia di brevetti) adito dal convenuto, con la quale veniva dichiarata la nullità del brevetto del quale parte attrice [o meglio, una società del gruppo (*Schwesterunternehmen*)] affermava di essere titolare.

conseguente declaratoria di inammissibilità della relativa domanda, a seguito di pronuncia di condanna (anche se) generica, nei limiti in cui la domanda di condanna corrisponda (*entspricht*) alla domanda di accertamento (il che si verifica anche quando l'importo indicato nella pronuncia di condanna sia minore rispetto a quello oggetto dell'accertamento negativo⁵²).

Per quanto riguarda la nozione di identità di domande nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria, invece, il principio affermato dal BGH fa leva su una interpretazione più ampia di tale nozione, giustificata dallo scopo, più volte ribadito nelle diverse pronunce, di evitare un potenziale conflitto di giudicati e, in particolare, il rischio del rifiuto del riconoscimento della sentenza a causa della sua "incompatibilità" con quella pronunciata nello Stato presso il quale il riconoscimento è richiesto. Sulla base di tale presupposto il BGH ritiene che la nozione di litispendenza di cui all'art. 21 della Convenzione di Bruxelles [a tale Convenzione era attribuita la regolamentazione della fattispecie, poi disciplinata dal reg. n. 44/2001 e oggi dal reg. 1215/2012] comprenda nel suo ambito il caso di proposizione di una domanda di accertamento dell'inefficacia del contratto mentre è pendente presso un giudice di altro stato membro la domanda di condanna alla restituzione della prestazione effettuata sulla base del

⁵² Nel caso di proposizione di una domanda di condanna generica, volta ad ottenere il riconoscimento di una somma minima (*Mindestbetrag*) – rileva il BGH – è pendente non solo tale domanda ma anche quella sul diritto nella sua totalità. La pronuncia di una sentenza di merito comprende, pertanto, l'intero diritto, con la conseguenza che il riconoscimento della pretesa (a una somma minore o superiore) comporta allo stesso tempo l'accertamento che nel procedimento di accertamento negativo, volto ad accertare l'insussistenza del diritto del convenuto ad ottenere il risarcimento del danno, all'attore non spetta alcun diritto. La soluzione è criticata in dottrina sia da chi ritiene che la proposizione della successiva azione di condanna non farebbe venir meno l'interesse ad agire nel primo procedimento istaurato con azione di accertamento negativo, ma comporterebbe la possibile sospensione del secondo procedimento (in questo senso, D. Assmann, in *Wieczorek - R.A. Schütze*, in *ZPO*, 4^a ed.IV, § 256, Berlin 2013, Rn. 255 sia da chi (ed è la tesi maggioritaria) ritiene che la litispendenza vada dichiarata se la domanda di condanna non è proposta davanti al giudice del primo processo (Cfr., H. Roth, cit., § 256, Rn. 96; E. Becker-Eberhard, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4^a ed.I, § 256, München, 2012, Rn. 61 s., 67, e § 261, Rn. 65; U.P. Gruber, *Das Verhältnis der negativen Feststellungsklage zu den anderen Klagearten im deutschen Zivilprozess – Plädoyer für eine Neubewertung*, in *ZZP*, 117 (2004), pp. 133 ss., pp. 154 ss., 255; H. Roth, in F. Stein – M. Jonas, *ZPO*, 22^a ed., § 256, Rn. 96 s., e § 261, Rn. 28 ss. e 32; tutti con ulteriori riferimenti).

medesimo contratto⁵³. Sotto questo profilo, afferma il BGH, decisiva al fine di valutare l'identità delle cause non è l'identità delle domande, quanto piuttosto la coincidenza del *Kernpunkt* delle relative controversie. A ciò si aggiunga che, secondo il BGH, la nozione di identità di domande, riconducibile – secondo l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia – nell'ambito applicativo dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles, va interpretata in senso ampio, attribuendo a essa un significato volto a evitare la contraddittorietà di sentenze ai sensi dell'art. 27, punto 3, della Convenzione di Bruxelles. Contraddittorietà che si potrebbe verificare nel caso in cui fosse proposta domanda di condanna all'adempimento di un contratto, mentre in un altro stato membro fosse stata accertata l'inefficacia di tale contratto. La domanda della parte che abbia ottenuto il provvedimento di condanna dovrebbe tenere conto che la sentenza di condanna a lei favorevole non potrebbe ottenere il riconoscimento in quello stato ai sensi dell'art. 27, punto 3, della Convenzione⁵⁴.

Giova inoltre sottolineare come il BGH abbia precisato che ai fini della sussistenza della litispendenza ai sensi dell'art. 21 della Convenzione, non rileva il momento in cui sia stata proposta la domanda di accertamento negativo perché il diritto comunitario non prevede, a differenza di quello interno, la priorità della domanda di condanna rispetto a quella di accertamento negativo, con la conseguenza che la litispendenza deve essere dichiarata anche quando sia stata proposta per prima la domanda di accertamento negativo⁵⁵. In applicazione di tali principi il BGH si è pronunciato anche di recente per l'identità di domande, sempre che vi sia identità di parti⁵⁶, quando le due domande abbiano ad oggetto

⁵³ BGH, 8 febbraio 1995 - VIII ZR 14/94.

⁵⁴ Allo stesso tempo, però, si legge nella pronuncia del BGH che l'applicazione dell'art. 21 della Convenzione non dipende da una valutazione prognostica positiva di riconoscimento della sentenza ("*Für die Anwendung des Art. 21 Abs.1 EuGVÜ kommt es jedoch auf eine (positive) Anerkennungsprognose nicht an*"); in questo senso, BGH, 8.02.1995 - VIII ZR 14/94, ove i richiami a J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 4^a ed., 1993, Art. 21 Rn. 12; R. Bülow - K.H. Böckstiegel - C.F. Müller, *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Art. 21 EuGVÜ B I 2*; R. Geimer - R.A. Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung*, § 44 I 1 c; S. Isenburg-Epple, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968*, 1992, p. 81 s.

⁵⁵ In questo senso, BGH, 11 dicembre 1996 - VIII ZR 154/95.

⁵⁶ BGH, 19 febbraio 2013 - VI ZR 45/12, ha escluso la sussistenza del requisito dell'identità delle parti nel procedimento instaurato in Germania dall'assicurato ivi

l'accertamento dell'inefficacia o efficacia del contratto⁵⁷, come pure nell'ipotesi in cui presso uno stato membro sia proposta domanda di accertamento della sussistenza di una giusta causa di risoluzione del contratto e, successivamente, sia stata promossa in Germania un'azione di condanna al risarcimento del danno per essere stata la risoluzione del contratto (di agenzia) non conforme alle prescrizioni di legge (§ 539 ZPO)⁵⁸.

7. Il superamento della concezione basata su criteri “formalistici” della nozione di identità di domande rilevante ai fini della litispendenza

Le conclusioni raggiunte dalla Corte di Cassazione in tema di litispendenza comunitaria e internazionale sono il risultato di una progressiva elaborazione sfociata nel superamento della nozione di litispendenza intesa come identità formale degli elementi di identificazione della domanda in favore di una nozione di litispendenza più ampia. Giova, infatti, ricordare che sino alla fine degli anni novanta la nostra Corte Suprema escludeva – “per mancata identità di *petitum*” – la litispendenza tra cause aventi ad oggetto, rispettivamente, il mero accertamento negativo della sussistenza di una obbligazione e l'accertamento della sussistenza e della validità della

residente, volto ad ottenere la condanna al risarcimento del danno dell'assicurazione per la responsabilità civile della controparte coinvolta nell'incidente, e la previa domanda di risarcimento del danno instaurata in Belgio dalla stessa controparte nei confronti dell'attore del procedimento pendente in Germania. Il BGH, pur richiamando la nozione di “stessa parte” accolta dalla Corte di Giustizia - secondo la quale il concetto di identità di parte deve essere interpretato in senso lato, nel senso che sussiste identità di parti anche quando non vi è identità di soggetti ma vi è coincidenza e inscindibilità dell'interesse delle parti – ha escluso che nel caso di specie fosse ravvisabile tale identità. Esclusione derivante dal fatto che – secondo il BGH – l'identità di interesse fra la compagnia assicurativa e l'assicurato sussiste quando la compagnia assicuratrice cita o è citata al posto dell'assicurato, senza che l'assicurato sia in grado di influenzare il corso del procedimento, mentre nel caso di specie entrambi (la compagnia assicurativa e l'assicurato) hanno avuto la possibilità di fare valere il proprio interesse in giudizio nei confronti delle altre parti coinvolte. L'identità di parti e anche l'identità dell'oggetto sono state escluse nel caso in cui le diverse controversie giuridiche abbiano riguardato le singole posizioni nazionali derivanti da un brevetto principale europeo, poiché le singole quote nazionali del brevetto non sono da considerare come un unico diritto da tutelare; in questo senso, LG Düsseldorf, 17 marzo 2009 – 4 O 218/08.

⁵⁷ BGH, 8 febbraio 1995 - VIII ZR 14/94.

⁵⁸ BGH, 6 febbraio 2002 - VIII ZR 106/01.

medesima obbligazione nonchè la richiesta di condanna della controparte all'adempimento (ovvero al risarcimento dei danni da inadempimento)⁵⁹. A tale periodo può farsi risalire il superamento della nozione formale di identità di cause ai fini della dichiarazione di sussistenza della litispendenza in tema di litispendenza comunitaria, perché la Corte di Cassazione recepisce l'interpretazione della Corte di Giustizia in tema di individuazione del concetto di identità di domande⁶⁰; interpretazione che

⁵⁹ In questo senso, Cass. s.u. 28 maggio 1998, n. 5295. Conviene premettere che la pronuncia riguardava ipotesi classificabili, all'epoca, come casi di litispendenza internazionale. L'orientamento giurisprudenziale è degno di nota se si considera che l'interpretazione del concetto di identità di domande fornita dalla S.C. è di segno esattamente opposto rispetto a quella che già era stata accolta all'epoca dalla Corte di Giustizia [nelle pronunce *Gubisch* (1987) e *Tatry* (1994)]. Più precisamente, la Cassazione interpreta la disposizione normativa di cui all'art. 8 della Convenzione italo-svizzera del 1933 (in forza della quale il giudice di ciascuno dei due Stati deve spogliarsi della giurisdizione ove i fatti portati alla sua conoscenza risultino già pendenti dinanzi ad un giudice dell'altro Stato), nel senso che essa «si limita a considerare la sola ipotesi della litispendenza, e non trova applicazione qualora le cause siano, tra loro, soltanto connesse, ovvero abbiano, quale nucleo centrale ed essenziale, la medesima questione ovvero il medesimo rapporto». Questo perché, secondo la giurisprudenza di legittimità, tale previsione pattizia introduce «una deroga al generale principio, consacrato nell'art. 3 del codice di rito» (disposizione, all'epoca della pronuncia ancora applicabile, a norma dell'art. 72 della legge n. 218 del 1995), secondo il quale la giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza della medesima causa, o di altra connessa, dinanzi al giudice straniero, così che il concetto di «pendenza della lite va inevitabilmente ricostruito in senso restrittivo, ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c. c.». Principi che la S.C. aveva in precedenza affermato anche in sede di interpretazione dell'art. 12 della convenzione italo-austriaca del 16 novembre 1971 (resa esecutiva con legge n. 71 del 1974), precisando che tale norma, in deroga al principio fissato dall'art. 3 c. p. c., regola «esclusivamente il caso della litispendenza, cioè di contemporanea pendenza di cause con identità di soggetti, oggetto e titolo, mentre non può essere invocato nella diversa ipotesi di continenza o di connessione di cause». In applicazione di tale principio, la S.C. ha escluso che nel caso di controversia promossa davanti al giudice italiano, per l'accertamento di un rapporto di lavoro e la condanna del datore di lavoro al pagamento di determinate spettanze, la circostanza che fosse stato preventivamente adito il giudice austriaco, con domanda limitata all'accertamento del rapporto, potesse «valere ad interferire sulla giurisdizione del giudice italiano, nemmeno sotto il profilo di un obbligo di sospensione del processo in attesa della pronuncia straniera sulla questione comune ad entrambe le cause (sussistenza del rapporto)»; in questo senso, Cass., s.u., 23 marzo 1983, n. 2022; in senso conforme, Cass. 8 marzo, 1995, n. 2718.

⁶⁰ In tale occasione, la S.C. (Cass., s.u., 28 aprile 1999, n. 274) ha infatti affermato, che «nell'ambito del sistema delineato dall'art. 21 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 [ratificata in Italia con legge 21 giugno 1971, n. 804, come modificata dall'art. 8 della Convenzione di San Sebastian], mirante a evitare la formazione di decisioni parallele e parzialmente contrastanti, in grado di ostare al riconoscimento e all'esecuzione reciproci, nel caso di domande proposte anche davanti al giudice di altro

viene estesa dalla S.C., a partire dagli inizi del secolo, anche all'ambito internazionale, al fine di valutare la sussistenza del requisito dell'identità di domande pendenti tra le stesse parti dinanzi al giudice italiano e ad un giudice di uno Stato terzo/extracomunitario.

Si viene così consolidando in campo comunitario e internazionale l'orientamento per una nozione di litispendenza fondata su un concetto di identità di domande che supera il concetto formale di identità di cause e, quindi, prescinde dalla piena coincidenza degli elementi di identificazione della domanda. Risultato al quale la S.C. perviene facendo proprio il principio affermato dalla Corte di Giustizia, per cui il concetto di litispendenza non va accertato alla stregua di «criteri formalistici e restrittivi», perché sussiste identità di domande quando vi sia «identità dei risultati pratici perseguiti». Conclusione che s'impone in funzione dell'obiettivo da perseguire, diretto a evitare la formazione di decisioni parallele e parzialmente contrastanti in grado di ostare al reciproco riconoscimento e alla conseguente esecuzione delle decisioni dei diversi Stati, e che viene conseguito tramite il recepimento, anche in materia di litispendenza internazionale, dell'interpretazione armonizzatrice della Corte di Giustizia in punto di definizione della nozione di identità di domande.

La portata generale delle conclusioni raggiunte dalla Corte di Cassazione italiana appare maggiormente indirizzata verso un concetto più elastico di identità di domande, quando si considerino le diverse soluzioni proposte dalle Supreme Corti austriaca e tedesca con riferimento alla litispendenza internazionale. Al riguardo, infatti, si deve ricordare che⁶¹ l'OGH esclude che possano trovare applicazione in campo internazionale le regole della litispendenza comunitaria e, conseguentemente, conclude nel senso che in pendenza della domanda presso uno stato terzo, debbano trovare

Stato contraente [...] il giudice italiano, sulla base di quanto stabilito dal citato art. 21, deve innanzitutto accertare se ricorra un'ipotesi di litispendenza – nella più ampia accezione, rispetto a quella dei singoli ordinamenti nazionali, elaborata dalla Corte di giustizia della CEE con sentenza 8 dicembre 1987 in causa 144/86 [*Gubisch*] – e, in caso affermativo, quale delle due sia stata instaurata per prima».

⁶¹ Per un approfondimento del tema, cfr. M.L. Serra, “*Valori funzionali*” del processo e domanda giudiziale, cit. p. 55 ss.

applicazione le regole nazionali o quelle pattizie della *lex fori* (ovvero dell'ordinamento austriaco)⁶².

Soluzione sostanzialmente non diversa emerge nell'orientamento del BGH il quale ammette l'applicabilità del concetto di litispendenza valido in ambito comunitario soltanto con riferimento alle controversie fra gli Stati membri. In relazione a Stati terzi, invece, trovano applicazione le regole dell'ordinamento nazionale o le convenzioni internazionali (bi o plurilaterali)⁶³; quindi, al di fuori di tali ipotesi, il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze di Stati terzi sono subordinati al principio di reciprocità⁶⁴.

8. La nozione di identità di cause secondo la Corte di Giustizia: verso un concetto unitario di giudicato?

Esaminando le pronunce della Corte di Giustizia, si evince che le ipotesi in cui si è affermata la riconducibilità della fattispecie nell'ambito dell'istituto della litispendenza comunitaria, coincidono con quelle nelle quali la Corte ha valutato che l'eventuale decisione delle controversie pendenti davanti a giudici diversi e, quindi, la prosecuzione dei procedimenti per vie parallele, avrebbero potuto avere l'effetto di condurre a decisioni in contrasto fra loro e quindi non riconoscibili a norma dell'art. 45, par. 1, lett. c) reg. n.

⁶² Da ciò consegue che la pendenza di una domanda presso uno stato terzo non impedisce a un giudice austriaco di decidere nel merito una domanda successivamente proposta, se manca la "*formelle Gegenseitigkeit*" (intesa nel senso del § 79 Abs. 2 EO oggi 406 EO), ossia se non esiste un accordo internazionale sul riconoscimento e l'esecuzione della sentenza con lo Stato terzo in questa materia (OGH, 17. Agosto 2016, 8 Ob 80/16x).

⁶³ In questo senso, D. Gottwald, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, 2^a ed., III, München 2013, Art. 27 EuGVO, Rn. 2 (tra Stati membri), Rn. 3 (in base a contratti internazionali), Rn. 4 (in relazione a Stati terzi); H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht*, 6^a ed., München 2014, Rn. 836 (in base a contratti internazionali).

⁶⁴ Condizione che per la Germania, come in precedenza ricordato, è soddisfatta anche dalla reciprocità esercitata di fatto ("*faktisch geübte Gegenseitigkeit*"). Giova in punto precisare che non è da escludere che tale orientamento possa mutare a seguito delle previsioni in materia contenute nel nuovo reg. n. 1215/2012. In proposito si osserva che, l'art. 29 di tale regolamento non esclude che oggi uno Stato membro in virtù di convenzioni bilaterali o in base al diritto interno rispetti la litispendenza presso uno Stato terzo. Ciò si ricava dall'art. 33 del reg. n. 1215/2012, norma che regola tale ipotesi per la prima volta in modo molto flessibile e conforme ai principi della disciplina comunitaria; in punto, Cfr., H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, cit., Rn. 846a.

1215/2012. In altre parole, la litispendenza va dichiarata allorché sussiste il rischio di un eventuale diniego di riconoscimento della seconda decisione per “contrasto” o “incompatibilità” delle decisioni a norma dell’articolo ora citato (già art. 27, punto 3, della Convenzione di Bruxelles e, successivamente, art. 34, n. 3 reg. n. 44/2001). In tale caso, infatti, il giudicato delle due pronunce potrebbe produrre il medesimo effetto e, dunque, la prosecuzione parallela dei due giudizi potrebbe condurre a una violazione del principio del *ne bis in idem*. Nel caso in cui, al contrario, la Corte non abbia ravvisato la sussistenza della litispendenza, la prosecuzione dei due procedimenti per vie parallele sembra porre piuttosto un problema di efficacia vincolante della prima decisione nei confronti della decisione successiva.

Alla luce di queste premesse si ricorda che per la Corte di Giustizia (caso *Gubisch/Palumbo*) sussiste la litispendenza fra l’azione di condanna e l’azione di accertamento negativo successivamente proposta. In tale occasione la Corte di Giustizia ha riconosciuto innanzitutto l’esigenza di individuare un concetto di litispendenza autonomo, al cui riguardo non si è avvalsa del metodo della mera comparazione basata sull’analisi degli ordinamenti processuali dei singoli Stati membri, ma ha utilizzato un approccio “*teologisch-funktionell*”⁶⁵. Approccio che ha portato la Corte di Giustizia a enunciare, allo scopo di evitare decisioni contrastanti fra gli Stati membri, il principio della c.d. *Kernpunkttheorie*, ribadito anche nell’ipotesi inversa (nella controversia *Tatry*) ossia nel caso di proposizione di una domanda di accertamento e di una successiva domanda di condanna.

Come da altri sottolineato, l’impostazione della questione adottata dalla Corte consente di garantire la “*prozessuale Chancengleichheit*” (parità delle occasioni processuali) delle parti. Infatti, la negazione del principio della priorità dell’azione di condanna rispetto a quella di accertamento – chiaramente espressa dalla Corte di Giustizia nel caso *Tatry* – garantisce la “*Waffengleichheit*” (parità delle armi) delle parti, evitando di attribuire una posizione di vantaggio nella scelta del giudice a favore della parte che abbia proposto azione di condanna⁶⁶. Anche in tale ipotesi la Corte di

⁶⁵ In questo senso, Böhm, *Der Streitgegenstandsbegriff des EuGH*, cit., 149.

⁶⁶ Sempre, P. Böhm, *Der Streitgegenstandsbegriff des EuGH*, cit., p. 152 (il riferimento è più specificamente agli artt. 21 e 27, punto 3, della Convenzione di Bruxelles all’epoca in vigore; oggi artt. 29 e 45 reg. 1215/2012).

Giustizia ribadisce che l'affermazione di un concetto ampio di identità di domande nasce dall'esigenza di evitare decisioni contrastanti fra gli Stati membri. Emerge dunque – come osservato da un'attenta dottrina – una connessione interna al sistema (“*intrasystematischer Zusammenhang*”) fra interpretazione delle norme in tema di litispendenza e riconoscimento delle sentenze fra Stati contraenti⁶⁷. Nesso che dovrebbe presupporre – seppure oggi in fase iniziale/embrionale – una nozione europea di cosa giudicata⁶⁸.

Sotto questo profilo si sottolinea che la Corte di Giustizia, nelle ultime due pronunce evocate, non si sofferma sul concetto di cosa giudicata bensì sulla nozione di decisione “inconciliabile” “contrastante”, (nel senso dell'art. 27, punto 3, della Convenzione, oggi dell'art. 45, par. 1, lett. c) reg. n. 1215/2012). Più precisamente nel caso *Gubisch/Palumbo* la Corte di Giustizia afferma che «non è possibile porre in dubbio che il riconoscimento di una decisione giudiziaria resa in uno Stato contraente e che disponga la condanna all'esecuzione di un contratto sarebbe rifiutato nello Stato richiesto qualora esistesse una decisione di un tribunale di quest'ultimo Stato che disponesse l'annullamento o la risoluzione del medesimo contratto»⁶⁹, in quanto le decisioni si porrebbero tra loro in

⁶⁷ In *Gubisch/Palumbo* (punto 13, *Racc.* 4875) si legge che la questione, se una situazione processuale come quella del caso di specie sia contemplata dall'art. 21, deve quindi essere affrontata tenendo presenti le summenzionate finalità e avendo cura di garantire la coerenza delle disposizioni degli artt. 21 e 27, punto 3. Nello stesso senso, nel caso *Tatry* (punto 32, *Racc.* I-5473), la Corte di Giustizia afferma che la disciplina dell'art. 21 della Convenzione è volta ad escludere, per quanto possibile e sin dall'inizio, una situazione come quella contemplata all'art. 27, punto 3, e cioè il mancato riconoscimento di una decisione in quanto contrastante con una decisione resa tra le medesime parti nello Stato richiesto.

⁶⁸ In questo senso, cfr. le osservazioni di P. Böhm, *Der Streitgegenstandsbegriff des EuGH*, cit., p. 153 s., per il quale è necessario approfondire il profilo relativo alla connessione fra oggetto della litispendenza e oggetto delle decisioni.

⁶⁹ Infatti, in *Gubisch/Palumbo* (punto 18, *Racc.* 4876), la Corte di Giustizia afferma che, «se in un caso come quello di specie le questioni controverse relative ad un medesimo contratto di vendita internazionale non fossero decise dal solo tribunale dinanzi al quale la domanda di esecuzione del contratto è pendente e che è stato adito per primo, la parte che chiede l'esecuzione del contratto sarebbe esposta al rischio di vedersi negare, ai sensi dell'art. 27, punto 3, il riconoscimento di una decisione resa a suo favore (...). Un simile risultato, che implicherebbe la limitazione degli effetti di ogni decisione giudiziaria al territorio nazionale, sarebbe in contrasto con le finalità della convenzione la quale intende potenziare in tutto lo spazio giuridico della Comunità la tutela giuridica delle persone residenti sul territorio di questa e facilitare il riconoscimento, in ogni Stato

contraddizione logico-giuridica. Nel contempo, si statuisce che un'interpretazione restrittiva del motivo di rifiuto del riconoscimento della decisione di cui all'art. 27, punto 3, della Convenzione (oggi art. 45, par. 1, lett. e) reg. n. 1251/2012/) permetterebbe una corrispondente limitazione dell'effetto dell'impedimento della decisione della causa derivante dalla litispendenza, ai sensi dell'art. 21 della stessa Convenzione (oggi art. 29 del Regolamento sopra citato). In proposito è da notare che, se la Corte di Giustizia avesse trasposto sul concetto di "inconciliabilità" delle decisioni quello di "efficacia di giudicato", probabilmente il risultato sarebbe stato un altro, nel senso che il vincolo del giudicato in molti ordinamenti è meno ampio rispetto a quello derivante dalla nozione di "inconciliabilità" delle pronunce⁷⁰.

Se certamente è condivisibile l'opinione ora enunciata, secondo la quale a un diverso concetto di identità di domande con riferimento alla litispendenza comunitaria deve corrispondere un nuovo concetto europeo di cosa giudicata, più difficile è l'ulteriore passo compiuto da una autorevole, sebbene minoritaria, dottrina austriaca. Ci si riferisce alla possibilità che gli Stati membri si impegnino a far convergere la nozione di giudicato interno verso il concetto europeo di cosa giudicata, al fine di raggiungere una necessaria armonizzazione dei singoli ordinamenti⁷¹. In particolare, l'esigenza di armonizzazione emerge, con riferimento al nostro tema, dall'osservazione che si svuoterebbe di significato il concetto "autonomo" di litispendenza, se una volta riconosciuta la litispendenza ai sensi dell'art. 21 della Convenzione (oggi art. 29 reg. n. 1215/2012), dovesse poi negarsi il riconoscimento della decisione in base al principio del *ne bis in idem* o dell'efficacia vincolante del giudicato secondo il diritto processuale nazionale⁷².

A sostegno di questa tesi si osserva che il concetto di cosa giudicata materiale non può restare immutato, se considerato alla luce

contraente, delle decisioni giudiziarie rese in qualunque altro Stato contraente». In punto, cfr. P. Böhm, *Der Streitgegenstandsbegriff des EuGH*, cit., p. 154, che in tale ipotesi parla di "*rechtslogischer Widerspruch*".

⁷⁰ Con riferimento all'ordinamento austriaco, il differente risultato è evidenziato da P. Böhm, *Der Streitgegenstandsbegriff des EuGH*, cit., p. 154 s.

⁷¹ In questo senso, G. Musger, *Das Übereinkommen von Lugano: Internationales Zivilverfahrensrecht für den Europäischen Wirtschaftsraum*, in *ÖRZ*, 1993, p. 192 ss.

⁷² G. Musger, richiamato da P. Böhm, *Der Streitgegenstandsbegriff des EuGH*, cit., p. 156.

dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia con riferimento al concetto di "identica pretesa" ai fini della sussistenza della litispendenza. E ciò perché, se ai sensi dell'art. 27, punto 3, della Convenzione il rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni è basato sul fatto che la decisione pronunciata nel primo Stato, sia incompatibile nel merito (*sachlich unvereinbar*) con quella emessa dal giudice del secondo Stato, ciò significa inequivocabilmente che la *ratio* fondante di tale rifiuto è evitare il conflitto delle due domande (e dei loro effetti). Poiché, però, il concetto di "inconciliabilità" ricomprende non solo la pronuncia di segno opposto (*das kontradiktorische Gegenteil*) ma anche la violazione dell'efficacia vincolante, questo significa che esso non può intendersi in senso più stretto del concetto di identità delle domande individuato dalla Corte di Giustizia con riferimento all'art. 27, punto 3⁷³. In particolare, al fine di individuare tale concetto, si richiama la pronuncia con la quale la Corte di Giustizia ha ritenuto che "una decisione straniera che condanna un coniuge alla corresponsione degli alimenti all'altro coniuge in forza del suo obbligo al mantenimento risultante dal matrimonio è inconciliabile, ai sensi dell'art. 27, punto 3, della Convenzione, con una decisione nazionale che ha pronunciato il divorzio fra i coniugi interessati"⁷⁴. In questa decisione la Corte non fa riferimento al concetto di cosa giudicata, bensì a quello di inconciliabilità delle pronunce, che assume dunque rilevanza al fine di regolamentare il conflitto fra decisioni dei singoli Stati. Di qui, pertanto, l'esigenza di individuare una nozione di giudicato nazionale che si avvicini al concetto europeo anche per rispetto al principio desumibile dall'art. 26 della Convenzione di Bruxelles, in base al quale una decisione straniera,

⁷³ In questo senso, P. Böhm, *Der Streitgegenstandsbegriff des EuGH*, cit., 156.

⁷⁴ Ci si riferisce alla pronuncia della Corte eur. giust., 4 febbraio 1988, C-145/86, *Hoffmann/Krieg*, avente ad oggetto la pronuncia di condanna del marito al pagamento degli alimenti a favore del coniuge, emessa da una corte tedesca e la successiva pronuncia di divorzio da parte di un giudice dei Paesi Bassi. A seguito della richiesta dell'esecuzione della sentenza di condanna nei Paesi Bassi, la Corte di Giustizia ha ritenuto che risultando dagli atti «che nella fattispecie la decisione straniera sugli alimenti è stata munita della formula esecutiva, mentre la decisione nazionale che pronuncia il divorzio era già stata emanata ed era passata in giudicato, e che la controversia nella causa principale si riferisce al periodo successivo al divorzio», «stando così le cose, le decisioni di cui trattasi producono effetti giuridici che si escludono reciprocamente. La decisione straniera che presuppone necessariamente l'esistenza del vincolo matrimoniale dovrebbe difatti essere eseguita, sebbene tale vincolo sia stato sciolto da una decisione resa tra le medesime parti nello Stato richiesto».

riconosciuta in forza di tale articolo, deve avere nello Stato richiesto, in linea di massima, la medesima efficacia che ha nello Stato di origine⁷⁵(principio ricavabile oggi dall'art. 36 reg. n. 1215/2012). Una volta chiarito, quindi, che deve prevalere la decisione assunta per prima, sia essa di diritto interno o sia stata pronunciata da altro Stato, è allora necessario individuare un concetto di giudicato interno da porre in relazione con il concetto in precedenza ricordato di "inconciliabilità nel merito" di cui all'art. 27, punto 3.

In tale prospettiva, il quesito cui rispondere è come pervenire a un concetto europeo di giudicato⁷⁶. La risposta, per quanto non agevole, può essere soltanto nel senso che tale obiettivo sia perseguibile non con riferimento alle peculiarità dei singoli ordinamenti nazionali, ma attraverso l'elaborazione di categorie e di concetti comuni al "sentire giuridico comunitario" nella prospettiva, certamente condivisibile, per la quale le categorie giuridiche (processuali) non sono immutabili, ma devono evolversi tenendo conto dell'evoluzione del diritto e delle esigenze "politiche" da esso tutelate⁷⁷.

⁷⁵ Il fatto che la Convenzione non detti al suo interno le regole per risolvere l'eventuale conflitto di giudicati significa soltanto – secondo P. Böhm, *Der Streitgegenstandsbegriff des EuGH*, cit., p.159 – che tale contrasto deve essere risolto applicando le regole del secondo stato.

⁷⁶ Con riferimento al profilo, poco indagato, relativo all'influenza esercitata dai concetti di diritto nazionale nel contesto del procedimento logico che porta alla elaborazione di un concetto giuridico «di matrice europea» da parte della Corte di Giustizia, cfr. C. Consolo, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla Cedu a sua volta)*, in *Corti europee e giudici nazionali* (Atti del XXVII Convegno nazionale dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile), Verona, 25-26 settembre 2009, Bologna 2011, pp. 49 ss.; E. D'Alessandro, *L'influenza esercitata dal diritto nazionale nell'elaborazione di concetti 'europei' ad opera della Corte di giustizia. Il caso Gothaer*, in D. Dalfino (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma 2016, pp. 137 ss.

⁷⁷ A riprova delle considerazioni qui svolte può richiamarsi il tentativo, ampiamente criticato dalla dottrina maggioritaria, proposto con riferimento al diritto processuale austriaco, imperniato sul rinvio alla categoria giuridica (*Denkfigur*) dell'inconciliabilità logica [(*logisch unvereinbaren Gegensatz*); in punto, cfr., H.W. Fasching, *Kommentar III*, cit., 706 ss.; ID, *Lehrbuch*, 2^a ed., cit., Rz 1519; P. Böhm, *Die Ausrichtung des Streitgegenstandes am Rechtsschutzziel*, cit., p. 83 e p. 89, nt. 14 e p. 120, nt. 105, p. 122 ss.; ID, *Die Bindung des Zivilgerichts an (verurteilende) Erkenntnisse des Strafgerichts*, in *AnwBl*, 1996, p. 734 s., nt. 8 e 9] sviluppando in tale direzione il concetto di giudicato secondo il diritto austriaco; al fine di chiarire questo concetto, P. Böhm, (*Der Streitgegenstandsbegriff des EuGH*, cit., 160 ss.) richiama alcune pronunce dell'OGH austriaco e alcuni possibili esempi.

Tale prospettiva appare del resto la più rispondente all'interpretazione delle categorie processuali proposta da parte della Corte di Giustizia, espressione dell'esigenza volta ad armonizzare, specialmente in un ambito europeo, gli istituti (non solo processuali) dei singoli ordinamenti degli Stati membri. Un'impostazione certamente non agevole, come ha dimostrato l'esperienza giurisprudenziale, in relazione al recepimento del concetto di identità di domande comune ai singoli Stati membri, per la cui affermazione – quanto alla litispendenza comunitaria – un ruolo fondamentale è stato svolto dalla Corte di Giustizia⁷⁸, con la scelta di porre la tutela dei c.d. valori funzionali del processo alla base dell'interpretazione delle norme giuridiche.

9. La centralità dei valori funzionali del processo nella individuazione e delimitazione degli istituti processuali

Alla luce delle considerazioni sinora esposte può ribadirsi la necessità che l'interpretazione delle norme processuali e sostanziali vada condotta tenendo presenti i valori funzionali del processo. E' quanto già emerso nella determinazione del concetto d'identità della domanda ai fini della dichiarazione di litispendenza comunitaria e internazionale, nel qual caso l'interpretazione di tale concetto, di fronte alle diversità delle leggi applicabili negli stati membri, è da compiersi in una prospettiva strumentale alla realizzazione di tali valori. In particolare, la lettura sistematica delle norme sulla litispendenza ha portato a privilegiare una definizione di identità di domande finalizzata ad evitare che sullo stesso oggetto della domanda si svolgano procedimenti paralleli con conseguente rischio del formarsi di giudicati contraddittori e, pertanto, a consentire il perseguimento di uno degli obiettivi primari della Corte di Giustizia.

Il risultato è stato, in ambito comunitario, la convergenza condivisa verso una nozione di oggetto del processo più ampia rispetto a quella utilizzata per il diritto interno, in quanto le Corti nazionali hanno recepito i principi enunciati dalla Corte di Giustizia. Si è di fronte, pertanto, a un'interpretazione non strettamente vincolata a «criteri formalistici e restrittivi», che supera la coincidenza formale degli elementi della domanda e che trova la sua ragione di essere nella «identità dei risultati

⁷⁸ In punto cfr. quanto osservato in precedenza *sub* par. 3.

pratici perseguiti”. La c.d. teoria del *Kernpunkt* – secondo la quale la coincidenza del fulcro delle domande costituisce il requisito che ne determina l’identità – pone l’accento sul profilo processuale rappresentato dall’efficacia vincolante del giudicato. L’applicazione di tale teoria nella determinazione della litispendenza ha così potuto perseguire il duplice scopo da un lato di impedire il contrasto fra due decisioni e, dall’altro, di evitare il mancato riconoscimento della decisione da parte di in un altro stato membro per contrarietà ad altra precedente sentenza.

In altre parole, la Corte di Giustizia ha ritenuto applicabile la disciplina della litispendenza non solo all’ipotesi di identità di domande (ipotesi in cui potrebbe porsi un problema di *ne bis in idem*), ma anche quando – secondo il diritto interno di alcuni ordinamenti – potrebbe porsi un problema di efficacia vincolante della prima decisione in un altro processo. Lo scopo è quello di attribuire la decisione ad un unico giudice al fine di evitare la contraddittorietà dei giudicati, il cui perseguimento comporta la necessità di ravvisare la sussistenza del requisito dell’identità delle domande indipendentemente dalla piena coincidenza del *petitum*, essendo sufficiente la coincidenza del fulcro delle domande, come attestato dai differenti casi oggetto di pronuncia della Corte di Giustizia e delle Corti Nazionali⁷⁹.

Tale interpretazione, proprio perché rispondente all’esigenza di fare salvi i valori funzionali del processo, ne consente altresì il recepimento anche relativo all’interno dei singoli ordinamenti, ogni qual volta – come ricordato – in ambito domestico siano previsti ed applicabili strumenti processuali atti ad evitare lo svolgimento di procedimenti paralleli aventi lo stesso oggetto.

Circostanza, questa, che contribuisce a spiegare perché i principi enunciati dalla Corte di Giustizia e, in particolare, quello fondamentale per il quale l’interpretazione delle norme deve essere orientata ai valori funzionali del

⁷⁹ A titolo meramente esemplificativo, è sufficiente richiamare l’ipotesi di litispendenza comunitaria fra la domanda di accertamento negativo del diritto e la domanda successivamente proposta dal medesimo convenuto, volta ad ottenere la condanna dell’attore del precedente giudizio. In tale ipotesi la Corte ha più volte ribadito che al fine di prevenire una potenziale incompatibilità delle decisioni pronunciate nei singoli Stati e, quindi, per stabilire l’identità della pretesa, non sarebbe determinante la formale identità delle domande, quanto, piuttosto, la coincidenza del *Kernpunkt* (fulcro) della controversia giuridica.

processo, abbiano fortemente influenzato il diritto processuale civile interno attraverso le recenti pronunce della Corte di Cassazione⁸⁰.

Abstract: Since the process of European integration has concerned the judicial cooperation, the impact of the EU legislation and case law on the procedural national rules has significantly intensified. In particular, the EU case law has been influential even on the notion of “object of the proceedings” (“oggetto del processo”). This is the general category which encompasses the more specific functions of other important legal notions, such as, in short, the joinder of causes of action (“cumulo oggettivo di domande”), claim amendments (“modificazione della domanda”), lis pendens and res judicata, which are all based on the concept of “identity of actions” (“identità della domanda”).

In this perspective it is worth to reconsider the general theme of the object of the claim (“oggetto della domanda”), as resulting from the more recent domestic and EU case law, taking into consideration to the various practical profiles which are encompassed within the notion of “object of the proceedings”. Let’s just think, in particular, on the one hand, of the questions, which are still unresolved in the Italian debate, concerning the identity of actions, and on the other of the repercussions on res judicata, lis pendens, related actions and, finally, on claim amendments.

Based on this premise, in dealing with the “object of the proceedings” this essay will focus exclusively on the regulation on lis pendens and its effects. First of all the notion of “identity of actions” as related to the determination of lis pendens according to internal law will be explored. Finally the notion of “object of the claim” with regard to lis pendens will be analysed in order to identify the principles elaborated by the Court of justice and assess how they have been implemented by the different courts of the Member States.

Keywords: object of the proceedings – identity of actions – lis pendens in internal law – EU lis pendens – national courts – EU Court of Justice.

⁸⁰ Da quanto precede resta sullo sfondo l’interrogativo se l’esigenza del rispetto della normativa dell’Unione debba essere privilegiata fino al punto di sacrificare le regole processuali nazionali. Il tema è ampiamente trattato da A. Andolfi, *L’arbitrato in materia di investimenti alla prova dell’effettività del diritto dell’Unione*, in *Riv. arb.*, 1 (2019), 136 ss., spec. 149 e ss. L’A., premesso l’esame delle differenti pronunce della Corte di giustizia che hanno portato alla «progressiva “relativizzazione” dell’autonomia processuale degli Stati membri» (149) al punto “da sacrificare le regole processuali nazionali e finanche l’autorità di cosa giudicata” (156), procede poi ad analizzare il problema specifico del consenso all’arbitrato contenuto in accordi bilaterali. In punto, riguardo alla necessità di convergenza internazionale su di un parametro condiviso di estensione dei poteri di controllo giudiziale sull’arbitrato, D. Lolli, *Il controllo del lodo estero in una recente pronuncia francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2 (2019), 751 ss.