Civile Sent. Sez. U Num. 17244 Anno 2022
Presidente: DI IASI CAMILLA
Relatore: CARRATO ALDO
Data pubblicazione: 27/05/2022

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, presso lo studio dell'avvocato , che la rappresenta e difende unitamente agli avvocat

- ricorrente -

contro

10/22

- intimata -

nonché contro

BANCA [illegible], iscritta all'Albo delle Banche e Capogruppo del Gruppo Bancario [illegible] quale mandataria con rappresentanza di [illegible] in persona dei legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA [illegible] presso lo studio dell'avvocato [illegible] che la rappresenta e difende;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

e sul ricorso proposto da:

BANCA [illegible], iscritta all'Albo delle Banche e Capogruppo del Gruppo Bancario [illegible] quale mandataria con rappresentanza di [illegible] in persona dei legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, [illegible] presso lo studio dell'avvocato [illegible] che la rappresenta e difende;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

[illegible] del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, [illegible] presso lo studio dell'avvocato [illegible], che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati [illegible]

- controricorrente all'incidentale -

nonchè contro

[illegible]

- intimata -

avverso la sentenza n. 1413/2017 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 13/06/2017.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 08/03/2022 dal Consigliere ALDO CARRATO;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale MAURO VITIELLO, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso principale nei suoi primi due motivi, assorbiti il terzo, il quarto ed il quinto e nel suo settimo motivo; dichiarare inammissibili il sesto e l'ottavo motivo del ricorso principale, dichiarare inammissibile il ricorso incidentale;

uditi gli avvocati e

FATTI DI CAUSA

1. Il 26 marzo 2002 la società , ora s.r.l. e già s.p.a., e la società algerina stipularono un contratto con cui la prima si impegnava a vendere alla seconda un impianto per la macinazione del grano duro, con montaggio e messa in opera dello stesso, nonché addestramento dei tecnici addetti.

Dopo la sottoscrizione del contratto, l'acquirente chiese il rilascio di apposita garanzia di buona esecuzione in misura corrispondente al 10% del valore complessivo del prezzo, garanzia che venne rilasciata dalla venditrice in forma bancaria presso la Banca algerina , controgarantita dalla Banca o filiale di Modena.

Successivamente alla consegna dell'impianto e alla sua messa in opera, in data 18 novembre 2003, la società acquirente segnalò la presenza di guasti all'impianto stesso; la venditrice rispose imputando il guasto ad erronea manutenzione e inviando, comunque, alcun pezzi di ricambio. Senonché, a fronte della necessità di trasferire l'impianto in Italia per le eventuali trasformazioni, la società algerina sospese le trattative ed attivò la garanzia di buona esecuzione. Pertanto, in data 2 aprile 2004, la invitò la società venditrice a provvedere alla copertura finanziaria della garanzia posta in esecuzione dalla società algerina e, per essa, dalla banca algerina di riferimento.

Dopo il vano tentativo della di ottenere l'inibitoria ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. nei confronti della inibitoria inizialmente concessa dal Tribunale di Modena, ma poi revocata in sede di reclamo), quest'ultima procedette al versamento in favore della società acquirente,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

presso la banca , della somma garantita, che addebitò quindi nel conto corrente della società venditrice.

La pertanto, con atto di citazione notificato nel giugno 2006, convenne dinanzi al Tribunale di Modena la società algerina acquirente e la affinché venissero accertati il corretto funzionamento dell'impianto oggetto di vendita e l'illegittimità dell'escussione della garanzia, con conseguente inibizione alla di provvedere al suo pagamento e/o negazione dell'azione di regresso della banca e condanna della stessa alla restituzione di quanto pagato, nonché condanna dell'acquirente al risarcimento dei danni causati dalla abusiva escussione della garanzia.

La convenuta società algerina rimase contumace, mentre la costituendosi in giudizio, eccepì la presenza di clausola compromissoria, nonché la rinuncia dell'attrice a qualsiasi eccezione relativa al rapporto fondamentale.

Il Tribunale, con sentenza del 22 febbraio 2011, statuì quanto segue: a) con riferimento alla questioni riguardanti il rapporto di vendita tra e , dichiarò d'ufficio, ai sensi dell'art. 11 della legge 31 maggio 1995, n. 218, stante la contumacia della società algerina, il difetto di giurisdizione del giudice italiano per effetto della previsione, contenuta nella clausola n. 25 del contratto di compravendita, che tutte le controversie derivanti o relative al contratto dovessero essere risolte, in difetto di accordo, a mezzo di un arbitrato estero applicando il regolamento arbitrale della Camera di commercio internazionale di Parigi e secondo il diritto algerino; b) quanto alle questioni riguardanti il rapporto di garanzia prestata nell'interesse della società venditrice dalla , rigettava le domande attoree per avere la rinunciato al diritto di formulare eccezioni e contestazioni in ordine alla fondatezza della richiesta del creditore garantito.

2. La Corte d'appello di Bologna ha respinto il gravame della soccombente. Ha ritenuto, per un verso, rilevabile d'ufficio, nella contumacia della società algerina convenuta, ai sensi dell'art. 11 legge n. 218 del 1995, il difetto di giurisdizione del giudice italiano in virtù della già richiamata clausola compromissoria di cui all'art. 25 del contratto di compravendita, e, per altro

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

verso, che la società appellante aveva rinunciato - mediante la sottoscrizione della clausola n. 2) del modulo-richiesta del 25 giugno 2002 – al suo diritto a sollevare eccezioni e contestazioni nei confronti della .

3. Avverso la sentenza di appello ha proposto ricorso per cassazione, articolato in otto motivi, la s.r.l. Ha resistito con controricorso, contenente anche ricorso incidentale per un solo motivo, l'intimata mentre la [redacted] non ha svolto attività difensiva in questa sede. La ricorrente principale ha altresì resistito con controricorso al ricorso incidentale.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. I primi cinque motivi del ricorso principale riguardano la questione di giurisdizione, risolta dai giudici di merito nel senso della sottrazione al giudice italiano del rapporto tra [redacted] e [redacted] per essere la relativa controversia oggetto di clausola compromissoria per arbitrato estero, ai sensi dell'art. 25 del contratto di compravendita.

1.1. Con il primo motivo è denunciata la violazione e falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ., avendo la Corte di appello considerato valida ed efficace l'eccezione di arbitrato contenuta nel contratto di vendita, omettendo di considerare che oggetto del giudizio non era quel contratto, bensì la garanzia autonoma, la cui fraudolenta escussione era a base dalla *exceptio doli* sollevata dall'attrice. L'accertamento del buon funzionamento dell'impianto era meramente strumentale rispetto a tale eccezione, costituente invece l'oggetto principale del giudizio, che riguardava dunque l'accertamento di una responsabilità extracontrattuale.

1.2. Con la seconda censura viene dedotto omesso esame di fatto decisivo, relativo alla questione della giurisdizione, per non avere la Corte di appello proceduto a una corretta interpretazione degli atti processuali e individuazione delle norme rilevanti nel caso di specie, che erano stati oggetto di discussione e riguardanti specificamente l'aspetto dell'efficacia della clausola compromissoria e della sua rilevabilità d'ufficio.

1.3. Con la terza doglianza viene prospettata la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 e/o dell'art. 816-*ter* cod. proc. civ. per avere la Corte

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

di appello ritenuto l'eccezione di arbitrato una questione di giurisdizione, e non semmai di competenza, come tale rilevabile solo a istanza di parte e con le preclusioni stabilite dalla legge processuale.

1.4. Con il quarto motivo viene denunciata la violazione e falsa applicazione dell'art. 11 della legge 31 maggio 1995, n. 218, per avere la Corte di appello ritenuto di poter dichiarare d'ufficio il difetto di giurisdizione del giudice italiano sol perché la parte convenuta era contumace, sebbene non si trattasse di controversia riguardante beni immobili, né fosse stata dalla stessa Corte verificata la sussistenza di un difetto di giurisdizione scaturente da una norma di diritto internazionale.

1.5. Con la quinta censura si lamenta la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 6 della legge n. 218 del 1995, dell'art. 6 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e dell'art. 3 della Convezione di New York del 10 giugno 1958, convenzioni entrambe sottoscritte anche dalla Repubblica d'Algeria. La giurisdizione, secondo la ricorrente, spettava al giudice italiano in forza dell'art. 6 della Convenzione di Bruxelles – richiamata dall'art. 3 della legge n. 218 del 1995 – a mente del quale, in caso di pluralità di convenuti, il convenuto domiciliato nel territorio di uno stato contraente può essere citato davanti al giudice di un altro stato contraente, nel cui territorio sia domiciliato uno dei gli altri convenuti, come nella specie la convenuta [redacted], avente appunto sede in Italia. Inoltre, in materia di "delitti o quasi delitti", vale a dire di responsabilità extracontrattuale come nel caso in esame, la giurisdizione è determinata, ai sensi dell'art. 5 della medesima Convenzione, in relazione al luogo in cui si è verificato l'evento dannoso: ancora una volta, dunque, in Italia, ove ha sede la società attrice che ha subito l'impoverimento patrimoniale connesso all'illegittimo pagamento della garanzia con addebito nel conto corrente della società. Infine la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, all'art. 3 (*rectius*, art. 2, comma 3), prevede che il giudice possa rinviare le parti in arbitrato soltanto su istanza di una di esse.

2. L'esame delle predette censure va condotto in maniera congiunta per l'evidente connessione delle stesse, tutte vertenti sulla questione di

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

giurisdizione (che integri questione di giurisdizione, quella scaturente dalla presenza di una convenzione di arbitrato estero, è un dato ormai acquisito nella giurisprudenza di queste Sezioni unite, a partire dalla sentenza 25 ottobre 2013, n. 24153). Tale questione va risolta nel senso della spettanza della giurisdizione, per le assorbenti considerazioni che seguono, al giudice italiano anche con riferimento al rapporto, dedotto in giudizio, intercorrente tra la [redacted] e la società di diritto algerino [redacted] che invece dai giudici di merito è stato riservato all'arbitrato estero previsto dall'art. 25 del contratto di compravendita, di cui si è detto.

Il giudice italiano, invero, era stato correttamente adito, anche nei confronti della società algerina, ai sensi del richiamato art. 6 della Convenzione di Bruxelles, avendo sede in Italia l'altra convenuta in causa connessa [redacted] (cfr., in termini, Cass. Sez. un. 27 febbraio 2008, n. 5090; 12 aprile 2012, n. 5765).

La Corte d'appello, però, ha escluso la giurisdizione del giudice italiano in forza della richiamata clausola compromissoria per arbitrato estero, di cui all'art. 25 del contratto di compravendita, esplicitamente applicata d'ufficio, non rilevando la conforme eccezione sollevata dalla [redacted], priva di legittimazione in quanto estranea alla convenzione arbitrale.

Il profilo sul quale le critiche della ricorrente colgono nel segno è appunto quello della illegittimità, viceversa, di tale rilievo officioso.

La Corte di merito ha ritenuto che a giustificare il rilievo d'ufficio della sussistenza della giurisdizione arbitrale estera sia sufficiente la contumacia della parte convenuta, legittimata a sollevare l'eccezione, perché tanto sarebbe previsto dall'art. 11 della legge di diritto internazionale privato n. 218 del 1998, a mente del quale: «Il difetto di giurisdizione può essere rilevato, in qualunque stato e grado del processo, soltanto dal convenuto costituito che non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana. È rilevato dal giudice d'ufficio, sempre in qualunque stato e grado del processo, se il convenuto è contumace, se ricorre l'ipotesi di cui all'art. 5, ovvero se la giurisdizione italiana è esclusa per effetto di una norma internazionale».

Tale tesi però non persuade.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

La generica previsione della disposizione richiamata, secondo cui il difetto di giurisdizione del giudice nazionale «è rilevato dal giudice d'ufficio ... se il convenuto è contumace» non contiene, invero, uno specifico riferimento all'ipotesi che a base del difetto di giurisdizione vi sia una convenzione di arbitrato estero tra le parti; onde resta aperta, sul piano della lettera normativa, la questione se tale previsione contenga o meno anche detta ipotesi, ovvero quest'ultima debba ritenersi esclusa per effetto di previsioni normative più specifiche.

Ritengono queste Sezioni unite che plurimi argomenti, testuali, logici e sistematici, militino nel senso appunto della esclusione di tale ipotesi dalla generica previsione di rilevabilità d'ufficio di cui trattasi.

L'art. 2, comma 3, della già richiamata Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York il 10 giugno 1958, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 19 gennaio 1968, n. 62, espressamente prevede che il rinvio delle parti davanti agli arbitri, per effetto di una convenzione arbitrale, possa essere disposto dal giudice solo a richiesta di una delle parti stesse: «Il tribunale di uno Stato contraente, cui sia sottoposta una controversia su una questione, per la quale le parti hanno conchiuso una convenzione secondo il presente articolo, rinvierà le medesime, *a domanda d'una di esse*, a un arbitrato...» (enfasi nostra).

Tale norma è espressamente riferita (cfr. art. 1, comma 1, della Convenzione) sia agli arbitrati nazionali che a quelli esteri. E si tratta di norma che risponde a un principio ben saldo nell'ordinamento italiano e ben chiaro alla giurisprudenza di questa Corte. La quale ha già avuto occasione di osservare, nell'ordinanza 6 novembre 2015, n. 22748 della Sesta Sezione, che «il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta della parti, la quale soltanto consente di derogare al precetto contenuto nell'art. 102 Cost., costituendo uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, primo comma, Cost., con la conseguente esclusione della possibilità d'individuare la fonte dell'arbitrato in una volontà autoritativa, e la necessità di attribuire alla norma di cui all'art. 806 cod. proc. civ. il carattere di principio generale, costituzionalmente garantito, dell'intero

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ordinamento (cfr. Corte cost. sent. n. 127 del 1977). Ma se è la volontà delle parti a costituire l'unico fondamento della competenza degli arbitri, deve necessariamente riconoscersi che le parti, così come possono scegliere di sottoporre la controversia agli stessi, anziché al giudice ordinario, possono anche optare per una decisione da parte di quest'ultimo, non solo espressamente, mediante un accordo uguale e contrario a quello raggiunto con il compromesso, ma anche tacitamente, attraverso l'adozione di condotte processuali convergenti verso l'esclusione della competenza arbitrale, e segnatamente mediante l'introduzione del giudizio in via ordinaria, alla quale faccia riscontro la mancata proposizione dell'eccezione di arbitrato»; sicché non può giustificarsi l'affermazione «della rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza del giudice ordinario, la cui dichiarazione resta pertanto subordinata alla proposizione della relativa eccezione da parte del convenuto».

La circostanza che il precedente sopra ampiamente richiamato sia riferito a una fattispecie di arbitrato nazionale e non estero, e dunque a una questione di competenza anziché di giurisdizione, non è evidentemente significativa, posto che le ragioni della affermata non rilevabilità d'ufficio della competenza arbitrale sono basate sull'imprescindibile carattere volontario dell'arbitrato in sé stesso – a prescindere dalla sua nazionalità – radicata nei principi di cui agli artt. 102 e 24 Cost.

3. In accoglimento, nei sensi di cui sopra, dei primi cinque motivi del ricorso principale, va pertanto dichiarata la giurisdizione del giudice italiano anche sul rapporto tra la società italiana attrice e la società algerina convenuta.

L'esame dei restanti motivi del ricorso principale, così come del ricorso incidentale, va rimesso alla sezione semplice tabellarmente incaricata.

P.Q.M.

La Corte a Sezioni unite accoglie, nei sensi di cui in motivazione, i primi cinque motivi del ricorso principale e dichiara pertanto la giurisdizione del giudice italiano anche in ordine al rapporto, dedotto in giudizio, intercorrente tra la [redacted] e la società di diritto algerino [redacted]

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

[redacted], rimette alla Seconda Sezione della Corte l'esame dei restanti motivi del ricorso principale, nonché del ricorso incidentale.

Così deciso nella camera di consiglio delle Sezioni unite in data 8 marzo 2022.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale