

altresi, nel senso della massima in rassegna, MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino 1978, 112, secondo cui « l'eventuale accoglimento dell'opposizione di cui trattasi darà luogo alla dichiarazione di nullità degli atti esecutivi contestati, con la conseguente eventuale dichiarazione d'invalidità degli atti successivi che ne sono dipendenti e, così, eventualmente, dell'intero processo esecutivo », nonché Id., *Opposizione (diritto processuale civile)*, in *Encicl. dir.*, XXX, Milano 1980, 431 ss., in part. 462, ove altri richiami di dottrina. Per la manualistica, peraltro, pressoché pacifica nel senso della massima, cfr. *Rassegna di giurisprudenza sul codice di procedura civile diretta da M. STELLA RICHTER*, III, Milano 1967, 474-475.

GIUSTIZIA CIVILE 1985 pag. 2658

PRETURA DI VERONA — 22 aprile 1985 — Est. D'Ascola — Pama Industrie s.p.a. (avv. Devoto) c. Shults Steel Company (avv. Marzari) e altro.

[2204/36] Provvedimento d'urgenza - Varie fattispecie - Controversia devoluta ad arbitri internazionali - Ammissibilità - Fattispecie.

(Cod. proc. civ., art. 700, 806; l. 19 gennaio 1968 n. 62, adesione alla convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere; l. 10 maggio 1970 n. 418, ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'arbitrato commerciale con allegato, adottata a Ginevra il 21 aprile 1961; l. 30 ottobre 1975 n. 851, ratifica ed esecuzione dell'accordo relativo all'applicazione della convenzione europea del 21 aprile 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale, firmato a Parigi il 17 dicembre 1962).

È ammissibile la tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel caso in cui le parti — nella specie una società italiana ed una statunitense — abbiano devoluto la cognizione di ogni controversia derivante da un determinato contratto ad un arbitrato secondo le regole di Conciliazione ed Arbitrato della Camera di commercio internazionale di Parigi, accordandosi per l'applicabilità della legge francese (1).

(Omissis). — Con ricorso depositato il 2 febbraio 1985, integrato con memoria del 6/2, la s.p.a. Pama Industrie, corrente in Verona, espose che con contratto 23 aprile 1982 aveva convenuto di fornire alla ditta californiana Shultz Steel Company un complesso di macchinari meccanici, prestando la necessaria assistenza, contro il prezzo di dollari USA 1.862.000; che a garanzia del buon funzionamento aveva dovuto assicurare un impegno fideiussorio della Banca Nazionale del Lavoro, con durata di dodici mesi decorrenti dal rilascio del certificato di accettazione, avvenuto il 28 novembre 1983; che era venuta a conoscenza di un prolungamento della garanzia — conseguente a talune richieste dell'acquirente — riconosciuto dalla BNL fino al 1° febbraio 1985; che nel dicembre 1984 la Shultz Steel aveva lamentato disfunzioni del macchinario, facendo sorgere una trattativa nel corso della quale, in data 21 gennaio 1985, aveva chiesto alla banca garante la corresponsione dell'intera somma garantita, dollari 186.241. Aggiungeva che la garanzia prestata era stata convenuta « a semplice richiesta »; che il periodo garantito doveva ritenersi cessato; che era propria intenzione promuovere giudizio arbitrale avanti la Camera di Commercio Internazionale di Parigi per fare accertare la intervenuta estinzione dell'obbligo di garanzia.

Deduceva infine che le lamentele di controparte sul funzionamento del macchinario erano palesemente pretestuose; che erano stati avviati opportuni contatti per il chiarimento della questione; che sussisteva tuttavia il pericolo che la BNL corrispondesse alla Shultz la somma richiesta, così arrecando alla società istante irreparabile pregiudizio economico.

Tutto ciò premesso, chiedeva a questo pretore di ordinare, ex art. 700 c.p.c., alla BNL, sede di Verona, di soprassedere al pagamento della somma garantita in favore della Shultz Steel Company di South Gate, California, USA, fino all'esito dell'instaurando giudizio arbitrale.

Esaminati gli atti e i documenti; ritenuto che la richiesta della Shultz poteva porsi, per le modalità di svolgimento della vicenda, in contrasto con i principi di buona fede e correttezza nei rapporti obbligatori; rilevato il pericolo di pregiudizio irreparabile derivante alla ricor-

rente dal grave impegno economico inusitabilmente addossato e dal diffondersi sui mercati internazionali della notizia dello inadempimento, il pretore accoglieva il ricorso con decreto 6 febbraio 1985, ponendo come limite temporale del provvedimento l'udienza di comparizione delle parti contestualmente fissata.

Effettuata la notifica del ricorso-decreto, si costituivano in giudizio la Banca Nazionale del Lavoro e la Shultz Steel Company.

La prima si rimetteva a giustizia, dopo aver depositato copia della corrispondente intercorsa con le parti.

La seconda contestava il provvedimento adottato e ne chiedeva la revoca per i motivi seguiti esaminati.

Raccolte note difensive e acquisita documentazione, il pretore si riservava di decidere.

In via pregiudiziale la società americana ha eccepito la carenza di giurisdizione giudice adito, « essendo prevista nel contratto concluso tra le parti una clausola di arbitrato irrituale ». All'uopo è stata richiamata una nota sentenza della Suprema Corte (Cass. giugno 1977 n. 2761) in cui si è ritenuta, in ipotesi di controversie demandate alla cognizione di arbitri irrituali, la rinuncia delle parti alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal rapporto in contestazione. La tesi è stata vivacemente confutata dalla difesa della PAMA che ha rilevato la natura di « clausola arbitrale » del patto contenuto nell'articolato contratto stipulato.

La questione, a sommosso avviso dello scrivente, è malposta. Premesso che il tenore letterale del contratto non lascia dubbi sulla natura rituale, al lume dell'ordinamento italiano, dell'arbitrato in parola — basterà in proposito riferire che è in esso indicata la volontà di rimettersi alla legge francese, senza chiari accenni a un intento negoziale o transattivo, anzi con espresso richiamo alla necessità di una sentenza rigorosamente motivata e sottoponibile alla successiva « accettazione giudiziaria » di qualsiasi Corte — occorre invece chiedersi quali siano i rapporti tra la giurisdizione italiana cautelare e l'arbitrato estero o, *recte*, internazionale.

Si è detto che le parti hanno devoluto la cognizione di ogni controversia derivante dal contratto all'arbitrato secondo le regole di conciliazione e arbitrato della Camera di Commercio Internazionale di Parigi, accordandosi sull'applicabilità della legge francese.

Hanno però convenuto, nella convenzione successiva relativa alla garanzia bancaria che questa ultima sarebbe stata regolata secondo le leggi dello stato della California.

Ora, nessun dubbio dovrebbe sussistere sull'applicabilità, nella fattispecie, della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (cfr. l. 19 gennaio 1968 n. 62). Detta Convenzione, cui hanno aderito Italia e USA, abbraccia anche i lodi irrituali, come hanno ritenuto le sez. un. della Suprema Corte (18 settembre 1978 n. 4167), poichè in relazione ai lodi emessi all'estero sfuma la differenza, peculiare del diritto processuale italiano, tra arbitrato rituale ed irrituale.

Si può inferire da ciò che essendo l'arbitrato in oggetto a carattere internazionale hanno minor portata anche i divieti all'esplicità della tutela cautelare esistenti rispetto all'arbitrato irrituale da pronunciare in Italia.

Ma v'è di più: l'arbitrato commerciale internazionale regolato dalla Convenzione europea di Ginevra del 21 aprile 1961 e dall'accordo parigino del 17 dicembre 1962, tradotti rispettivamente nelle l. 10 maggio 1970 n. 418 e 30 ottobre 1975 n. 851, prevede espressamente all'articolo VI par. 4 che una domanda di misure provvisorie o cautelari indirizzata a un'autorità giudiziaria non deve essere considerata come incompatibile con la convenzione di arbitrato.

Orbene, se si dovesse ammettere che devolvendo la cognizione alla CCI di Parigi le parti hanno fatto riferimento alla normativa processuale cui essa soggiace, non potrebbe ritenersi l'ammissibilità della tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (per un significato precedente, con controparte americana, cfr. Pret. Milano 27 gennaio 1983, in *Rass. Ar.* 1982, 339).

Perplesità in ordine a quanto sin qui sostenuto possono insorgere, in considerazione della nazionalità dell'acquirente, non avendo gli USA aderito alla Convenzione europea, con riferimento alla clausola di richiamo della legge USA e della garanzia bancaria

le sembra far eccezione alla regola concordata dalle parti di sottomettersi alla normativa francese; si potrebbe sostenere infatti che le questioni attinenti alla garanzia, che coinvolgono anche la banca americana che ha fatto da tramite tra la BNL e la Shultz, non rientrano nell'assetto sopradelineato e non legittimino quindi l'intervento del giudice italiano.

A sostegno della tesi ora esposta potrebbe aggiungersi che l'aver avviato la procedura arbitrale prima della chiusura del procedimento ex art. 700 c.p.e. comporti la devoluzione agli arbitri della cognizione anche sui provvedimenti cautelari, invero occorre qui osservare che la materia è di difficile inquadramento e si presta a diverse e parimenti apprezzabili soluzioni.

Si osserva infatti comunemente che il progressivo estendersi del campo di applicazione della tutela d'urgenza risponde al principio costituzionale di effettività del diritto alla difesa, sicché sarebbe ingiustificato un diniego di attività giurisdizionale a fronte di situazioni palesemente meritevoli di considerazione, sprovviste di strumenti processuali tipici e rapidamente azionabili.

Anche in forza di tali motivazioni traeva ragione d'essere il decreto emesso il 6 febbraio 1985, che va ora rivisto alla luce dei problemi di giurisdizione e della più ampia documentazione acquisita.

La suesposta problematica della preliminare questione testé discussa (che si ritiene comunque di risolvere astrattamente in senso affermativo) costringe a un attento esame delle risultanze processuali, poiché è noto che il potere cautelare vive in intima connessione con la fattispecie di riferimento, trovando ed ampliando i propri spazi di applicazione in misura strettamente correlata alla gravità del pregiudizio incombente.

In quest'ottica apparve opportuno emettere l'ordine di sospensione del pagamento della somma oggetto di garanzia: parte istante aveva infatti prodotto le lettere 4 maggio 1984 e 21 novembre 1984, provenienti dalla ditta americana, in cui sostanzialmente si dava atto del buon funzionamento della macchina; ben strana appariva pertanto un'integrale richiesta della somma in epoca in cui la garanzia sarebbe già dovuta scadere.

La documentazione prodotta dalla Banca Nazionale del Lavoro ha consentito di chiarire alcuni punti della vicenda; si è acquisita in atti la lettera 7 febbraio 1984 con cui si comunicava alla Shultz Steel che in pari data (come si evince dal relativo documento) la Pama aveva sostituito la precedente garanzia e si attestava la nuova validità di « dodici mesi » a partire dal 1° febbraio 1984. L'inspiegabile prolungamento della garanzia di cui la Pama si era lamentata in ricorso era dunque ben noto alla società italiana, che l'aveva richiesto.

Con lettera del 23 gennaio 1985, pervenuta il 30 gennaio 1985, due mesi successiva all'attestazione del funzionamento della macchina, la Shultz richiedeva il pagamento alla BNL. Quest'ultima, venendo incontro alle esigenze della Pama — che avevano nel frattempo indotto quest'ultima ad adire questo Pretore —, comunicava (1 febbraio 1985) alla ditta americana di avere, su istruzione della società veronese, prorogato la validità della garanzia sino al 1 marzo 1985, onde favorire l'amichevole risoluzione della vertenza. Analogo scopo garantistico, a fronte della imperiosità di una garanzia « performance bond », giustificava la tutela della ricorrente durante il tempo utile necessario per accertare e risolvere i problemi tecnici lamentati e indurre la controparte a ritirare la domanda.

Con telex 4 febbraio 1985 la ditta californiana avvisava di aver incaricato la Security Pacific Bank di ritirare la domanda di pagamento, accettando il prolungamento della garanzia. Si dichiarava disponibile ad incontrare i tecnici della Pama per risolvere la vertenza.

Va a questo punto rilevato che tale missiva è meritevole del massimo risalto perché evidenzia la buona fede della società americana, disposta ad attendere una verifica dei problemi tecnici prima di escludere una somma che la BNL era comunque pronta a versare, come riferiva nella lettera del 1 febbraio 1985.

Per contro appare ambigua la lettera 13 febbraio 1985 inviata dalla Pama a controparte, lettera in cui si adombra un ritiro del consenso dal prolungamento della garanzia, sostenendo che esso era stato condizionato a una immediata accettazione, mancata la quale si era reso necessario il ricorso all'autorità giudiziaria.

Orbene, si è detto della lettera della Compagnia americana in cui si vede come la

posta avrebbe potuto essere più pronta e si evidenzia invece il tentativo della società americana (che aveva dato precise istruzioni alla BNL) di sottrarsi a un obbligo chiaramente assunto, come poi verrà ammesso nell'ultima memoria depositata.

In data 13 febbraio 1985 l'incontro dei tecnici delle parti, di cui si ha un riassunto fornito dalla Pama e non contestato, metteva in luce i pretesi difetti della macchina Ft 200.

Dal menzionato verbale del « meeting » californiano si evince che le lamentele della società americana non sono del tutto prive di fondamento. La questione meriterebbe approssimativa consulenza tecnica, superflua in questa sede; tuttavia il rilievo che ben quindici problemi furono oggetto di discussione, trovando solo in parte soluzione, è idoneo a far ritenere l'agire della società americana non è connotato macroscopicamente dalla pretestuosità lamentata in ricorso. La stessa tardività della richiesta, ipotizzata in gennaio, si può spiegare con la volontà di rinviare sino all'ultimo la domanda di pagamento per facilitare la soluzione dei problemi tecnici.

Ora, la mancanza di prova del dolo del contraente di garanzia bancaria, nell'utilizzo della stessa, cagiona la inammissibilità del provvedimento ex art. 700, unico rimedio individuabile per la repressione di abusi manifesti (Pret. Milano 3 maggio 1962 e 28 giugno 1982, Banca Borsa 1983, 110).

Per contro, la riconducibilità della fattispecie alla fisiologia dei rapporti tra le parti del contratto internazionale deve far considerare l'opportunità di lasciar corso a una forma di garanzia che, sebbene per qualche verso vessatoria, trova la sua ragion d'essere nell'alto costo della fornitura cui solitamente accede; di talché si opina comunemente che il fornitore che dispone comunque della remunerazione del bene consegnato per far fronte al peso onere impostogli, è ben consapevole del ruolo giocato dall'impegno fideiussorio nell'equilibrio dei rapporti.

D'altra parte la Pama si è ben guardata, nel corso delle udienze svoltesi, dal certificare il pericolo di dissesto conseguente al pagamento della somma richiesta in garanzia, nè mai ha potuto opporre al rilievo di controparte secondo cui nei mercati internazionali è dannosa per un fornitore la notizia di non aver onorato, ricorrendo alla giustizia ordinaria una garanzia bancaria, anziché quella di un perdurante parziale guasto del macchinario prodotto.

Ai rilievi suesposti va aggiunta una ulteriore considerazione: l'avvio della procedura arbitrale avanti un rinomato organismo internazionale e la clausola che impegna gli arbitri a decidere entro tre mesi garantiscono una sollecita definizione del giudizio di merito. L'art. 700 c.p.e. mira a impedire conseguenze pregiudizievoli durante il tempo necessario all'emanamento di tale giudizio; deve riconoscersi che la prognosi sulla celerità del giudizio arbitrale sminuisce ancor più lo spessore delle argomentazioni degli istanti.

Nel caso di specie inoltre non si può lamentare il pericolo di non potere poi recuperare la somma versata: le dimensioni dell'impresa americana, opportunamente illustrate con la sua difesa, e la efficienza dell'apparato giudiziario di quel paese sono sufficientemente rassicuranti sulla ripetibilità di quanto indebitamente corrisposto.

Non dovrà dimenticarsi in proposito che i precedenti in materia, non rari e attribuiti alla giurisprudenza delle maggiori preture italiane, si ricollegano per lo più a ipotesi in cui la nazionalità dell'acquirente-garantito destava serie preoccupazioni sulla eseguibilità del giudizio di merito successivamente favorevole all'istante. Non a caso si è parlato in dottrina di un piano « politico » della fenomenologia giudiziaria che qui ci occupa.

Un residuo aspetto della vicenda concerne la regolarità formale della richiesta rivolta alla banca garante e l'eventualità che quest'ultima, omettendo di opporre al beneficiario un'eccezione attinente alla lettera di garanzia, pregiudichi sensibilmente il cliente italiano.

Tale aspetto, normalmente trascurato nei provvedimenti pretorili, al fine di non indurre riflessi del rapporto principale sulla attività bancaria, non è privo di interesse. Nel caso di specie infatti la prima domanda di incasso venne annullata e fu richiesta indietro tutta la documentazione di accompagnamento inviata dalla Shultz Steel alla banca US beneficiaria, in data 20 febbraio 1985, chiese nuovamente l'incasso della fideiussione per l'intero importo pattuito; il 26 febbraio 1985 la compagnia statunitense confermò la richiesta alla filiale veronese della BNL, attestando la persistenza dei difetti e il decorso di oltre

impossibile la ricostruzione della "ratio decidendi" e, quindi, da tradursi in sostanziale mancanza della motivazione stessa, ovver ancora in contrasto fra motivazione e dispositivo. Per quanto concerne l'insufficienza della motivazione, si osserva che essa si ha solo quando la motivazione adottata non sia idonea a rendere palese l'"iter" logico seguito dai giudici per giungere alla decisione. Ma quando sia possibile cogliere la "ratio decidendi" adottata dagli arbitri, l'esigenza della motivazione deve ritenersi soddisfatta, senza che sia dato al giudice dell'impugnazione ritenere la nullità solo perché non condivide la motivazione addotta, perché, così facendo, opererebbe come giudice del merito e non come giudice della nullità».

NOTA: In senso conforme, da ultimo, vedi Cass., Sez. I, 15 dicembre 1983, n. 7402, in questa rubrica, 1984, fasc. 1-2, p. 152, sub. 4.

49. - PRETURA DI VERONA, ordinanza 22 aprile 1985, Est. D'Ascola — Pama Industrie S.p.A. c. Shultz Steel Company e Banca Nazionale del Lavoro — Inedita.

Arbitrato — Arbitrato commerciale internazionale — Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 — Tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. — Giurisdizione del giudice ordinario — Sussistenza.

«Con ricorso depositato il 2-2-1985, integrato con memoria del 6-2, la S.p.A. Pama Industrie, corrente in Verona, esponeva che con contratto 23-4-1982 aveva convenuto di fornire alla ditta californiana Shultz Steel Company un complesso di macchinari meccanici, prestando la necessaria assistenza, contro il prezzo di dollari U.S.A. 1.862.000; che a garanzia del buon funzionamento aveva dovuto assicurare un impegno fideiussorio della Banca Nazionale del Lavoro, con durata di dodici mesi decorrenti dal rilascio del certificato di accettazione, avvenuto il 28-11-1983; che era venuta a conoscenza di un prolungamento della garanzia — conseguente a talune richieste dell'acquirente — riconosciuto dalla BNL fino al 1 febbraio 1985; che nel dicembre 1984 la Shultz Steel aveva lamentato disfunzioni del macchinario, facendo sorgere una trattativa nel corso della quale, in data 21-1-1985, aveva chiesto alla banca garante la corresponsione dell'intera somma garantita, dollari 186.241. Aggiungeva che la garanzia prestata era stata convenuta "a semplice richiesta"; che il periodo garantito doveva ritenersi cessato; che era propria intenzione promuovere giudizio arbitrale avanti la Camera di Commercio Internazionale di Parigi per fare accertare la intervenuta estinzione dell'obbligo di garanzia.

Deduceva infine che le lamentele di controparte sul funzionamento del macchinario erano palesemente pretestuose; che erano stati avviati opportuni contatti per il chiarimento della questione; che sussisteva tuttavia il pericolo che la BNL corrispondesse alla Shultz la somma richiesta, così arrecando alla società istante irreparabile pregiudizio economico.

Tutto ciò premesso, chiedeva a questo Pretore di ordinare, ex art. 700 c.p.c., alla BNL, sede di Verona, di soprassedere al pagamento della somma garantita in favore della Shultz Steel Company di South Gate, California, USA, fino all'esito dell'instaurando giudizio arbitrale».

«In via pregiudiziale la società americana ha eccepito la carenza di giurisdizione del giudice adito, "essendo prevista nel contratto concluso tra le parti una clausola di arbitrato irrituale". All'uopo è stata richiamata una nota sentenza della Suprema Corte (Cass. 27-6-1977, n. 2761) in cui si è ritenuta, in ipotesi di controversie demandate alla cognizione di arbitri irrituali, la rinuncia delle parti alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal rapporto in contestazione. La tesi è stata vivacemente confutata dalla difesa della Pama, che ha rilevato la natura di "clausola arbitrale" del patto contenuto nell'articolato contratto stipulato.

La questione, a sommosso avviso dello scrivente, è malposta. Premesso che il tenore letterale del contratto non lascia dubbi sulla natura rituale, al lume dell'ordinamento italiano, dell'arbitrato in parola — basterà in proposito riferire che è in esso indicata la volontà di rimettersi alla legge francese, senza chiari accenni a un intento negoziale o transattivo, ma anzi con espresso richiamo alla necessità di una sentenza rigorosamente motivata e sottoponibile alla successiva "accettazione giudiziaria" di qualsiasi Corte — occorre invece chiedersi quali siano i rapporti tra la giurisdizione italiana cautelare e l'arbitrato estero o *rectius*, internazionale.

Si è detto che le parti hanno devoluto la cognizione di ogni controversia derivante dal contratto all'arbitrato secondo le Regole di Conciliazione e Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale di Parigi, accordandosi sull'applicabilità della legge francese.

Hanno però convenuto, nella convenzione successiva relativa alla garanzia bancaria, che questa ultima sarebbe stata regolata secondo le leggi dello stato della California.

Ora, nessun dubbio dovrebbe sussistere sull'applicabilità, nella fattispecie, della Convenzione di New York del 10-6-1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (cfr. L. 19-1-1968 n. 62). Detta Convenzione, cui hanno aderito Italia e USA,

abbraccia anche i lodi irrituali, come hanno ritenuto le Sez. Un. della Suprema Corte (18-9-1978, n. 4167), poiché in relazione ai lodi emessi all'estero sfuma la differenza, peculiare del diritto processuale italiano, tra arbitrato rituale e irrituale.

Si può inferire da ciò che essendo l'arbitrato in oggetto a carattere internazionale, hanno minor portata anche i divieti all'esplicabilità della tutela cautelare esistenti rispetto all'arbitrato irrituale da pronunziare in Italia.

Ma v'è di più: l'arbitrato commerciale internazionale regolato dalla Convenzione europea di Ginevra del 21-4-1961 e dall'accordo parigino del 17-12-1962, tradottisi rispettivamente nelle leggi 10-5-1970, n. 418 e 30-10-1975, n. 851, prevede espressamente all'articolo VI par. 4 che una domanda di misure provvisorie o cautelari indirizzata ad una autorità giudiziaria non deve essere considerata come incompatibile con la convenzione di arbitrato.

Orbene, se si dovesse ammettere che devolvendo la cognizione alla CCI di Parigi le parti hanno fatto riferimento alla normativa processuale cui essa soggiace, non potrebbe non ritenersi l'ammissibilità della tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (per un significativo precedente, con controparte americana, cfr. Pret. Milano 27-1-1983 in Rass. Arbitrato 1982, p. 339 e in Rep. Gen. Foro It., 1983, voce Provv. d'urgenza n. 50).

Perplexità in ordine a quanto sin qui sostenuto possono insorgere in considerazione sia della nazionalità dell'acquirente, non avendo gli USA aderito alla Convenzione europea, sia con riferimento alla clausola di richiamo della legge USA riguardante la garanzia bancaria, che sembra far eccezione alla regola concordata dalle parti di sottomettersi alla normativa francese; si potrebbe sostenere infatti che le questioni attinenti la garanzia, che coinvolgono anche la banca americana che ha fatto da tramite tra la BNL e la Shultz, non rientrino nell'assetto sopradelineato e non legittimino quindi l'intervento del giudice italiano.

A sostegno della tesi ora esposta potrebbe aggiungersi che l'aver avviato la procedura arbitrale prima della chiusura del procedimento ex art. 700 c.p.c. comporti la devoluzione agli arbitri della cognizione anche sui provvedimenti cautelari; invero occorre qui osservare che la materia è di difficile inquadramento e si presta a diverse e parimenti apprezzabili soluzioni.

Si osserva infatti comunemente che il progressivo estendersi del campo di applicazione della tutela d'urgenza risponde al principio costituzionale di effettività del diritto alla difesa, sicché sarebbe ingiustificato un diniego di attività giurisdizionale a fronte di situazioni

palesemente meritevoli di considerazione, sprovviste di strumenti processuali tipici e rapidamente azionabili».

«La suesposta problematicità della preliminare questione teste discussa (che si ritiene comunque di risolvere astrattamente in senso affermativo) costringe a un attento esame delle risultanze processuali, poiché è noto che il potere cautelare vive in intima connessione con la fattispecie di riferimento, trovando ed ampliando i propri spazi di applicazione in misura strettamente correlata alla gravità del pregiudizio incombente».

NOTA: L'ordinanza analizza il rapporto tra la giurisdizione italiana cautelare e l'arbitrato internazionale confermando una vasta tendenza ad estendere il campo di applicazione della tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. In senso conforme vedi Pret. Milano, 27 gennaio 1983, in questa rubrica, 1982, fasc. 3-4, p. 339, sub. 64, richiamata espressamente in questa decisione. Nel testo dell'ordinanza sono citate anche Cass., Sez. III, 27 giugno 1977, n. 2761, in questa rubrica, 1981, fasc. 4, p. 195, sub. 45, e pubblicata per esteso in Foro it., 1977, I, 2181, con nota di C.M. BARONE; nonché Cass., Sez. Un., 18 settembre 1978, n. 4167, in questa rubrica, 1978, fasc. 4, p. 407, sub. 90. Per ulteriori riferimenti di carattere generale si rinvia a A. SINAGRA, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Cedam, Padova, 1984.

GIURISPRUDENZA ARBITRALE

50. - COLLEGIO ARBITRALE, Milano, 20 marzo 1984, Pres. Avv. Cosimo Rucellai, Arbitri Avv. Pasquale Crimaldi, Avv. Emanuela Gresti — Plessey Trading S.p.A. (Avv. Guido Buffoni) c. Geo Survey Offshore S.r.l. (Avv. Luigi Vecchi) — Inedita.

Clausola compromissoria — Interpretazione — Contratto di leasing — Domanda di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno — Competenza arbitrale — Sussistenza.

«Con la propria memoria introduttiva 6-6-1983, la Plessey esponeva di aver stipulato con la G.S.O., in data 24-1-1980, un contratto di locazione o noleggio (*leasing*), per un complesso di apparecchiature di proprietà Plessey per il radio posizionamento orizzontale di mezzi mobili (telluometri) da utilizzare per la posa del gasdotto Algeria-Italia (tratto Canale di Sicilia).

Precisava la Plessey che, come risulta dal contratto stesso, una parte delle apparecchiature, quelle elencate nell'Allegato "A", era già stata consegnata alla G.S.O. anteriormente alla stipulazione, mentre le altre, quelle di cui all'Allegato "B", dovevano essere consegnate entro il 28-2-1980, consegna che effettivamente avvenne».

za secondo la quale (v. Cass. 15 gennaio 1973, n. 118, *Foro it.*, 1973, I, 1497; 28 aprile 1975, n. 1631, *id.*, Rep. 1975, voce *Fideiussione*, n. 15; 27 gennaio 1979, n. 615, *id.*, Rep. 1979, voce cit., n. 8; 6 marzo 1980, n. 1505, *id.*, Rep. 1980, voce cit., n. 12; 5 gennaio 1981, n. 23, *id.*, 1981, I, 704) l'oggetto della « fideiussione omnibus », è determinabile per *relationem* con riferimento alla obbligazione principale che il garantito avrà in concreto assunto verso la banca, in un qualsivoglia momento successivo alla stipulazione della fideiussione.

In tal modo o si confonde la determinabilità della obbligazione con la determinabilità del debito o si cade in un discorso illogico. Infatti, il debito come quantità di denaro che esprime la somma delle prestazioni pecuniarie dovute in un determinato momento da un soggetto ad un altro in forza di obbligazioni, è evidentemente sempre determinabile, anche nella più generica delle fideiussioni (« tutto quanto Tizio dovrà a Caio »); ma la determinabilità di tale dato contabile non ha niente a che vedere con la determinabilità della obbligazione garantita.

Se invece si intende dire che l'identità delle obbligazioni garantite è determinabile in futuro, è chiara la petizione di principio: si vuol sapere se un determinato debito del garantito verso il creditore sorge da una obbligazione determinabile al momento della conclusione della fideiussione, e si risponde che l'obbligazione era determinabile perché il debito è, in un momento successivo, determinato.

Ove ci si liberi della preoccupazione, non celata dalla citata giurisprudenza, di non ostacolare il credito bancario, non può non apparire evidente la nullità, per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto (espressa già nella denominazione completa del contratto), della « fideiussione omnibus ».

D'altra parte l'istruttoria della presente causa è emblematica di tale radicale nullità, in quanto non si è riusciti a sapere per quali obbligazioni del Petrelli il Mammoni sia tenuto; la banca custodisce come il più geloso segreto l'identità delle obbligazioni che il fideiussore deve garantire (ammesso che le conosca essa stessa) e si comporta secondo il punto di vista del tutto particolare, secondo cui il fideiussore altro non deve sapere se non il saldo contabile passivo che essa gli addebita.

È stata espressa in dottrina, ed è sempre più seguita dagli autori, l'opinione che il contratto in uso con il nome di « fideiussione omnibus » non coincida con il contratto tipico disciplinato dagli art. 1936 ss. c.c., ma sia un contratto atipico, avente una causa diversa dalla fideiussione: il contratto di fideiussione ha la funzione di garantire l'adempimento di una obbligazione contro il rischio di mancata controprestazione; mentre viceversa i contratti di fideiussione illimitata hanno la funzione di consentire alla banca di esercitare credito senza assumere obbligazioni.

Ed infatti, l'imprenditore bancario dovrebbe esercitare la sua attività di credito mediante il contratto tipico di apertura di credito disciplinato dall'art. 1842 c.c., ossia in sostanza con il mutuo, assumendo ed adempiendo l'obbligazione di stanziamento, a fronte della quale potrebbe esigere la stipulazione di una fideiussione del terzo per la garanzia della restituzione (art. 1844 c.c.) nei limiti del mutuo concesso.

Viceversa le banche sono restie a formalizzare aperture di credito, contratto che riservano alle grandi imprese o ai clienti di fiducia o di riguardo; la grande massa del credito alle imprese si esercita con patti verbali o taciti in forza dei quali la banca, senza assumere nessuna obbligazione di stanziamento, di fatto consente all'imprenditore di operare anche « allo scoperto »; in sostanza aprono il credito ma senza assumerne obbligazione, con il vantaggio di poterlo revocare a piacere.

La fideiussione illimitata nasce proprio da questa pratica: nell'accingersi a dare credito informale, la banca non può cautelarsi con una fideiussione tipica per una obbligazione determinata di restituzione, non essendovi nessun stanziamento da garantire, e pertanto non può che esigere garanzie per debiti futuri, indeterminati e ipotetici del garantito.

D'altra parte, è evidente che un contratto di garanzia personale ome quello che si esamina non avrebbe senso, se la banca non avesse convenuto col garantito di concedergli credito sistematicamente, senza assumersi la relativa obbligazione.

Se pertanto si accede a questa opinione, secondo cui il contratto di « fideiussione illimitata » è un contratto atipico avente funzione di agevolare l'accesso ad un credito informale e discrezionale da parte del sistema bancario, la nullità di esso discende, oltre che dall'indeterminatezza dell'oggetto — motivo di nullità comune ai contratti tipici e atipici — anche dall'illiceità della causa — apprezzabile solo nei contratti atipici —.

La funzione delle concessioni di fideiussione bancarie illimitate risolve infatti nel porre il patrimonio di un soggetto (garante)

a garanzia del traffico giuridico di un altro soggetto (garantito), senza nessuna possibilità del garante di controllare e conoscere le operazioni che espongono continuamente il suo patrimonio all'escussione da parte dell'imprenditore bancario, in modo tale che il garante può vedersi escusso a grande distanza di tempo per inadempimenti di obbligazioni delle quali non ha mai conosciuto l'esistenza.

Ciò è manifestamente contrario tanto all'ordine pubblico quanto al buon costume e rende quindi illecita la causa (art. 1343 c.c.).

È infatti contrario ai principi generali del nostro ordinamento giuridico che si possa esporre il proprio patrimonio al piacimento delle volontà altrui, e ripugna allo spirito di leale commercio che l'attività istituzionale del credito venga esercitata alla condizione che siano prestate garanzie giugulatorie e leonine, che non possono essere realmente volute da nessuna persona assennata e provvida del suo.

Va dichiarata dunque la nullità del contratto di garanzia personale intervenuto tra l'attore e la terza chiamata in causa, restando assorbita la domanda dell'attore di esser liberato dalle relative obbligazioni. (*Omissis*)

FORO ITALIANO 1985 7141
(N° 3 - MARZO)

PRETURA DI VERONA; ordinanza 18 aprile 1985; Giud. D'ASCOLA; Soc. Pama Industrie (Avv. DEVOTO) c. Shultz Steel Company (Avv. MAEZARI) e Banca nazionale del lavoro (Avv. AVRESE).

Provvedimenti di urgenza — Clausola compromissoria per arbitrato estero — Ammissibilità (Cod. proc. civ., art. 700; l. 19 gennaio 1968 n. 62, adesione alla convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York il 10 giugno 1958, art. II; l. 10 maggio 1970 n. 418, ratifica ed esecuzione della convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale con allegato, adottata a Ginevra il 21 aprile 1961: convenzione, art. VI).

Il giudice italiano ha giurisdizione in materia di concessione di provvedimenti d'urgenza, da emanarsi a cautela di una controversia rimessa ad arbitrato estero (nella specie, il pretore ha revocato il provvedimento di urgenza concesso inaudita altera parte, per carenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*). (1)

(1) Nel senso della competenza a concedere provvedimenti cautelari (nella specie sequestro conservativo) del giudice del luogo in cui il provvedimento deve essere eseguito, ove la causa sia rimessa ad arbitrato estero, Cass. 23 giugno 1977, n. 2662, *Foro it.*, 1977, I, 1876; nella specie la corte richiama l'art. 672, 3° comma, c.p.c., con ciò risolvendo pregiudizialmente in via interpretativa in senso affermativo il problema del se l'ordinamento italiano preveda un potere cautelare del giudice ordinario ove il procedimento di merito sia devoluto ad arbitrato estero.

In tema di competenza a concedere provvedimenti ex art. 700 c.p.c. ed in una fattispecie assolutamente analoga a quella della sentenza in epigrafe cfr. inoltre Pret. Milano, dec. 27 gennaio 1983, *id.*, Rep. 1983, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 50).

Nel senso della assoluta carenza di giurisdizione per la concessione di provvedimenti cautelari afferenti a giudizio rimesso ad arbitrato irrituale (italiano) Pret. Milano 7 maggio 1978, *id.*, Rep. 1979, voce *Arbitrato*, n. 62 e Cass. 27 giugno 1977, n. 2761, *id.*, 1977, I, 2181, con nota di C. M. BARONE, nella parte in cui in motivazione afferma che con la scelta dell'arbitrato irrituale le parti operano una rinuncia « alla tutela giurisdizionale dei rapporti nascenti dal giudizio ».

Nel senso della applicabilità della convenzione di New York del 1958 anche agli arbitrati irrituali, Cass. 6 luglio 1982, n. 4039, *id.*, 1983, I, 730 e Cass. 18 settembre 1978, n. 4167, *id.*, 1978, I, 2422.

Infine sul tema dei rapporti tra procedimento cautelare e giudizio arbitrale cfr. Trib. Monza 9 marzo 1985, in questo fascicolo, I, 797.

Il ragionamento svolto dal pretore nella decisione in epigrafe si snoda attraverso i seguenti passaggi logici.

In primo luogo il giudicante respinge la eccezione secondo la quale, trattandosi di arbitrato irrituale, varrebbe il divieto per il giudice ordinario di concedere provvedimenti cautelari, poiché, versandosi in tema di arbitrato estero, la distinzione, peculiare del diritto italiano, tra arbitrato rituale ed irrituale sfuma.

In secondo luogo, dal fatto che le parti avevano deciso di demandare la risoluzione delle controversie ad arbitrato soggetto alla legge francese in base al regolamento della camera di commercio italiana

Con ricorso depositato il 2 febbraio 1985, integrato con memoria del 6 febbraio, la s.p.a. Pama Industrie, corrente in Verona, esprimeva che con contratto 23 aprile 1982 aveva convenuto di fornire alla ditta californiana Shultz Steel Company un complesso di

nale, il pretore desume l'applicabilità al caso di specie delle norme processuali che la regolano e cioè della convenzione di New York 10 giugno 1958 (ratificata con l. 19 gennaio 1968 n. 62) e della convenzione europea di Ginevra 21 aprile 1961 (ratificata con l. 10 maggio 1970 n. 418). E poiché da esse non emerge un divieto alla emanazione di provvedimenti cautelari, anzi in particolare l'art. 6, § 4, della convenzione di Ginevra afferma la non incompatibilità fra misure cautelari o provvisorie rese dall'autorità giudiziaria ed arbitrati, si deve ritenere che il giudice italiano abbia giurisdizione in tema di concessione dei provvedimenti di urgenza.

Il Pretore di Verona richiama anche a sostegno di tale enucleato principio « il progressivo estendersi del campo di applicazione della tutela d'urgenza rispetto al principio costituzionale di effettività del diritto alla difesa ».

Le conclusioni a cui perviene il pretore sembrano esatte, anche se sono opportune alcune precisazioni. Il giudicante pare fondare il principio della sussistenza del potere cautelare del giudice nazionale, in pendenza di un giudizio arbitrale estero, dalla disciplina dettata dall'art. II della convenzione di New York e dall'art. VI della convenzione di Ginevra (l'art. II della convenzione di New York recita al § 3: « Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du present article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles... », mentre l'art. VI della convenzione di Ginevra recita al § 4: « Une demande de mesures provisoires ou conservatoires adressée à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une soumission de l'affaire quant au fond au tribunal judiciaire »).

Esaminando le due disposizioni però, ed in particolare l'art. VI della convenzione di Ginevra, il principio che ne è dato ricavare, più che l'esistenza di un potere di concessione di provvedimenti cautelari da parte dell'autorità giudiziaria nazionale, è l'assenza di divieto, a livello di convenzioni internazionali, per le giurisdizioni dei singoli Stati di emanare misure cautelari in ipotesi di pendenza di un giudizio arbitrale o di clausola compromissoria per arbitrato estero. L'esame invece del « se » nella singola fattispecie tale potere in concreto sussista o meno, è problema da risolvere interamente a livello del singolo diritto nazionale. Si esprime in tal senso in dottrina, con riguardo all'art. II della convenzione di New York, GAJA, *International Commercial Arbitration. New York Convention, 1984*, New York, IB1 (« The fact that the courts cannot continue proceedings on the merits does not mean that they should also dismiss any request for interim measures of protection ») con numerosi precedenti giurisprudenziali sul punto.

Sulla convenzione di Ginevra v. LUZZATO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra 21 aprile 1951*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1971, 74. L'a. segnala che una norma diretta a fondare l'obbligo degli Stati contraenti alla concessione dei provvedimenti cautelari emanabili secondo il diritto interno nel caso di giudizi ordinari era stata prevista nel progetto preliminare della convenzione: non essendo stata approvata, « la possibilità che il giudice possa in concreto intervenire, emanando la misura richiesta, rimane invece interamente condizionata all'atteggiamento assunto in materia dalla legge interna ».

Quindi è sulla base del diritto interno che va risolto il problema della concedibilità delle misure cautelari afferenti ad un giudizio arbitrale internazionale: il nostro ordinamento nulla dice espressamente in proposito. Un indice normativo che potrebbe soccorrere è l'art. 818 c.p.c., che è comunque dettato per le controversie rimesse ad arbitrato italiano rituale. Ove però si consideri che, come già rilevato, la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale è peculiare del diritto italiano, che solo per quest'ultimo vale il divieto di concessione dei provvedimenti cautelari, e che l'arbitrato estero non appare assimilabile all'arbitrato irrituale, si può ritenere questa regola applicabile anche all'arbitrato estero. Altro indice normativo potrebbe essere l'art. 672, 3° comma, c.p.c.: su ciò v. Cass. 23 giugno 1977, n. 2662, sopra richiamata.

Ancora più qualificante pare però la ragione individuata dal Pretore di Verona per fondare il potere cautelare della autorità giudiziaria in materie rimesse ad arbitri e cioè il riconoscimento della rilevanza costituzionale di tale potere. A questo proposito cfr. Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190 (*Foro it.*, 1985, I, 1881 e 2491, con note di A. PROTO PISANI e di A. ROMANO, e in *Giar. it.*, 1985, I, 1, 127 con nota di M. NIGRO), nella parte in cui, richiamando il principio ciuovendiano, secondo cui « il processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione » (la cui costituzionalizzazione si rinviene nell'art. 24 Cost.), rende ragione dell'opposto principio enunciato da Corte cost. 1° aprile 1982, n. 63 (*Foro it.*, 1982, I, 1216, con nota di A. PROTO PISANI), affermando che la potestà cautelare — nella misura in cui serve a neutralizzare un *periculum in mora* che esurge agli estremi della irreparabilità del pregiudizio — costituisce una componente essenziale della tutela giurisdizionale.

macchinari meccanici, prestando la necessaria assistenza, contro il prezzo di dollari USA 1.862.000; che a garanzia del buon funzionamento aveva dovuto assicurare un impegno fideiussorio della Banca nazionale del lavoro, con durata di dodici mesi decorrenti dal rilascio del certificato di accettazione, avvenuto il 28 novembre 1983; che era venuta a conoscenza di un prolungamento della garanzia — conseguente a talune richieste dell'acquirente — riconosciuto dalla B.N.L. fino al 1° febbraio 1985; che nel dicembre 1984 la Shultz Steel aveva lamentato disfunzioni del macchinario, facendo sorgere una trattativa nel corso della quale, in data 21 gennaio 1985, aveva chiesto alla banca garante la corresponsione dell'intera somma garantita, dollari 186.241. Aggiungeva che la garanzia prestata era stata convenuta « a semplice richiesta »; che il periodo garantito doveva ritenersi cessato; che era propria intenzione promuovere giudizio arbitrale avanti la camera di commercio internazionale di Parigi per fare accertare la intervenuta estinzione dell'obbligo di garanzia.

Deduciva infine che le lamentele di controparte sul funzionamento del macchinario erano palesemente pretestuose; che erano stati avviati opportuni contatti per il chiarimento della questione; che sussisteva tuttavia il pericolo che la B.N.L. corrispondesse alla Shultz la somma richiesta, così arrecando alla società istante irreparabile pregiudizio economico. Tutto ciò premesso, chiedeva a questo pretore di ordinare, ex art. 700 c.p.c., alla B.N.L., sede di Verona, di soprassedere al pagamento della somma garantita in favore della Shultz Steel Company di South Gate, California, USA, fino all'esito dell'instaurando giudizio arbitrale.

Esaminati gli atti e i documenti; ritenuto che la richiesta della Shultz poteva porsi, per le modalità di svolgimento della vicenda, in contrasto con i principi di buona fede e correttezza nei rapporti obbligatori; rilevato il pericolo di pregiudizio irreparabile derivante alla ricorrente dal grave impegno economico inusitatamente addossatole e dal diffondersi sui mercati internazionali della notizia dell'inadempimento, il pretore accoglieva il ricorso con decreto 6 febbraio 1985, ponendo come limite temporale del provvedimento l'udienza di comparizione delle parti contestualmente fissata.

Effettuata la notifica del ricorso-decreto, si costituivano in giudizio la Banca nazionale del lavoro e la Shultz Steel Company. (*Omissis*)

In via pregiudiziale la società americana ha eccepito la carenza di giurisdizione del giudice adito, « essendo prevista nel contratto concluso tra le parti una clausola di arbitrato irrituale ». All'uopo è stata richiamata una nota sentenza della Suprema corte (sent. 27 giugno 1977, n. 2761, *Foro it.*, 1977, I, 2181) in cui si è ritenuta, in ipotesi di controversie demandate alla cognizione di arbitri irrituali, la rinuncia delle parti alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal rapporto in contestazione. La tesi è stata vivacemente confutata dalla difesa della Pama, che ha rilevato la natura di « clausola arbitrale » del patto contenuto nell'articolato contratto stipulato.

La questione, a sommo avviso dello scrivente, è mal posta. Premesso che il tenore letterale del contratto non lascia dubbi sulla natura rituale, al lume dell'ordinamento italiano, dell'arbitrato in parola — basterà in proposito riferire che è in esso indicata la volontà di rimettersi alla legge francese, senza chiari accenni a un intento negoziale o transattivo, ma anzi con espresso richiamo alla necessità di una sentenza rigorosamente motivata e sottoponibile alla successiva « accettazione giudiziaria » di qualsiasi corte — occorre invece chiedersi quali siano i rapporti tra la giurisdizione italiana cautelare e l'arbitrato estero o, *rectius*, internazionale.

Si è detto che le parti hanno devoluto la cognizione di ogni controversia derivante dal contratto all'arbitrato secondo le regole di conciliazione e arbitrato della camera di commercio internazionale di Parigi, accordandosi sull'applicabilità della legge francese.

Hanno però convenuto, nella convenzione successiva relativa alla garanzia bancaria, che quest'ultima sarebbe stata regolata secondo le leggi dello Stato della California.

Ora, nessun dubbio dovrebbe sussistere sull'applicabilità, nella fattispecie, della convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (cfr. l. 19 gennaio 1968 n. 62). Detta convenzione, cui hanno aderito Italia e USA, abbraccia anche i lodi irrituali, come hanno ritenuto le sez. un. della Suprema corte (18 settembre 1978, n. 4167, *id.*, 1978, I, 2422), poiché in relazione ai lodi emessi all'estero sfuma la differenza, peculiare del rito processuale italiano, tra arbitrato rituale ed irrituale. Si può inferire da ciò che, essendo l'arbitrato in oggetto di natura internazionale, hanno minor portata anche i divieti all'esplicabilità della tutela

cautelare esistenti rispetto all'arbitrato irrituale da pronunciare in Italia.

Ma v'è di più: l'arbitrato commerciale internazionale regolato dalla convenzione europea di Ginevra del 21 aprile 1961 e dall'accordo parigino del 17 dicembre 1962, tradottosi rispettivamente nelle l. 10 maggio 1970 n. 418 e 30 ottobre 1975 n. 851, prevede espressamente all'art. VI, § 4, che una domanda di misure provvisorie o cautelari indirizzata ad una autorità giudiziaria non deve essere considerata come incompatibile con la convenzione di arbitrato.

Orbene, se si dovesse ammettere che devolvendo la cognizione alla camera di commercio internazionale di Parigi le parti hanno fatto riferimento alla normativa processuale cui essa soggiace, non potrebbe non ritenersi l'ammissibilità della tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (per un significativo precedente, con controparte americana, cfr. Pret. Milano 27 gennaio 1983, *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 50). Perplessità in ordine a quanto sin qui sostenuto possono insorgere in considerazione sia della nazionalità dell'acquirente, non avendo gli USA aderito alla convenzione europea, sia con riferimento alla clausola di richiamo della legge USA riguardante la garanzia bancaria, che sembra far eccezione alla regola concordata dalle parti di sottomettersi alla normativa francese; si potrebbe sostenere infatti che le questioni attinenti la garanzia, che coinvolgono anche la banca americana che ha fatto da tramite tra la B.N.L. e la Shultz, non rientrino nell'assetto sopradelineato e non legittimino quindi l'intervento del giudice italiano.

A sostegno della tesi ora esposta potrebbe aggiungersi che l'aver avviato la procedura arbitrale prima della chiusura del procedimento ex art. 700 c.p.c. comporti la devoluzione agli arbitri della cognizione anche sui provvedimenti cautelari; invero occorre qui osservare che la materia è di difficile inquadramento e si presta a diverse e parimenti apprezzabili soluzioni.

Si osserva infatti comunemente che il progressivo estendersi del campo di applicazione della tutela d'urgenza risponde al principio costituzionale di effettività del diritto alla difesa, sicché sarebbe ingiustificato un diniego di attività giurisdizionale a fronte di situazioni palesemente meritevoli di considerazione, sprovviste di strumenti processuali tipici e rapidamente azionabili.

Anche in forza di tali motivazioni traeva ragion d'essere il decreto emesso il 6 febbraio 1985, che va ora rivisto alla luce dei problemi di giurisdizione e della più ampia documentazione acquisita.

La suesposta problematicità della preliminare questione testé discussa (che si ritiene comunque di risolvere astrattamente in senso affermativo) costringe a un attento esame delle risultanze processuali, poiché è noto che il potere cautelare vive in intima connessione con la fattispecie di riferimento, trovando ed ampliando i propri spazi di applicazione in misura strettamente correlata alla gravità del pregiudizio incumbente.

In quest'ottica apparve opportuna emettere l'ordine di sospensione del pagamento della somma oggetto di garanzia: parte che aveva infatti prodotto le lettere 4 maggio 1984 e 21 novembre 1984, provenienti dalla ditta americana, in cui sostanzialmente si dava atto del buon funzionamento della macchina; ben strana appariva pertanto un'integrale richiesta della somma in epoca in cui la garanzia sarebbe già dovuta scadere.

La documentazione prodotta dalla Banca nazionale del lavoro ha consentito di chiarire alcuni punti della vicenda; si è acquisita in atti la lettera 7 febbraio 1984 con cui si comunicava alla Shultz Steel che in pari data (come si evince dal relativo documento) la Pama aveva sostituito la precedente garanzia e si attestava la nuova validità di dodici mesi a partire dal 1° febbraio 1984. L'inspiegabile prolungamento della garanzia di cui la Pama si era lamentata in ricorso era dunque ben noto alla società italiana, che l'aveva richiesto.

Con lettera del 23 gennaio 1985, pervenuta il 30 gennaio 1985, di due mesi successiva all'attestazione del funzionamento della macchina, la Shultz richiedeva il pagamento alla B.N.L. Quest'ultima, venendo incontro alle esigenze della Pama — che avevano nel frattempo indotto quest'ultima ad adire questo pretore —, comunicava (1° febbraio 1985) alla ditta americana di avere, su istruzione della società veronese, prorogato la validità della garanzia sino al 1° marzo 1985, onde favorire l'amichevole risoluzione della vertenza. Analogo scopo garantistico, a fronte della imperiosità di una garanzia *performance bond*, giustificava la tutela della ricorrente durante il tempo *non* necessario per accertare e risolvere i problemi tecnici lamentati e indurre controparte a ritirare la domanda.

Con telex 4 febbraio 1985 la ditta californiana avvisava di aver

incaricato la Security Pacific Bank di ritirare la domanda di pagamento, accettando il prolungamento della garanzia. Si dichiarava disponibile ad incontrare i tecnici della Pama per risolvere la vertenza.

Va a questo punto rilevato che tale missiva è meritevole del massimo risalto perché evidenzia la buona fede della società americana, disposta ad attendere una verifica dei problemi tecnici prima di escutere una somma che la B.N.L. era comunque pronta a versare, come riferiva nella lettera del 1° febbraio 1985.

Per contro appare ambigua la lettera 13 febbraio 1985 inviata dalla Pama a controparte, lettera in cui si adombra un ritiro del consenso al prolungamento della garanzia, sostenendo che esso era stato condizionato a una immediata accettazione, mancata la quale si era reso necessario il ricorso all'autorità giudiziaria.

Orbene, si è detto della lettera della compagnia americana; non si vede come la risposta avrebbe potuto essere più pronta e si evidenzia invece il tentativo della società italiana (che aveva dato precise istruzioni alla B.N.L.) di sottrarsi a un obbligo chiaramente assunto, come poi verrà ammesso nell'ultima memoria depositata.

In data 13 febbraio 1985 l'incontro dei tecnici delle parti, di cui si ha un riassunto fornito dalla Pama e non contestato, metteva in luce i pretesi difetti della macchina FT 200.

Dal menzionato verbale del *meeting* californiano si evince che le lamentele della ditta americana non sono del tutto prive di fondamento. La questione meriterebbe approfondita consulenza tecnica, superflua in questa sede; tuttavia il rilievo che ben quindici punti furono oggetto di discussione, trovando solo in parte soluzione, è idoneo a far ritenere che l'agire della società americana non è connotato macroscopicamente dalla pretestuosità lamentata in ricorso. La stessa tardività della richiesta, ipotizzata in gennaio, si può spiegare con la volontà di rinviare sino all'ultimo la domanda di pagamento per facilitare la soluzione dei problemi tecnici. Ora, la mancanza di prova del dolo del contraente di garanzia bancaria, nell'utilizzazione della stessa, cagiona l'inammissibilità del provvedimento ex art. 700, unico rimedio individuabile per la repressione di abusi manifesti (Pret. Milano 3 maggio 1982, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n. 192 e 28 giugno 1982, *ibid.*, n. 193). Per contro, la riconducibilità della fattispecie alla fisiologia dei rapporti tra le parti di un contratto internazionale deve far considerare l'opportunità di lasciar corso a una forma di garanzia che, sebbene per qualche verso vessatoria, trova la sua ragion d'essere nell'alto costo della fornitura cui solitamente accede; ditalché si opina comunemente che il fornitore, che dispone comunque della remunerazione del bene consegnato per far fronte al presente onere impostogli, è ben consapevole del ruolo giocato dall'impegno fideiussorio nell'equilibrio dei rapporti.

D'altra parte la Pama si è ben guardata, nel corso delle udienze svoltesi, dal certificare il pericolo di dissesto conseguente al pagamento della somma richiesta in garanzia, né molto ha potuto opporre al rilievo di controparte secondo cui nei mercati internazionali è più dannosa per un fornitore la notizia di non aver onorato, ricorrendo alla giustizia ordinaria, una garanzia bancaria, anziché quella di un perdurante parziale guasto del macchinario prodotto.

Ai rilievi suesposti va aggiunta una ulteriore considerazione: l'avvio della procedura arbitrale avanti un rinomato organismo internazionale e la clausola che impegna gli arbitri a decidere entro tre mesi garantiscono una sollecita definizione del giudizio di merito. L'art. 700 c.p.c. mira a impedire conseguenze pregiudizievoli durante il tempo necessario all'esperimento di tale giudizio: deve riconoscersi che la prognosi sulla celerità del giudizio arbitrale sminuisce ancor più lo spessore delle argomentazioni degli istanti.

Nel caso di specie inoltre non si può lamentare il pericolo di non poter poi recuperare la somma versata: le dimensioni dell'impresa americana, opportunamente illustrate dalla sua difesa, e l'efficienza dell'apparato giudiziario di quel paese sono sufficientemente rassicuranti sulla ripetibilità di quanto indebitamente corrisposto.

Non dovrà dimenticarsi in proposito che i precedenti in materia, non rari e attribuibili alla giurisprudenza delle maggiori preture italiane, si ricollegano per lo più a ipotesi in cui la nazionalità dell'acquirente-garantito destava serie preoccupazioni sulla eseguibilità di un giudizio di merito successivamente favorevole all'istante. Non a caso si è parlato in dottrina di un piano « politico » della fenomenologia giudiziaria che qui ci occupa.

Un residuo aspetto della vicenda concerne la regolarità formale della richiesta rivolta alla banca garante, e la sua validità che

quest'ultima, omettendo di opporre al beneficiario un'eccezione attinente alla lettera di garanzia, pregiudichi sensibilmente il cliente italiano.

Tale aspetto, normalmente trascurato nei provvedimenti pretorili, al fine di non indurre riflessi del rapporto principale sulla attività bancaria, non è privo di interesse. Nel caso di specie infatti la prima domanda di incasso venne annullata e fu richiesta indietro tutta la documentazione di accompagnamento inviata dalla Shultz Steel. Tramite la banca USA, il beneficiario, in data 20 febbraio 1985, chiese nuovamente l'escussione della fideiussione per l'intero importo pattuito; il 26 febbraio 1985 la compagnia statunitense confermò la richiesta alla filiale veronese della B.N.L. attestando la persistenza dei difetti e il decorso di oltre dieci giorni dalla data di comunicazione dei difetti stessi alla Pama.

Orbene, la lettera di garanzia subordinava il versamento all'invio alla B.N.L. di una simile dichiarazione scritta nonché di una copia del telex inviato alla Pama.

Il completo adempimento di tali formalità e il rilievo di eventuali mancanze al lume della legge californiana, che disciplina il rapporto fideiussorio, non possono essere ovviamente valutati con pienezza, allo stato di cognizione, da questo pretore. Spetterà alla B.N.L. esaminare con la necessaria prudenza se ricorrano o meno i requisiti formali previsti nella pattuizione, assumendosi i relativi rischi in ordine al proprio conseguente diritto di regresso. I profili della vicenda connessi a quest'ultimo aspetto, che è l'unico eventualmente assoggettato alla legge italiana, non sono stati infatti rimessi alla cognizione del giudicante.

La pronuncia di rigetto che discende da quanto esposto, esime dall'obbligo di assegnare un termine per l'instaurazione del giudizio di merito.

PRETURA DI ROMA; ordinanza 3 aprile 1985; Giud. F. P. FIORE; Maymone c. Auriemma.

Notaio — Apertura di studio fuori sede — Illecito disciplinare
Sussistenza — Illecito civile — Insussistenza (Cod. civ., art. 2043, 2598; cod. proc. civ., art. 700; l. 16 febbraio 1913 n. 89, ordinamento del notariato e degli archivi notarili, art. 26, 147; r.d. 10 settembre 1914 n. 1326, regolamento per l'esecuzione della l. 16 febbraio 1913 n. 89, art. 44; r.d. 14 luglio 1937 n. 1666, modifiche all'ordinamento del notariato e degli archivi notarili, art. 14).

L'attività di concorrenza sleale del notaio, realizzata attraverso l'apertura di un ufficio attrezzato come studio e non come semplice recapito in località diversa dalla sede, è sanzionata solo disciplinarmente e non costituisce illecito civile ai sensi degli art. 2043 e 2598 c.c., fonte di responsabilità nei confronti degli altri esercenti professione notarile (nella specie è stato respinto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto ai fini inibitori da altro notaio avente studio nella sede). (1)

(1) Presupposto della pronuncia è l'adesione al prevalente indirizzo giurisprudenziale, che considera come illecito disciplinare, essenzialmente per violazione del precetto di cui all'art. 26, 2° comma, l. n. 89/13, l'apertura di studio notarile fuori della sede, a differenza della ipotesi di apertura di semplice recapito: cfr., da ultimo, anche per la distinzione tra studio e recapito, Cass. 19 febbraio 1985, n. 1451, *Foro it.*, 1985, I, 1335, con nota di L. DI LALLA, *Ancora sui recapiti notarili*, ed ivi ampi richiami sullo stato della dottrina e della giurisprudenza in materia. La stessa condotta è stata sovente riguardata, come appunto nella sentenza in epigrafe, con riferimento alla fattispecie disciplinare della concorrenza sleale, come delineata dagli art. 147 l. 89/13 e 14 r.d.l. 14 luglio 1937 n. 1666, fattispecie distinta da quella generale dell'art. 26, 2° comma, cit. In particolare, alcune pronunce considerano come atto di concorrenza sleale solo l'apertura di un vero e proprio studio notarile fuori sede (Cass. 27 luglio 1961, n. 1833, *id.*, Rep. 1961, voce *Notaio*, n. 101; Trib. Bergamo 2 novembre 1984, *Riv. not.*, 1985, 194, che fa salva la sola ipotesi di recapito aperto nel capoluogo del distretto). Più numerose risultano le pronunce che ravvisano la concorrenza illecita nel fatto stesso dell'apertura del recapito fuori sede (Cass. 17 ottobre 1959, n. 2910, *Foro it.*, Rep. 1959, voce cit., n. 44; 14 maggio 1957, n. 1707, *id.*, Rep. 1957, voce cit. nn. 39, 48; e, per accenni, Cass. 25 ottobre 1965, n. 2251, *id.*, 1966, I, 953; v. anche App. Firenze 25 giugno 1981, *id.*, Rep. 1982, voce cit., n. 27, che, pur aderendo all'orientamento liberale, ritiene violati i limiti di correttezza per avere il notaio utilizzato nel recapito la organizzazione di studio del padre, notaio in pensione, e la clientela abituale di quest'ultimo; Trib. Siena 7 marzo 1981, *id.*, Rep. 1984, voce cit., n. 23, relativa a fattispecie analoga; secondo Cass. 19 ottobre 1983, n. 6132, *ibid.*, n. 22, tra gli elementi astrattamente idonei ad escludere la illiceità della

Fatto. — Con ricorso depositato in data 31 gennaio 1985, la dottoressa Iride Maymone, notaio in Roma, con studio alla via Tuscolana n. 1040/A chiedeva che, in via provvisoria ed urgente, ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e con riguardo alle norme sulla concorrenza illecita, si inibisse « al dott. Vittorio Auriemma, notaio in Marino, di tenere in Roma, alla via Curzio Rufo n. 10, uno studio stabilmente costituito e munito di mezzi di richiami per il pubblico, disponendo all'atto la rimozione di tutto quanto

concorrenza deve comprendersi anche la circostanza che lo svolgimento della attività professionale nel recapito era stata preceduta da un accordo di collaborazione, poi cessato, con il notaio titolare della sede). Secondo la dottrina più liberale, l'apertura di un ufficio sussidiario fuori sede non costituisce illecito ai sensi dell'art. 26, 2° comma, l. n. 89/13 e, non stabilendo la legge alcun requisito per il recapito, il profilo organizzativo di questo rilevarebbe non in se e per se, ma solo in quanto indice di un eventuale atto di concorrenza illecita; più esattamente, la apertura di un ufficio sussidiario non integrerebbe di per sé sola concorrenza sleale, non essendo in contrasto con alcun esplicito divieto, sì che la illiceità della attività concorrenziale dovrebbe valutarsi con riferimento ai precetti di cui agli art. 147 l. n. 89/13 e 14 r.d.l. n. 1666/37 per il notaio recapitista non diversamente che per il notaio titolare di sede (G. METITIERI, *Revisione critica del concetto di recapito*, in *Vita not.* 1983, 833; e gli altri autori cit. nella nota in *Foro it.*, 1985, I, 1335). Nel senso invece che il c.d. recapitismo sia senz'altro illecito concorrenziale, violazione di per sé delle norme sul decoro della professione e fonte di abusi, v. da ultimo R. CAMPO, *Considerazioni sui c.d. recapiti notarili: esercizio della libera professione o della libera concorrenza illecita?*, in *Notaio*, 1983, 82; *Id.*, *Ancora una volta sui « recapiti » ovvero sull'interpretazione « liberale » di norme della vigente legge notarile*, *id.*, 1984, 3; per la incompatibilità degli uffici sussidiari con il carattere pubblicistico della funzione notarile, v. anche G. AMATO, *Il notariato italiano (oggi e nel prossimo futuro). Riforma dell'ordinamento e dintorni*, in *Riv. not.*, 1984, 713).

La pronuncia in epigrafe esclude che l'illecito concorrenziale di cui agli art. 147 l. n. 89/13 e 14 r.d.l. n. 1666/37 assuma rilievo oltre l'ambito disciplinare e dia titolo a risarcimento dei danni nei rapporti tra notai. Tale conclusione viene fondata, in primo luogo, sulla considerazione della natura pubblica della funzione notarile e sulla impossibilità di configurare un esercizio in forma di impresa della attività notarile e quindi un rapporto di concorrenza tra i notai tutelabile a norma dell'art. 2598 c.c.: conforme sul punto, Cass. 28 aprile 1982, n. 2645, *Foro it.*, Rep. 1982, voce cit., n. 12, secondo cui l'esercizio di una professione intellettuale in forma di impresa non è ammissibile per il notariato, che costituisce ad un tempo un ufficio pubblico e una libera professione e va annoverato tra le professioni protette il cui svolgimento non può costituire una organizzazione imprenditoriale. La Cassazione è costante nel ribadire che l'attività del notaio rappresenta esercizio di pubbliche funzioni (cfr., oltre le pronunce sopra richiamate, Cass. 19 febbraio 1981, n. 1039, *id.*, Rep. 1981, voce cit., n. 18, in tema di inderogabilità delle tariffe professionali), salvo a far richiamo al criterio della diligenza media del professionista sufficientemente preparato e avveduto in tema di valutazione della responsabilità del notaio verso il cliente (Cass. 23 giugno 1979, n. 3520, *id.*, Rep. 1980, voce cit., n. 41; 25 ottobre 1978, n. 4847, *id.*, Rep. 1979, voce *Professioni intellettuali*, n. 46); per altri riferimenti, v. T.A.R. Lazio, sez. II, 12 luglio 1978, n. 577, *ibid.*, voce *Notaio*, n. 6, secondo cui la professione notarile, per quanto implichi l'esercizio di pubbliche funzioni, non attribuisce all'interessato lo status di impiegato, e quindi il relativo concorso non equivale a concorso per la nomina ad un impiego. Con riferimento poi alla qualità di professionista del notaio, la pronuncia riportata osserva che le norme della legge notarile attribuiscono un rilievo solo disciplinare alle violazioni del decoro professionale, in quanto dettate nell'interesse generale e non in quello individuale degli appartenenti alla categoria: soluzione considerata razionale, posto che i professionisti-notai, a differenza degli imprenditori, sono inseriti in un ordinamento a origine e disciplina legale e già ricevono tutela adeguata dalle norme sulla prevenzione e repressione degli illeciti. Quest'ultimo ordine di argomentazioni richiama il principio, affermato dalla prevalente giurisprudenza con riferimento all'art. 2598, n. 3, c.c., secondo cui la violazione di norme pubblicistiche imperative (fiscali, amministrative, penali) non integra di per sé sola attività di concorrenza sleale (salvo che usata come mezzo al fine e preordinata ad incidere sulla situazione concorrenziale), non essendo quelle norme poste direttamente a tutela dell'interesse al corretto svolgimento della competizione imprenditoriale (App. Roma 20 settembre 1982, *id.*, Rep. 1984, voce *Concorrenza* (disciplina della), n. 52; App. Milano 7 maggio 1982, *ibid.*, n. 54; Trib. Milano 29 settembre 1980, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n. 69; Pret. Bari 26 luglio 1982, *id.*, 1983, I, 240, con nota di richiami; v. peraltro, in senso contrario, e nondimeno per fattispecie che presenta una qualche analogia con quella in esame con riguardo al profilo dell'ambito territoriale dello svolgimento della attività, App. Bologna 13 gennaio 1981, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n. 71).

Sul principio, secondo cui l'esercizio di una professione intellettuale in genere non è causa ostativa all'acquisto della libertà di imprenditoria commerciale, quando essa costituisca elemento di una attività organizzata in forma di impresa, v. Cass. 19 giugno 1982, n. 3679