

Periodico dell'arbitrato (1994, no. 2)
YB XXI / NYC / Italy 138 / 1996

CORTE D'APPELLO DI GENOVA, Sez. I civile; sentenza 7 maggio 1994, n. 506; PICCARDO Pres.; FERRO Est. — Fincantieri - Cantieri Navali Italiani s.p.a. (avv. ti Luzzatto, Raimondi, Balestra, Bassetto) ed Oto Melara s.p.a. (avv. ti Luzzatto, Cicconi, Bassetto) c. Ministry of Defence Armament and Supply Directorate dell'Iraq e Repubblica dell'Iraq (avv. ti Bianchi, Ginelli, Brambilla Pisoni e Foppiano) ed altri.

Italy

7.5.94

Contratti di costruzione di navi militari - Embargo internazionale - Indisponibilità sopravvenuta dei relativi diritti.

Contratti di costruzione di navi militari - Clausola compromissoria per arbitrato estero - Embargo internazionale - Inefficacia sopravvenuta - Giurisdizione del giudice italiano.

Contratti di costruzione di navi militari - Domanda di risoluzione proposta dal costruttore - Effetti contrari all'embargo.

L'adozione di misure di embargo internazionale contro l'Iraq ha reso indisponibili i diritti nascenti da contratti di costruzione di navi militari stipulati da società italiane con la Repubblica Iraqena.

È colpita da inefficacia sopravvenuta, ai sensi dell'art. 2, c. 3, della Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York il 10 giugno 1958, la clausola compromissoria inserita in detti contratti, in quanto concernente controversie relative a diritti diventati indisponibili; su di esse risorge pertanto la giurisdizione del giudice italiano.

La semplice domanda di risoluzione dei contratti per costruzione di navi militari, proposta dal costruttore, contrasta con le disposizioni dell'embargo, perché, se accolta, comporterebbe effetti restitutori di somme già ricevute e se respinta comporterebbe conferma della perdurante validità dei contratti e del diritto della parte iraqena alla consegna delle navi o al risarcimento per mancata consegna: effetti tutti vietati dalla normativa d'embargo.

CENNI DI FATTO. — Le attrici agiscono in giudizio nei confronti del Governo dell'Iraq e di altri convenuti svolgendo numerose domande relative a contratti di appalto. Costituendosi in giudizio, il Governo iracheno eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice italiano essendo stata inserita nei contratti una clausola compromissoria. Il Tribunale di Genova accoglie tale eccezione, affermando l'efficacia della clausola compromissoria inserita nei contratti di appalto di cui si chiede la risoluzione a cause dell'adozione di un embargo da parte della comunità internazionale. La sentenza di primo grado dal Tribunale di Genova è pubblicata in questa Rivista, 1993, 467 ss.

(Tribunale)

Le soccombenti propongono appello.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Le questioni di giurisdizione relative alle domande poste nei confronti del Governo e del Ministero della Repubblica dell'Iraq.

1. Il Governo e il Ministero della Difesa (Ministry of defence armament and supply directorate) della Repubblica dell'Iraq hanno eccepito la carenza di giurisdizione del giudice italiano a conoscere delle domande contro di loro proposte

dalle attrici Fincantieri Cantieri Navali Italiani s.p.a. e Oto Melara s.p.a., sotto triplice profilo, con distinto concorrente riferimento alla asserita immunità dello Stato iracheno in quanto soggetto sovrano in virtù delle norme internazionali consuetudinarie, alla denunciata assenza dei criteri di collegamento previsti dall'art. 4 c.p.c., e alla invocata applicazione della clausola compromissoria per arbitrato internazionale inserita nei contratti in argomento.

Il Tribunale genovese, con la sentenza impugnata, ha disatteso l'eccezione sotto il primo dei suindicati profili, affermando la natura privatistica e non politica dell'attività giuridica posta in essere dagli organi governativi iracheni nella stipulazione dei detti contratti, e sotto l'ultimo aspetto, rilevando che la contestazione relativa alla sussistenza dei presupposti di giurisdizione di cui all'art. 4 del codice di procedura civile italiano era stata tardivamente formulata (per la prima volta in sede di comparsa conclusionale) ed era comunque infondata; e nell'una e nell'altra parte la decisione del Tribunale viene censurata dal Governo e dal Ministero della Difesa iracheno, anche in via di appello incidentale, con le istanze di riforma di cui al n. 1) e 2) delle conclusioni della comparsa di costituzione e risposta. Il Tribunale ha accolto, invece, l'eccezione in relazione al secondo dei suesposti motivi, ritenendo la clausola compromissoria, inserita nei contratti stipulati dal Ministero della Difesa iracheno con la s.p.a. Cantieri Navali Riuniti (così allora denominata) e con la Oto Melara s.p.a. il 28 dicembre 1980, idonea ad esplicare efficacia derogatoria della giurisdizione italiana in ordine alla materia del contendere introdotta con la citazione che ha dato origine al presente procedimento; e contro questa pronuncia è rivolto l'appello principale della Fincantieri e della Oto Melara. Ai problemi inerenti all'applicabilità della clausola compromissoria conviene attribuire posizione prioritaria nell'affrontare l'esame della pregiudiziale problematica relativa alla giurisdizione, dappoiché soltanto ove si acceda, in accoglimento dell'appello principale, ad escludere la (attuale) efficacia, ritenuta dal primo giudice, della clausola compromissoria, nella controversia riguardante il Governo e il Ministero iracheni, potrà riconoscersi alle suddette parti un concreto apprezzabile interesse processuale a una statuizione destinata a risolversi, nella sua difformità da quella assunta dal primo giudice, in una pura e semplice motivazione correttiva con la sostituzione della *ratio decidendi* di una — in se stessa immutata — pronuncia declinatoria della giurisdizione del giudice italiano.

In ciascuno dei contratti oggetto della materia del contendere è inserita la clausola secondo cui « qualsiasi controversia dovesse sorgere in relazione al presente contratto dovrà essere definitivamente composta in base alle norme di conciliazione e arbitrato della Camera di commercio di Parigi da tre arbitri designati conformemente alle norme anzidette ».

L'efficacia della clausola sopra riferita esige di essere verificata con riguardo alla Convenzione di New York del 10 giugno 1958 resa esecutiva in Italia con l. 19 gennaio 1968 n. 62. Ed invero, sul principio codicistico fondamentale della inderogabilità convenzionale della giurisdizione italiana (che può subire eccezione solo nei casi tassativamente stabiliti tra i quali non può mai figurare l'ipotesi di una controversia della quale sia parte un soggetto italiano residente e domiciliato in Italia); prevale il contenuto pattizio internazionalistico della citata convenzione, ove, nell'art. II, si stabilisce che gli Stati contraenti sono obbligati a riconoscere la convenzione scritta con la quale le parti si impegnano a sottoporre ad arbitrato tutte le controversie relative a un rapporto giuridico determinato o una parte di

esse, e co
correlativ
sia in rel
domanda
constatar
applicato
New York
quanto si
carico deg
che siano
appartene
(*Omissis*)

La di
controvers
zione del
questo ris

Occor
New York
inefficace
di ricordar
parti poss
loro insort
formare og
soria le par
che le cont
controvers

1966 c.c. la
loro natura
parti. Orbe
tra il Minis
indubbiame
missoria, e
zione della
dell'aggress
le, e dei pr
se. Vengon
glio di sicur
not make a
public utilit
economic r
l'art. 2 viet
vendite o f
giuridica ch
convertito i
zione e le t
immateriali
natura finan
titoli appar

dalle attrici Fincantieri Cantieri Navali Italiani s.p.a. e Oto Melara s.p.a., sotto triplice profilo, con distinto concorrente riferimento alla asserita immunità dello Stato iracheno in quanto soggetto sovrano in virtù delle norme internazionali consuetudinarie, alla denunciata assenza dei criteri di collegamento previsti dall'art. 4 c.p.c., e alla invocata applicazione della clausola compromissoria per arbitrato internazionale inserita nei contratti in argomento.

Il Tribunale genovese, con la sentenza impugnata, ha disatteso l'eccezione sotto il primo dei suindicati profili, affermando la natura privatistica e non politica dell'attività giuridica posta in essere dagli organi governativi iracheni nella stipulazione dei detti contratti, e sotto l'ultimo aspetto, rilevando che la contestazione relativa alla sussistenza dei presupposti di giurisdizione di cui all'art. 4 del codice di procedura civile italiano era stata tardivamente formulata (per la prima volta in sede di comparsa conclusionale) ed era comunque infondata; e nell'una e nell'altra parte la decisione del Tribunale viene censurata dal Governo e dal Ministero della Difesa iracheno, anche in via di appello incidentale, con le istanze di riforma di cui al n. 1) e 2) delle conclusioni della comparsa di costituzione e risposta. Il Tribunale ha accolto, invece, l'eccezione in relazione al secondo dei suesposti motivi, ritenendo la clausola compromissoria, inserita nei contratti stipulati dal Ministero della Difesa iracheno con la s.p.a. Cantieri Navali Riuniti (così allora denominata) e con la Oto Melara s.p.a. il 28 dicembre 1980, idonea ad esplicare efficacia derogatoria della giurisdizione italiana in ordine alla materia del contendere introdotta con la citazione che ha dato origine al presente procedimento; e contro questa pronuncia è rivolto l'appello principale della Fincantieri e della Oto Melara. Ai problemi inerenti all'applicabilità della clausola compromissoria conviene attribuire posizione prioritaria nell'affrontare l'esame della pregiudiziale problematica relativa alla giurisdizione, dappoiché soltanto ove si acceda, in accoglimento dell'appello principale, ad escludere la (attuale) efficacia, ritenuta dal primo giudice, della clausola compromissoria, nella controversia riguardante il Governo e il Ministero iracheni, potrà riconoscersi alle suddette parti un concreto apprezzabile interesse processuale a una statuizione destinata a risolversi, nella sua difformità da quella assunta dal primo giudice, in una pura e semplice motivazione correttiva con la sostituzione della *ratio decidendi* di una — in se stessa immutata — pronuncia declinatoria della giurisdizione del giudice italiano.

In ciascuno dei contratti oggetto della materia del contendere è inserita la clausola secondo cui « qualsiasi controversia dovesse sorgere in relazione al presente contratto dovrà essere definitivamente composta in base alle norme di conciliazione e arbitrato della Camera di commercio di Parigi da tre arbitri designati conformemente alle norme anzidette ».

L'efficacia della clausola sopra riferita esige di essere verificata con riguardo alla Convenzione di New York del 10 giugno 1958 resa esecutiva in Italia con l. 19 gennaio 1968 n. 62. Ed invero, sul principio codicistico fondamentale della inderogabilità convenzionale della giurisdizione italiana (che può subire eccezione solo nei casi tassativamente stabiliti tra i quali non può mai figurare l'ipotesi di una controversia della quale sia parte un soggetto italiano residente e domiciliato in Italia); prevale il contenuto pattizio internazionalistico della citata convenzione, ove, nell'art. II, si stabilisce che gli Stati contraenti sono obbligati a riconoscere la convenzione scritta con la quale le parti si impegnano a sottoporre ad arbitrato tutte le controversie relative a un rapporto giuridico determinato o una parte di

esse, e co
correlativ
sia in rel
domanda
constatar
applicato
New York
quanto si
carico deg
che siano
appartene
(*Omissis*)

La di
controvers
zione del
questo ris

Occor
New York
inefficace
di ricordar
parti poss
loro insort
formare og
soria le par
che le cont
controvers

1966 c.c. la
loro natura
parti. Orbe
tra il Minis
indubbiame
missoria, e
zione della
dell'aggress

le, e dei pr
se. Vengon
glio di sicur
not make a
public utilit
economic r
l'art. 2 viet
vendite o f
giuridica ch
convertito i
zione e le t
immateriali
natura finan
titoli appar

qualsiasi soggetto, agenzia, ente od organismo partecipato, controllato o diretto dalla Repubblica dell'Iraq medesima»; l'art. 1 del D.L. 23 agosto 1990 n. 247, convertito sul punto senza modifiche in l. 19 ottobre 1990, n. 298 il quale dispone « che ai cittadini italiani ovunque si trovino è fatto altresì divieto di effettuare trasferimenti di fondi destinati, anche indirettamente, ad enti o persone in Kuwait e Iraq »; aggiungasi che la Direttiva del Ministero del Tesoro 13 settembre 1990 afferma da un lato che il divieto posto dall'art. 1 del D.L. 6 agosto 1990, n. 220 citato comporta il « congelamento dei conti » dei soggetti iracheni, e precisa dall'altro che « per le fideiussioni a garanzia di rapporti che non possono essere eseguiti a causa dell'embargo non si potrà dar seguito alla richiesta delle relative escussioni ». Il Tribunale genovese non ha negato l'esistenza di una situazione di indisponibilità sul piano del diritto sostanziale, nel senso e per le ragioni di cui sopra, ma è pervenuto a negare che una situazione di tal genere possa costituire ostacolo alla devoluzione agli arbitri della controversia nella specie sottoposta al suo esame, in base a un ulteriore sviluppo argomentativo che, sulla premessa di ordine generale secondo cui l'esclusione della « validità » della clausola compromissoria avente ad oggetto diritti indisponibili postula la ricorrenza di due presupposti, costituiti, rispettivamente, dalla incidenza del contratto su simili diritti con la realizzazione dell'atto dispositivo vietato dalla norma, e dalla idoneità delle controversie nascenti da quel contratto, ove rimesse agli arbitri per la decisione, a comportare disposizione del diritto indisponibile (« nel senso che per effetto della sentenza arbitrale risulti attuato *contra legem* il trasferimento del diritto medesimo, oggetto della lite »), lo ha portato ad affermare che « nella fattispecie che ne occupa, sussiste indubbiamente il primo dei succitati presupposti, innegabile essendo che i contratti, cui la clausola accede, prevedono che i beni che ne costituiscono l'oggetto debbano essere trasferiti in proprietà e consegnati al MOD, il che si pone in netto contrasto con i citati art. 1 del D.L. 6 agosto 1990, n. 220 e del D.L. 23 agosto 1990, n. 249 » e che « non sussiste di contro il secondo dei succitati presupposti in quanto la domanda degli attori (l'unica che deve essere presa in esame, ai sensi dell'art. 5 c.p.c., per determinare la giurisdizione) consiste sostanzialmente nella declaratoria di risoluzione dei contratti di fornitura per impossibilità sopravvenuta conseguente all'inadempimento del MOD e della Repubblica dell'Iraq e nella richiesta di risarcimento del danno in dipendenza del citato inadempimento, domande entrambe, queste, la cui soluzione non viene minimamente ad incidere su quella indisponibilità introdotta con i citati testi di legge ». La *ratio decidendi* che ha condotto il primo giudice per tal modo a concludere che « ogni controversia sulla validità o risoluzione del contratto, che non è tale da involgere pronuncia su diritti indisponibili, non può considerarsi sottratta alla competenza degli arbitri », non può essere condivisa. Il Tribunale richiama, a conforto del principio come sopra enunciato, la sentenza della Corte di Cassazione 19 maggio 1989, n. 2406, della cui motivazione recepisce anzi, pressoché testualmente, quella parte in cui leggesi: « Per aversi nullità della clausola compromissoria relativa a controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili — che è nullità (pur se destinata a evidenziarsi nel giudizio arbitrale) del patto contrattuale, riferibile alla volontà delle parti — occorre in primo luogo che già il contratto, cui la clausola (che è tuttavia autonoma) accede, incida (mediante atto traslativo, abdicativo, ecc.) su simili diritti realizzando l'atto di disposizione vietato dalla norma; occorre inoltre che anche le controversie nascenti da quel contratto, se portate in sede transattiva

all'es
dispos
della
medes
sulla v
che ne
del c
bitrale
poi qu
dovut
n. 3 e
invalid
versia
suscett
non si
nullità
poiché
pronun
arbitri
cessiva
abbia r
missori
prema
un mar
merci.
ta nel g
chio al
della S
la com
colloca
zione a
bilità di
tica rel
bilità de
clausola
del lode
salva re
può con
li a nor
derazio
non ess
missoria
di tutti i
re di di
venuto
una ade
noscime
il 18 giug

all'esame delle parti o rimesse in arbitri per la decisione, siano tali da comportare disposizione del diritto indisponibile, nel senso che per effetto della transazione o della sentenza arbitrale risulti attuato, *contra legem*, il trasferimento del diritto medesimo, oggetto della lite. Ogni altro genere di controversia, compresa quella sulla validità del contratto avente ad oggetto un diritto pretesamente indisponibile, che non importino detto effetto al pari del resto di qualsiasi altra causa di invalidità del contratto stipulato dalle parti, non può ritenersi sottratta alla decisione arbitrale, stante la natura meramente dichiarativa della relativa pronuncia: specie poi quando da essi derivi l'annullamento del negozio (per illiceità dell'oggetto dovuta alla indisponibilità del diritto: art. 1418, comma 2 in relazione agli art. 1325 n. 3 e 1346 c.c. o per altra diversa causa). Si comprende perciò che quando la invalidità del negozio per indisponibilità del diritto oggetto della possibile controversia (che è una tra le varie possibili cause di invalidità del negozio, ma l'unica suscettibile di determinare la nullità del compromesso o della clausola arbitrale) non sia specificamente prevista nella clausola compromissoria, non può ritenersi la nullità della clausola per un vizio genetico riferibile alla volontà delle parti. E poiché ogni altro genere di controversia sulla validità del contratto che non involga pronuncia su diritti indisponibili non è certamente sottratta alla competenza degli arbitri, potrà eventualmente determinarsi, nell'ipotesi in cui le parti deducano successivamente simile causa di nullità nel giudizio arbitrale, nullità del lodo che non abbia ravvisato detta forma di invalidità; non quindi nullità della clausola compromissoria e incompetenza degli arbitri » (nella vicenda portata all'esame della Suprema Corte si trattava di un contratto avente ad oggetto tra l'altro la cessione di un marchio ed inoltre il trasferimento del « know how », dell'avviamento, delle merci, del « buying office », e si discuteva della invalidità, successivamente allegata nel giudizio arbitrale, della cessione sotto il profilo della inalienabilità del marchio al di fuori del trasferimento dell'azienda o di un ramo di essa). La pronuncia della Suprema Corte — alla cui rilevanza chiarificatrice non contribuisce, per vero, la commistione tra ipotesi di nullità e ipotesi di annullamento del contratto — si colloca, a ben guardare, nell'ambito della tematica dell'autonomia della convenzione arbitrale rispetto al negozio sostanziale al quale essa inerisce, e della insensibilità di essa ai vizi del rapporto contrattuale, e quindi nell'ambito della problematica relativa alla determinazione dei limiti che incontra la rilevanza della indisponibilità dei diritti costituenti oggetto del negozio quale causa di nullità specifica della clausola stessa come tale deducibile di riflesso, nell'arbitrato interno, quale vizio del lodo in sede di impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 829 c. I n. 1 c.p.c., salva restando la rilevanza che sotto diverso profilo la prospettabile indisponibilità può conservare in relazione a eventuali *errores in iudicando* degli arbitri censurabili a norma dell'art. 829 c. II c.p.c. Per contro, nel nostro caso, non viene in considerazione alcuna questione di nullità, non essendo revocata in contestazione, e non essendo seriamente contestabile, la validità originaria della clausola compromissoria, attesa la presenza, con riferimento al tempo in cui essa veniva stipulata, di tutti i requisiti formali e sostanziali all'uopo necessari, ivi compreso quel carattere di disponibilità dei diritti scaturenti dai contratti che è poi, come si è visto, venuto meno. La corretta impostazione del problema deve prendere le mosse da una adeguata esauriente considerazione del tenore della Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York il 18 giugno 1958, resa esecutiva in Italia con l. 19 gennaio 1968, n. 62, già citata e in

particolare dell'art. II n. 1 ove si dispone che « chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage » e dell'art. II n. 3 ove si stabilisce che « le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de la quelle 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, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ». È stato rilevato da fonte dottrinale che la caducazione del compromesso, la sua inoperatività, la sua inapplicabilità, rappresentano fenomeni riconducibili alle categorie dell'inefficacia e della impossibilità giuridica: con la precisazione che trattasi di inefficacia in senso stretto, contrapposta al più ampio e generico significato dello stesso termine, comprensivo della ipotesi della nullità e dell'annullabilità dell'atto (*quod nullum est nullum pro dicit effectum*). Ancora sul piano delle precisazioni concettuali, non pare meritevole di adesione la tesi di parte che configura, quale effetto specifico della normativa di embargo, la indisponibilità dell'« obbligo » — ritenuto individuabile nel citato art. II n. 1 della convenzione — di devolvere la controversia alla cognizione arbitrale, inteso come obbligo di compimento (sia pure eventuale) di una determinata attività giuridica: sembra, per contro, corretto qualificare l'effetto peculiare e tipico della convenzione arbitrale non già in termini di diritto e di obbligo in senso sostanziale (quasi che di tale obbligo fosse razionalmente possibile chiedere l'adempimento o prospettare l'inadempimento), bensì alla stregua di un diritto potestativo esercitabile, in negativo, con la deduzione dell'eccezione di difetto di giurisdizione, o, parallelamente, di difetto di competenza nell'arbitrato interno, e, in positivo, mediante l'attivazione del procedimento arbitrale; non ravvisandosi, al riguardo, apprezzabile differenza tra l'arbitrato interno e l'arbitrato internazionale in ordine alla natura della convenzione arbitrale che appartiene, prima che alla terminologia normativa, alla realtà intrinseca dell'istituto, qualificato dalla nostra migliore dottrina alla stregua di contratto dotato di effetti essenzialmente processuali; e ben potendosi concretamente individuare nella proposizione dell'eccezione e nella declaratoria (in accoglimento di essa) del difetto di giurisdizione, rispettivamente, la sottomissione delle parti all'arbitrato e il rinvio al giudice arbitrale di cui parla la convenzione. Certo è, infatti, che la convenzione di New York riconosce il compromesso e le clausole compromissorie con riferimento sia alla loro rilevanza positiva concretantesi nell'idoneità a dar luogo, ove ne ricorrano i presupposti, al deferimento della controversia agli arbitri, sia alla loro rilevanza in negativo consistente nella necessariamente correlativa esclusione della giurisdizione ordinaria del giudice degli stati contraenti.

E certo è che, pur essendo tale riconoscimento enunciato in termini estremamente ampi sotto l'aspetto soggettivo e sotto l'aspetto oggettivo, la dimensione della deroga alla giurisdizione ordinaria esige di essere, interpretativamente, delineata in relazione sistematica con le altre norme della convenzione e in particolare con quella fondamentale di cui all'art. I dalla quale si desume che la deroga è ammissibile solo se il procedimento arbitrale sia destinato a condurre a una sentenza a cui possa essere attribuita efficacia in base alla convenzione stessa, e ciò con particolare riferimento all'esigenza del requisito dell'arbitrabilità della controver-

normativa in vigore alla data della introduzione del processo, dovrebbe ritenersi quanto meno sopravvenuta successivamente la inefficacia della clausola compromissoria e con essa il presupposto della giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana, dovendosi tener conto che « l'irrelevanza dei mutamenti dello stato di fatto successivi alla proposizione della domanda stabilita dall'art. 5 c.p.c. è diretta a favorire non già ad impedire la cosiddetta *perpetuatio jurisdictionis*, nel caso in cui un successivo mutamento dello stato di fatto ne abbia determinato la nascita: tale soluzione si applica anche quando la sopravvenienza della giurisdizione si sia verificata nel corso del giudizio di appello, e pertanto qualora il giudice di primo grado abbia esattamente negato allo stato la giurisdizione del giudice ordinario, il giudice d'appello che ritenga sopravvenuta tale giurisdizione non può decidere la causa nel merito ma deve rimetterla al primo giudice » (Cass. 8 agosto 1978, n. 3869).

La conclusione come sopra formulata non trova ostacolo nel rilievo che la domanda principale delle società attrici aveva ad oggetto la risoluzione e non l'adempimento dei contratti in questione: è innegabile, infatti, che anche in tale dimensione, la rimessione della controversia alla decisione degli arbitri comportava la possibilità (si dovrebbe dire il « rischio ») della disposizione di diritti resi indisponibili dalla legislazione internazionale ed interna di « embargo ». Ed invero, l'eventuale accoglimento della domanda con la pronuncia della risoluzione avrebbe dato luogo ad effetti non solo liberatori ma anche restitutori preclusi dalla normativa anzidetta: aggiungasi che, essendo stata richiesta, in via consequenziale alla risoluzione, la compensazione dei crediti del committente iracheno per anticipi versati con il preteso maggior debito risarcitorio dello stesso, ciò si sarebbe tradotto, in sede arbitrale, nella realizzazione di uno strumento soddisfacente confliggente con la citata disciplina sovranazionale. Per converso, una ipotetica decisione arbitrale di merito sfavorevole alle società attrici, con la reiezione della domanda di risoluzione, avrebbe comportato il riconoscimento della perdurante efficacia ed eseguibilità dei contratti, con analoga — pur di segno diverso — incidenza sui rapporti indisponibili. Ciò sembra essere sfuggito al Tribunale genovese il quale ha ritenuto, come si è visto, di poter riconoscere alla clausola compromissoria quella efficacia derogatoria che qui le viene negata, sul presupposto che la domanda, proposta dalle società attrici italiane, di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta imputabile alla controparte irachena, e la connessa domanda risarcitoria, se ed in quanto accolte con una decisione arbitrale, non avrebbero esplicito incidenza sulla indisponibilità dei diritti perché — in buona sostanza — non vi sarebbe stato trasferimento in proprietà né consegna alle parti irachene dei beni oggetto del contratto stesso, e peraltro ha ignorato l'alternativa possibilità dello sbocco del giudizio arbitrale in una decisione di contenuto opposto, altrettanto (anche se diversamente) idonea ad incidere su diritti indisponibili.

Nella motivazione della sentenza impugnata sembra essere stata implicitamente recepita e anticipata, in sede di analisi della questione di giurisdizione, la valutazione di merito alla quale il Tribunale è pervenuto, incidentalmente ma inequivocabilmente, ad altri fini, affermando che « l'esecuzione del contratto principale (è) divenuta impossibile non per fatto e colpa dei fornitori italiani ma esclusivamente per l'intervento della legislazione di embargo determinato dall'aggressione al Kuwait da parte della Repubblica irachena » e che « esiste la prova certa che l'inesecuzione dei contratti garantiti è dipesa da forza maggiore imputabile allo stesso committente »; è difficile dire se tale sia stato effettivamente il substrato

psicol
una in
giusti
diritti
acced
inter
dover
giuris
bili es
essere
N
gente
sottes
quello
« emb
aspetto
contra
storich
limitar
giunge
le di q
violazi
Kuwait
(Omiss

Venti

1.
hanno
spra b
vida d
d'App
decisio
ha seg
pirem
Cassaz
storia
preced
zioni c
anni fa
Italian

(1)
stesso fa
effetti su

psicologico di quella che formalmente si palesa come una lacuna motivazionale e una incongruenza della *ratio decidendi*: certo è che tale non potrebbe essere la giustificazione della omessa considerazione dell'incidenza, sull'indisponibilità dei diritti controversi, dell'ipotetica domanda di risoluzione, perché in tal modo si accedrebbe ad una inammissibile inversione dell'ordine logico e giuridico che intercorre tra la pregiudiziale questione di giurisdizione e le questioni di merito, dovendo il giudice, nel giudizio relativo alla sussistenza o meno della questione di giurisdizione, considerare le domande proposte in astratto e in vista di tutti i possibili esiti potenzialmente conseguenti all'esame del merito, il quale ultimo deve essere logicamente successivo e del tutto indipendente.

Né, d'altro canto, potrebbe valorizzarsi una distinzione, implicitamente emergente dalla decisione del Tribunale, anche se forse non psicologicamente ad essa sottesa, fra l'idoneità del trasferimento di strumenti bellici dal soggetto italiano a quello iracheno a dar luogo a una situazione non consentita dalla normativa di « embargo », e l'inidoneità a produrre lo stesso effetto della mera regolazione di aspetti pecuniari del rapporto col trasferimento di solo denaro: ciò si porrebbe in contrasto con la portata della normativa sovranazionale emanata nelle contingenze storiche di cui trattasi, che risulta caratterizzata da una inusuale pregnanza, non limitandosi essa a precludere soltanto la fornitura all'Iraq di armi e accessori, ma giungendo a realizzare un vero e proprio totale isolamento giuridico e commerciale di quello Stato, in quanto ritenuto responsabile di una particolarmente grave violazione del diritto delle genti, consistente nel tentativo di eliminare il vicino Kuwait dal novero degli Stati sovrani membri della comunità internazionale. (Omissis).

Venti di guerra sull'arbitrato internazionale.

Tot p. 520 (S. La China)

1. Per le corvette militari ex-iraqene la pace è ancora lontana; non hanno mai sparato un colpo, ma sono ancora e sempre al centro di un'aspra battaglia giudiziaria, incruenta sì ma non perciò meno accanita e gravida di conseguenze, patrimoniali e non. La recente sentenza della Corte d'Appello di Genova che qui si commenta, e che ha totalmente ribaltato la decisione del Tribunale di Genova, pur'essa riportata in questa *Rivista* ⁽¹⁾, ha segnato un'altra tappa dell'accidentato *iter* processuale, e molto ci stupiremmo se non seguisse ora il terzo tempo con l'immane ricorso in Cassazione delle parti soccombenti. Come in ogni lunga e appassionante storia che si rispetti, è forse opportuno un succinto riassunto delle puntate precedenti per rendere intelligibili al lettore non informato le considerazioni che seguiranno. Semplificando qui all'estremo ricordiamo che tanti anni fa (quasi vorremmo dire « C'era una volta ») i Cantieri Navali Italiani si impegnarono con l'Iraq a costruire undici navi da guerra, princi-

⁽¹⁾ Tribunale Genova, 9 dicembre 1992, n. 3256, in questa *Rivista*, 1993, 467. Nello stesso fascicolo, a p. 361, leggesi il saggio di commento di SACERDOTI, *Embargo irakeno, effetti sui contratti in corso ed efficacia delle clausole per arbitrato internazionale*.

also Fur Arb

365. ITALY: TRIBUNALE DI GENOVA- 22 July 1991 - *Fincantieri and Oto Melara s.p.a. v. Banca commerciale italiana, Credito italiano, Banco di Roma and Others* *

Effects of an arbitration agreement on judicial proceedings - Injunction

(See Part I.B.1)

Two Italian companies sued before the Court of Genoa the Ministry of Defense of Iraq after the invasion of Kuwait in order to free themselves from three contracts for building 11 warships. The claimants successfully requested an injunction from the same Court against three Italian banks which had given, on their behalf, some guarantees to an Iranian bank. The reasons include the following statement:

"Given that there no doubt exists the jurisdiction of Italian courts on the basis of the documents shown and of the correct interpretation and application of the New York Convention of 10 June 1958, implemented in Italy by Law No. 62 of 19 January 1958; (...)" (800)

There is no express reference in the decision to the arbitration clauses which were included in the three contracts.

* The original text is reproduced from 93 *Il Diritto Marittimo*, p. 799 ff. (1991)

Il Presidente Istruttore

Visto l'atto di citazione 10 luglio 1991, con il quale S.p.A. Fincantieri e S.p.A. OTO Melara, sui presupposti : a) di aver stipulato, in data 28 dicembre 1980, con il Ministero della Difesa Irachena n. 3 contratti di fornitura di 11 unità navali da guerra, un bacino galleggiante e relativo munizionamento delle citate unità navali - b) che gli importi di tali forniture superano i due miliardi di dollari — c) che la Rafidain Bank dell'Iraq avrebbe prestato garanzia alla committente sia in ordine ad anticipazioni di somme che in ordine all'adempimento dei fornitori sino alla concorrenza del citato importo — d) che le banche italiane Commerciale, Credito Italiano, Banco di Roma e Banca Nazionale del Lavoro, su richiesta delle attrici, avrebbero, a loro volta, prestato alla Rafidain Bank relativa controgaranzia — e) che, in seguito ai noti fatti internazionali che hanno visto l'Iraq aggredire lo Stato Sovrano del Kuwait ed alle conseguenti risoluzioni di organismi internazionali, si sarebbe determinata la giuridica impossibilità, da parte delle attrici,

di adempiere agli obblighi contrattuali assunti, giuridica impossibilità scaturente, peraltro, da fatto doloso dell'Iraq, hanno richiesto, tutto ciò premesso, che siano dichiarati risolti, per fatto e colpa della committente, organo della Repubblica Irachena, i tre contratti di fornitura in oggetto; che sia condannata la committente al risarcimento del danno; che sia dichiarata la sopravvenuta estinzione della controgaranzia prestata dalle banche italiane nei confronti della Rafidain Bank; che sia dichiarata, infine, la sopravvenuta liberazione da ogni obbligazione di rimborso e manleva delle attrici nei confronti delle banche italiane controgaranti.

Vista la copiosa documentazione allegata all'atto di citazione visto il ricorso, ex art. 700 c.p.c., con il quale le precitate attrici, premesso tutto quanto precede e rilevato che, nelle more dell'udienza di radicazione della causa e nel corso del giudizio instaurato, è altamente possibile l'evenienza, già raffigurabile dalle condotte evidenziate, che la committente, sul falso presupposto di una risoluzione con-

WWW.NEWYORKCONVENTIONS.ORG

trattuale addebitabile alle ricorrenti, possa escutere la garanzia fideiussoria prestata a suo favore dalla Rafidain Bank, che quest'ultima possa, a sua volta, pretendere ed escutere le controgaranzie prestate a suo favore dalle Banche Italiane e che queste ultime, a loro volta, possano rivalersi nei confronti delle ricorrenti medesime, con l'ovvia conseguenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile da parte di queste ultime che sarebbero costrette a pagare, con tutta l'aleatorietà di ottenere la restituzione di quanto pagato nell'ipotesi di accoglimento delle proprie domande.

Ritenuto che è indubbia la ricorrenza della giurisdizione italiana alla luce della documentazione prodotta e della corretta interpretazione ed applicazione della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 resa esecutiva in Italia con l. 19 gennaio 1968, n. 62;

che altrettanto pacifica deve ritenersi, avuto riguardo all'esecuzione dei contratti, la competenza per territorio del Tribunale di Genova;

che altrettanto ovvia è la competenza dello scrivente autonominatosi giudice istruttore della causa di merito già instaurata;

che, alla luce di quanto precede, ricorrono indubbiamente gli indefectibili presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* alias imminente ed irreparabile pregiudizio;

che il primo si ravvisa nel fatto notorio dell'aggressione della Repubblica irachena allo Stato sovrano del Kuwait e delle risoluzioni di organismi internazionali che, in dipendenza di tale aggressione, hanno sancito l'embargo in odio alla predetta Repubblica, in guisa che l'inadempimento

delle ricorrenti si pone in stretto rapporto eziologico con la condotta della committente, causa unica e determinante dell'inadempimento, in applicazione del noto brocardo per cui *causa causae est causa causati*;

che altrettanto evidente si appalesa la ricorrenza dell'ulteriore presupposto dell'imminente ed irreparabile pregiudizio delle ricorrenti, qualora si consideri che il mancato accoglimento del presente ricorso potrebbe determinare quella catena di conseguenze sopra evidenziata in cui soggetti incisi e percossi sarebbero le odierne ricorrenti che, anche in relazione ai loro rapporti con le banche controgarantite, si vedrebbero costrette a rimborsare le eseguite controgaranzie con l'elevato pericolo, in caso di accoglimento della loro domanda, di non potersi rivalere di quanto pagato, anche in relazione alla natura di organismo esterno della committente;

che la irreparabilità del pregiudizio non è esclusa dalla mera compromissione patrimoniale delle ricorrenti, e ciò alla luce dell'ammontare di garanzia e controgaranzia e dall'ovvia conseguenza che il pagamento delle controgaranzie da parte delle ricorrenti necessariamente comporterebbe ben prevedibili conseguenze in ordine alla futura vita, esistenza e funzionalità delle società ricorrenti con evidente compromissione anche di terzi, quali maestranze, dipendenti e lavoratori delle società stesse;

che la casistica dottrinarie e giurisprudenziale formatasi sull'argomento già si è espressa, in casi perfettamente analoghi, favorevole alla concessione del provvedimento di urgenza;

che, per mero tuziorismo, il prov-

vedimento, ex art. 700 c.p.c., va emesso in via provvisoria, data la indiscutibile urgenza, fissandosi apposita udienza di comparizione delle parti per la conferma e revoca del provvedimento medesimo.

P.Q.M.

Visto l'art. 700 c.p.c. ordina alla Banca Commerciale Italiana, sede di Genova, al Credito Italiano, sede di Genova, al Banco di Roma, sede di Genova, nei confronti della S.p.A. Fincantieri - Cantieri Navali italiani ed alla Banca Nazionale del Lavoro, sede di Lucca, nei confronti della S.p.A. Oto Melara, di astenersi dall'effettuare qualsiasi pagamento in or-

dine alle controgaranzie tutte emesse, a favore della Rafidain Bank, con riferimento ai contratti 4-5-6/1980 del 28 dicembre 1980 intervenuti fra S.p.A. Cantieri Navali Riuniti (in oggi S.p.A. Fincantieri) e S.p.A. Oto Melara, da un lato, ed il Ministero della Difesa iracheno, dall'altro conseguentemente inibisce alle predette banche l'esercizio, in qualsiasi forma e modalità, di azioni di regresso e manleva sia contro S.p.A. Fincantieri e S.p.A. Oto Melara, sia contro la Finanziaria Breda S.p.A. che della Oto Melara è garante nei confronti della Banca Nazionale del Lavoro tutto ciò sino alla revoca o modifica del presente provvedimento.

WWW.NEWYORKCONVENTION.ORG