23893 15

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Oggetto

ARBITRATO ESTERO

R.G.N. 9118/2013

Cron. 23893

Rep.

Ud. 22/09/2015

PU

C.I.

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUIGI ANTONIO ROVELLI - Primo Pres.te f.f. -

Dott. MARIO FINOCCHIARO - Presidente Sezione -

Dott. GIOVANNI AMOROSO - Presidente Sezione -

Dott. RENATO BERNABAI - Rel. Consigliere -

Dott. GIOVANNI MAMMONE - Consigliere -

Dott. ANGELO SPIRITO - Consigliere -

Dott. ANNAMARIA AMBROSIO - Consigliere -

Dott. ANTONIO GRECO - Consigliere -

Dott. PASQUALE D'ASCOLA - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 9118-2013 proposto da:

GOVERNO E MINISTERI DELLA REPUBBLICA DELL'IRAQ,

2015

367

elettivamente domiciliati in ROMA, VIA GIOVANNI BETTOLO 17, presso lo studio dell'avvocato ALESSANDRO RUFINI, che li rappresenta e difende unitamente agli avvocati FEDERICO MACCONE, RUDEK ROBERT, per procura speciale del notaio dott. Giuseppe Ramondelli, rep. 73229 del

03/03/2013, in atti;

- ricorrenti -

contro

ARMAMENTI E AEROSPAZIO S.P.A., con socio unico, in liquidazione, in persona del liquidatore pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FILIPPO CORRIDONI 14, presso lo studio dell'avvocato MARCO PAOLETTI, che la rappresenta e difende, per delega in calce al controricorso;

FINMECCANICA-S.P.A., SELEX ES. S.P.A. a FINMECCANICA COMPANY, quale incorporante di SELEX ELSAG-S.P.A. (già SELEX COMMUNICATIONS-S.P.A.), in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, FIAT CIEI-S.P.A. IN LIQUIDAZIONE, in persona del liquidatore pro-tempore, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA FRANCESCO CRISPI 89, presso lo studio degli avvocati LEONE PONTECORVO, ARMANDO PONTECORVO, BARBARA PONTECORVO, che le rappresentano e difendono unitamente agli avvocati GIUSEPPE MARIA RICCI, SERGIO MARIA CARBONE, per procure speciali, in atti;

- controricorrenti -

nonchè contro

BANCA INTESA S.P.A., RAFIDAIN BANK, SO.GE.PA - SOCIETA' GENERALE DI PARTECIPAZIONI S.P.A.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 4204/2012 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 27/12/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 22/09/2015 dal Consigliere Dott. RENATO BERNABAI;

uditi gli avvocati Robert RUDEK, Marco PAOLETTI, Leone PONTECORVO, Giuseppe Maria RICCI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PIERFELICE PRATIS, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso (affermazione della giurisdizione arbitrale straniera).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 28 novembre 1991 l'Agusta s.p.a. conveniva dinanzi al Tribunale di Busto Arsizio il Governo ed il Ministero della Difesa dell'Irak, nonché la Rafidain Bank e la Banca Commerciale Italiana per sentir dichiarare la risoluzione del contratto di vendita di n.5 elicotteri, per impossibilità derivante da causa imputabile all'acquirente; oltre al risarcimento dei danni ed alla dichiarazione di estinzione delle controgaranzie assunte dalla Banca Commerciale Italiana nei confronti dell'irachena Rafidain Bank, con conseguente liberazione della venditrice dall'obbligazione di manleva verso la Banca Commerciale Italiana.

L'attrice, premesso di aver stipulato in data 12 novembre 1983 un contratto di vendita di cinque elicotteri modello AB 212, verso il prezzo complessivo di dollari 164.040.351, prestando fideiussione in favore dell'acquirente in misura pari agli anticipi versati (di cui il primo pari al 30% ed il secondo pari al 10% del prezzo), esponeva

- che il Ministero acquirente non aveva provveduto al versamento della rata di prezzo scaduta l'11 novembre 1986; onde, non gli erano stati consegnati, quindi, gli elicotteri;

- che nell'agosto del 1990, a seguito dell'invasione dello stato del Kuwait da parte irachena, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, nonché la Comunità economica europea avevano vietato di intraprendere o proseguire rapporti economici con la Repubblica dell'Iraq;

- che la clausola compromissoria contenuta nel contratto era quindi divenuta inefficace, in considerazione della sopravenuta indisponibilità del diritto azionato.

Il governo dell'Iraq e la Rafidain Bank non si costituivano alla prima udienza ed erano perciò dichiarati contumaci.

La convenuta Banca Commerciale Italiana, costituitasi ritualmente, chiedeva, a sua volta, l'accertamento dell'inesistenza di proprie obbligazioni nei confronti della Rafidain Bank; o in subordine, che la Agusta fosse dichiarata tenuta alla manleva.

Intervenivano autonomamente in giudizio le società cofornitrici degli elicotteri, Oto Melara s.p.a., Elmer s.p.a., Alenia-Aeritalia & Selenia s.p.a., Gilardini s.p.a.- divisione Whitehead e SMA s.p.a.

Nel corso dell'istruttoria veniva emessa ordinanza d'urgenza, ex art. 700 cod. proc. civ., nei confronti della Banca Commerciale Italana, inibitoria del pagamento della controgaranzia in favore della Rafidain Bank.

Successivamente, si costituivano il Governo ed il Ministero della Difesa della Repubblica dell'Iraq e la Rafidain Bank, che resistevano alle domande. I primi, in particolare, eccepivano la carenza di giurisdizione, per immunità dello Stato irakeno dalla giurisdizione civile, vertendosi in tema di atto *jure imperii*, compiuto nell'esercizio di poteri sovrani; in subordine, l'incompetenza del giudice per effetto della clausola compromissoria contenuta nel contratto.

Veniva quindi dato atto della successione nel processo della Finmeccanica s.p.a. - incorporante l'attrice Agusta s.p.a. e le intervenute Oto Melara s.p.a. ed Alenia s.p.a. - nonché della Fiat Ciei s.p.a. - incorporante la Whitehead s.p.a. - e dell'Intesa-Banca Commerciale Italiana s.p.a. incorporante la Banca Commerciale Italiana. Interveniva poi anche la Armamenti & Aerospazio s.p.a.

succeduta a titolo particolare nel diritto controverso, quale cessionaria di cespiti attivi e passivi dell'attrice e delle intervenute.

Nel prosieguo istruttorio, erano espletate due consulenze tecniche d'ufficio; rispettivamente, sul valore degli elicotteri e sulla disciplina dettata *in parte qua* dalla legislazione francese, richiamata dalle parti ai fini dell'interpretazione ed applicazione del contratto.

Con sentenza 18 novembre 2003 il Tribunale di Busto Arsizio dichiarava l'improcedibilità delle domande attrici per effetto della clausola compromissoria; accertava l'inesistenza di obbligazioni della Intesa BCI verso la Rafidain Bank e, per l'effetto, l'inesistenza di obblighi di manleva dell'attrice e delle intervenute nei confronti della banca italiana.

In accoglimento dei successivi gravami, proposti con separati atti di citazione e motivi affini dalla Armamenti Aerospazio s.p.a. in liquidazione e dalla Finmeccanica s.p.a., la Corte d'appello di Milano, con sentenza 27 dicembre 2012, dichiarava la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta, per causa imputabile al contraente iracheno e condannava il Governo ed il Ministero della Difesa della Repubblica dell'Iraq al risarcimento dei danni in favore della Finmeccanica, liquidati nelle somme di euro 62.255.645,35 e altresì di euro 9.490.641,67; oltre rivalutazione monetaria ed interessi, compensativi e legali, contestualmente precisati; rigettava l'appello incidentale proposto dalla Rafidain Bank e condannava il Governo, il Ministero della Repubblica dell'Iraq e la Rafidain Bank alla rifusione delle spese processuali.

La corte territoriale motivava

- che, contrariamente all'avviso del tribunale, la clausola n. 17 del contratto (che prevedeva, al primo comma, l'impegno delle parti "*ad adempiere ai propri rispettivi obblighi contrattuali in buona fede e a sforzarsi di comporre ogni divergenza di comune accordo*"; al secondo comma, in caso di insuccesso di tali sforzi, la nomina di " *un gruppo gli arbitri comprendente un numero uguale di rappresentanti del committente e del venditore conferendogli il potere e l'autorità di comporre la controversia...*" ed al terzo comma, infine, "*qualora tale gruppo di arbitri non fosse in grado di comporre la controversia il caso sarà definito in conformità alle norme di conciliazione arbitrato della camera di commercio internazionale di Parigi da uno o più arbitri... La decisione di detto collegio arbitrale sarà imposta le parti sarà definitivamente vincolante*") non poteva essere qualificata come inscindibile (*multistep*), e quindi preclusiva, in blocco, del ricorso all'autorità giurisdizionale;

- che il primo comma imponeva, infatti, alle parti un mero dovere di correttezza e buona fede; ed il secondo prescriveva il ricorso ad un arbitrato irrituale, di natura negoziale, suscettibile di insuccesso, dato il numero paritario degli arbitri nominati dalle parti;

- che il tribunale aveva erroneamente rilevato d'ufficio il mancato esercizio del predetto arbitrato irrituale prevista dal secondo comma - in tal modo, violando l'art.112 cod. proc. civile - senza pronunziarsi sul difetto di giurisdizione: onde, la causa non doveva essere rimessa al primo giudice, ex art. 353 cod. proc. civile;

- che infine la clausola per arbitrato rituale estero, contestualmente prevista dall'articolo 17, terzo comma, del contratto, era retta dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958 ed implicava la rinunzia alla giurisdizione, previa verifica della disponibilità del diritto secondo la *lex fori* italiana ed i principi di ordine pubblico internazionale;

- che, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale di Busto Arsizio, il diritto litigioso era divenuto indisponibile in conseguenza delle sanzioni internazionali deliberate dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e dal Consiglio della Comunità Europea a seguito dell'invasione del Kuwait da parte dello Stato iracheno: onde, la clausola compromissoria, originariamente valida ed efficace, era infirmata da inefficacia sopravvenuta; né poteva considerarsi di nuovo valida, retroattivamente, al termine delle sanzioni, con la revoca dell'embargo intervenuto nelle more del giudizio di primo grado, giacché l'effetto risolutorio doveva intendersi ormai cristallizzato alla data di proposizione della domanda;

- che, nella specie, lo Stato dell'Iraq aveva stipulato un contratto *jure privatorum,* e non *jure imperii*, quale espressione della sua sovranità: sottratto, come tale, al sindacato giurisdizionale;

- che l'eccezione riconvenzionale con cui si dava per intercorsa la risoluzione del contratto già anteriormente all'embargo del 2 agosto 1990 - benché in astratto ammissibile in grado d'appello, ex art. 345 cod. proc. civ. nel testo previgente - era infondata, perché le parti avevano dimostrato di non volersi sciogliere dal contratto, la cui esecuzione era solo rimasta sospesa, per effetto del mancato

rinnovo delle autorizzazioni già ottenute, ed avevano ripreso successivamente le trattative per la prosecuzione del rapporto;

- che appariva fondata, invece, la domanda di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta, dipendente da causa imputabile allo stato dell'Iraq, dal momento che l'embargo deciso da organismi internazionali era dipeso da un illecito commesso dallo Stato iracheno in violazione dell'ordine pubblico internazionale;

- che i rapporti di dare ed avere tra le parti, derivanti da un unico rapporto, dovevano essere accertati, indipendentemente da eccezioni di compensazione, sulla base della consulenza tecnica d'ufficio, non contestata, nelle conclusioni, dalle parti.

Avverso la sentenza, notificata il 31 gennaio 2013, il Governo e i Ministeri della Repubblica dell'Iraq proponevano ricorso per cassazione, articolato in 10 motivi e notificato il 25 marzo 2013.

Deducevano

1) la violazione dell'art.4, n.2, cod. proc. civ. e l'omessa motivazione nel mancato rilievo della carenza di giurisdizione del giudice italiano;

2) la violazione delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute sull'immunità giurisdizionale degli Stati esteri, richiamate dall'art. 10 della Costituzione della Repubblica italiana, nonché la carenza di motivazione;

3) la violazione dell'art. 2, commi 1 e 3, della Convenzione di New York del 10 giugno 1958, concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali estere, perché il giudice italiano non era competente a conoscere delle domande, né della validità della clausola compromissoria, dotata di un'autonomia che la rendeva insensibile alle sorti del contratto; e comunque, la

questione della sua eventuale invalidità era da accertare secondo la legge francese, richiamata nel contratto;

4) la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. e dell'ar.1134 del cod. civ. francese, oltre che della Convenzione di New York e dell'art. 1494, primo comma, cod. proc. civ. francese, per aver negato l'unitarietà della clausola compromissoria, pur nell'articolazione in tre commi, e per l'effetto erroneamente riformato la decisione di primo grado sotto il profilo che aveva rilevato d'ufficio la mancata proposizione dell'arbitrato irrituale in essa previsto al secondo comma;

5) la violazione di legge, per aver ritenuto le misure di embargo produttive dell'indisponibilità del diritto litigioso, con conseguente invalidità sopravvenuta della clausola compromissoria e decisione della causa nel merito;

6) la violazione di norme d'ordine pubblico concernenti la vendita di armamenti: ed in particolare della legge 9 luglio 1990 n.185, nella ritenuta nullità dei contratti di vendita di armi per difetto di autorizzazione o licenza;

7) la violazione delle norme di diritto francese nell'accertamento dell'inesistenza della forza maggiore o del caso fortuito, esimenti dell'inadempimento contrattuale;

8) La violazione del diritto francese e la motivazione contraddittoria, nel ritenere valida la clausola di forza maggiore di cui all'art. 12 del contratto, che prevedeva espressamente anche gli embarghi e le restrizioni al commercio;

9) la violazione del diritto francese in tema di risarcimento del danno, per omesso rilievo che la revoca della licenza, avvenuta in data 26 febbraio 1987, comportava l'inibizione della costruzione

degli elicotteri da parte della Agusta - che pertanto aveva proseguito la produzione a suo rischio e pericolo - nonché per l'illegittimo riconoscimento di spese di conservazione e custodia degli elicotteri, non previste, né prevedibili alla data di stipulazione del contratto;

10) la violazione del diritto francese in tema di rivalutazione monetaria ed interessi, fatti decorrere dalla data di stipulazione del contratto.

Resistevano con distinti controricorsi la Armamenti & Aerospazio S.p.A. – che eccepiva, in via pregiudiziale, l'inammissibilità del ricorso per incertezza sull'identificazione del Ministero agente (stante la indicazione generica, nel ricorso, di "*Ministeri della Repubblica dell'Irak*") e per promiscuità delle censure per violazione di legge e vizi di motivazione contenute nei singoli motivi – nonché, congiuntamente, la Finmeccanica S.p.A. la Selex S.p.A. e la Fiat Ciei S.p.A. in liquidazione.

I ricorrenti e la Armamenti & Aerospazio S.p.A. depositavano memorie illustrative, ex art. 378 cod. proc. civile.

All'udienza del 22 settembre 2015 il Procuratore generale e i difensori precisavano le rispettive conclusioni come da verbale, in epigrafe riportate.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Sono infondate le eccezioni pregiudiziali di inammissibilità del ricorso, sollevate dall' Armamenti & Aerospazio s.p.a.

La dizione "*Governo e Ministeri della Repubblica dell'Irak*" contenuta nel presente ricorso per cassazione non lascia alcuna

incertezza sull'identificazione dei soggetti, tenuto conto che le medesime parti, così denominate, si erano costituite già in grado di appello, come si evince dall'epigrafe della sentenza, senza incontrare alcuna eccezione *ex adverso*.

La formulazione dei motivi, inoltre, è sufficientemente analitica e, a sua volta, non dà adito a dubbi interpretativi, alla luce delle argomentazioni partitamente esposte a sostegno.

Con il primo motivo i ricorrenti deducono la violazione dell'art.4, n.2, cod. proc. civ. e l'omessa motivazione nella ritenuta giurisdizione del giudice italiano.

Al riguardo, Finmeccanica s.p.a. Selex s.p.a. e Fiat Ciei s.p.a. in liquidazione oppongono, in via pregiudiziale, l'inammissibilità della censura sotto vari profili: perché mai il Governo ed i Ministeri iracheni avrebbero fatto ricorso alla procedura conciliativa, anche per arbitrato irrituale, di cui all'art. 17, primo e secondo comma, del contratto; perché avrebbero tacitamente rinunciato all'arbitrato rituale, incompatibile con la proposizione della loro domanda riconvenzionale; ed infine, perché la deduzione sarebbe nuova, in quanto mai enunciata nei gradi di merito.

Le prime due eccezioni appaiono infondate.

Il mancato ricorso a procedure di tipo conciliativo - ed in particolare, all'arbitrato irrituale previsto al secondo comma della clausola n. 17 - non pone alcuna preclusione alle censure attinenti alla giurisdizione: involgendo, semmai, la questione di merito della proponibilità della domanda. Né, tanto meno, impedirebbe, di per sé solo, il ricorso alla giustizia privata, secondo le modalità contestualmente previste al comma successivo. In ordine, poi, all'incompatibilità della domanda riconvenzionale con l'eccezione di

difetto di giurisdizione, si osserva come nella parte motiva della sentenza impugnata non si faccia cenno ad essa: cosicché incombeva sulla parte controricorrente, in ossequio al principio di autosufficienza - riferibile al controricorso, nella parte in cui adduca eccezioni, non meno che al ricorso (art.370 cod. proc. civ.) - riportare i passi delle conclusioni della comparsa di risposta di primo grado che riproducessero tale domanda riconvenzionale: così da consentire la verifica della sua formulazione in forma non subordinata, incompatibile con l'eccezione processuale di carenza di giurisdizione formulata *in limine litis* e riproposta in questa sede.

Ciò premesso, il motivo – prospettato sotto il profilo della della contestazione della giurisdizione per mancanza di criteri di collegamento con il territorio italiano - è peraltro inammissibile per novità, come pure eccepito *ex adverso*.

Il difetto di giurisdizione è stato ancorato, nei gradi di merito, non già al criterio territoriale di cui all'art.4 cod. proc. civ. (nel testo previgente, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie), bensì all'esistenza di una clausola compromissoria; o, alternativamente, alla sottrazione alla giurisdizione ordinaria di un atto rientrante nelle prerogative sovrane dello Stato, *jure imperii* : prospettazioni, entrambe, affatto diverse da quella delineata, invece, con riferimento al parametro territoriale, nella presente fase di legittimità.

Al riguardo, trova applicazione in questa causa, promossa nel 1991, l'art.4, n.2, cod. proc. civ. nel testo anteriore alla legge 31 maggio 1995 n. 218: secondo cui, "*lo straniero può essere convenuto davanti ai giudici della Repubblica se la domanda riguarda obbligazioni quivi sorte o da eseguirsi*".

A sua volta, l'art. 37, secondo comma, cod. proc. civile, vigente all'epoca dell' *edictio actionis*, prevede che "*il difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti dello straniero è rilevato dal giudice d'ufficio in qualunque stato e grado del processo relativamente alle cause che hanno per oggetto beni immobili situati all'estero; in ogni altro caso è rilevato, egualmente d'ufficio, dal giudice se il convenuto è contumace e può essere rilevato soltanto dal convenuto costituito che non abbia accettato espressamente o tacitamente la giurisdizione italiana*".

È vero che il Governo ed il Ministero della Difesa iracheni erano rimasti contumaci alla prima udienza di trattazione: onde, l'eventuale carenza di giurisdizione avrebbe dovuto essere dichiarata d'ufficio. Ma essi si sono costituiti successivamente, senza sollevare la predetta eccezione sotto lo specifico profilo in esame: in tal modo, accettando, per fatti concludenti, la giurisdizione italiana, implicitamente ritenuta, *prima facie*, dal Tribunale di Busto Arsizio per una controversia riguardante beni da produrre in Italia.

Il secondo motivo, con cui si censura la violazione delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute sull'immunità giurisdizionale degli Stati esteri (*par in parem non habet jurisdictionem*), è infondato.

Nessuna immunità é dato ravvisare in ordine ad un ordinario contratto di compravendita di armi (elicotteri), espressione dell'ordinaria autonomia negoziale *jure privatorum*; come reso evidente, del resto, non solo dalla forma esteriore contrattuale, ma altresì dalle modalità prescelte dalle parti per comporre eventuali controversie: riconducibili, in base alla clausola n.17 secondo e

terzo comma, a normali arbitrati, alternativamente libero e rituale, compatibili solo con controversie su diritti disponibili.

Non è certo sufficiente, per contro, ad attribuire natura di atto sovrano alla compravendita in esame lo scopo di utilizzare gli elicotteri nel contesto di un conflitto internazionale tra Stati: a prescindere dall'accertamento se esso fosse prefigurato, o no, dai contraenti- Né, tanto meno, sono sindacabili, in questa sede, le politiche perseguite da organismi internazionali - e dallo stesso Stato italiano, in conformità - nel teatro di guerra medesimo, per desumerne una qualificazione *jure imperii* del contratto, tale da sottrarlo ad ogni sorta di sindacato giurisdizionale.

In tesi generale, l'acquisto di armi ed attrezzature tecnologicamente sofisticate e di elevata offensività non può che avere un nesso con lo scopo primario della difesa dello Stato (o con una sua iniziativa aggressiva), che certo riveste interesse pubblico e costituisce aspetto saliente della sua sovranità: e tuttavia, non per questo esula dalla disciplina, sostanziale e processuale, ordinaria, ogni volta che tragga origine da un contratto di diritto privato, stipulato con un'impresa commerciale operante nel mercato, in regime di libera offerta ad una platea indifferenziata di utenti ed acquirenti.

Non ha quindi errato la corte territoriale, né la sua decisione appare infirmata da vizi logici di motivazione, nel ricondurre il contratto in questione ad un negozio di scambio, di diritto privato, devoluto, in caso di controversia, alla cognizione del giudice ordinario civile.

Non giovano ai ricorrenti i precedenti giurisprudenziali citati (per lo più, in materia di lavoro subordinato), che negano, per

contro, la giurisdizione italiana ove si verta in tema di rapporti con spiccati profili fiduciari, attinenti a funzioni pubbliche, espressione di sovranità (Cass., sez. un., 25 novembre 1971, in ordine ad un'impiegata del governo degli Stati Uniti partecipe dell'attività di propaganda all'estero; Cass., sez. unite, 7 luglio 1977 n.3007, sull'organizzazione ed il funzionamento dell'ufficio di un console straniero, con attribuzioni non meramente subalterne; Cass., sez. unite, 26 maggio 1979 n.3062, sulla domanda restitutoria di ben privati confiscati in Libia; Cass., sez unite, 19 maggio 1988 n.3468, su rapporti di lavoro di personale d'ambasciata inserito nell'organizzazione pubblicistica dello Stato). Per contro, si attaglia alla fattispecie in esame l'indirizzo costante affermativo della giurisdizione statale in tema di diritti patrimoniali (Cass., sez. unite, 10 luglio 2006 n.15620; Cass., sez. unite, 22 luglio 2004 n.13711).

Oltre al fatto che l'interpretazione della causa del contratto - ritenuta, nella specie privatistica - è valutazione di merito, insuscettibile di riesame in sede di legittimità. E la concorrente prospettazione di un vizio di motivazione, erroneamente modulata secondo il testo previgente dell'art. 360 n.5 cod. proc. civile - nel contesto di un ricorso introdotto il 25 marzo 2013:, e dunque, in data successiva all'entrata in vigore dell'emendamento di cui al d.l. 22 giugno 2012 n.83 - non configura alcun omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che sia stato oggetto di discussione dalle parti (art. 360, primo comma, n.5, cod. proc. civ.).

Con il terzo motivo viene formulata una articolata censura che involge diversi profili di violazione di legge processuale. Il primo riguarda l'incompetenza giurisdizionale del giudice italiano a

valutare la validità della clausola compromissoria; e quindi, a conoscere della domanda proposta da Augusta.

Il motivo è infondato.

Il nucleo centrale della *ratio decidendi* è che la clausola compromissoria, originariamente valida, è diventata nulla per sopravvenuta indisponibilità del diritto, oggetto della controversia, in conseguenza dell'embargo deliberato dall'Onu e dalla comunità europea - sussumibile nelle nozione di *factum principis* - impositivo di un divieto esterno alle prestazioni contrattuali. Proprio la natura sovranazionale dell'intervento normativo - la cui disapplicazione avrebbe comportato conseguenze sanzionatorie per lo stesso Stato nazionale, tenuto ad assicurarne il rispetto - porta ad escludere che l'accertamento della persistente validità, o dell'invalidità sopravvenuta, della convenzione d'arbitrato restasse devoluto a giudici privati, non inquadrati organicamente nell'ordinamento giurisdizionale dello Stato.

La successiva argomentazione che, in ogni caso, la clausola compromissoria doveva essere valutata secondo la legge francese, e che questa, emendata *in parte qua* con il decreto 13 gennaio 2011, prevede la dichiarazione di incompetenza del giudice ordinario in presenza di una convenzione di arbitrato, salvo il caso che questa sia manifestamente nulla o inapplicabile, non tiene conto della natura sovranazionale dello *jus superveniens* che si impone su qualunque disciplina particolare prefigurata dalle parti contraenti: pur a prescindere dal rilievo che la disciplina invocata è successiva al contratto di cui è causa.

Anche il richiamo alla Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York

il 10 giugno 1958, quale fonte del diritto violata appare non pertinente, in presenza di una normativa successiva, imperativa ed inderogabile, di natura internazionale e sovranazionale, che ha specificamente inibito l'esecuzione di contratti e transazioni riguardanti l'Irak (Risoluzioni 661/1990 e687/1991 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite; Regolamenti CEE 2340/90, 3155/90 e 7 dicembre 1992 n.3541): in tal guisa, sovrapponendosi alla disciplina generale – sostanziale e processuale – prefigurata in contratto. Con la conseguenza che gli effetti dello *jus superveniens*, di indubbio ordine pubblico internazionale, dovevano essere valutati sulla base della *lex fori,* dal giudice nazionale italiano, la cui giurisdizione, *ratione loci*, è stata tardivamente contestata, come sopra rilevato, solo in questa sede.

Tale conclusione è conforme, del resto, alla lettera della stessa Convenzione di New York, che contempla la possibilità che il giudice nazionale ordinario disapplichi la clausola compromissoria allorché ne ravvisi la nullità. Prescrive, infatti, l'art. II.1 l'obbligo per gli Stati contraenti di riconoscere le convenzioni arbitrali, purché esse, tra l'altro, attengano ad una materia suscettibile di composizione per via di arbitrato (nel testo ufficiale inglese: "*subject matter capable of settlement by arbitration*"). In via consequenziale, l'art.II.3 impone al giudice di devolvere la lite agli arbitri, in presenza di una clausola compromissoria e su richiesta di una delle parti: salvo che la clausola stessa sia nulla, inefficace o insuscettibile di applicazione (" *null and void, inoperative or incapable of settlement by arbitration*").

Tale disposizione si palesa quindi chiara nell'attribuire allo stesso giudice, adito nonostante l'esistenza di una convenzione

d'arbitrato, il potere di trattenere il processo, ove accerti – egli, e non gli arbitri – la nullità della stessa. Viene dunque a cadere, anche sotto questo profilo, il nucleo centrale del motivo di ricorso in esame, che argomenta la competenza irriducibile degli arbitri ad eseguire il predetto accertamento pregiudiziale: sostanzialmente adombrando, da un lato, il principio processuale secondo cui ogni giudice è competente ad accertare la propria competenza; e dall'altro, il canone dell'autonomia della clausola compromissoria, che resta insensibile ad eventuali vizi d'invalidità del contratto di appartenenza.

Sul punto, si osserva altresì come, nel contesto dell'invocata Convenzione di New York, la valutazione giudiziale *ex ante* dell'arbitrabilità della controversia ~~appaia~~ trovi uno speculare riscontro confermativo nell'analogo controllo *ex post*, in sede di riconoscimento ed esecuzione – o annullamento – di un lodo già emesso, previsto all'art.V.2: "*Il riconoscimento e l'esecuzione d'una sentenza arbitrale potranno essere negati se... a) l'oggetto della controversia, secondo la legge di quel paese non può essere regolato in via arbitrale; o b) il riconoscimento o l'esecuzione della sentenza sia contrario all'ordine pubblico di quel paese*" ("*The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or (b) The recognition or enforcemcnt of the award would be contrary to the public policy of that country*").

Ed è appena il caso di aggiungere che l'adozione, nel testo, del verbo "potere" non implica certo una discrezionalità arbitraria del giudice, sibbene un potere-dovere vincolato.

Prive di pregio appaiono le ulteriori argomentazioni difensive a sostegno della censura. Tale, il rilievo che l'embargo Onu avrebbe mirato ad inibire esportazioni verso l'Iraq di qualunque bene (in particolare, di armamenti), nonché richieste di tale Stato volte al soddisfacimento di propri diritti contrattuali, ma non pure le reciproche domande svolte dalla Agusta; nè avrebbe inciso sulla disponibilità, da parte di quest'ultima, del proprio diritto litigioso: di fatto, tradotta in pratica, nelle more del processo, per effetto di vicende societarie che lo avevano fatto confluire nel patrimonio della Armamenti & Aerospazio s.p.a.

In contrario si osserva, sotto il primo profilo, come la fattispecie contrattuale debba essere riguardata nella sua interezza e inscindibilità: senza possibilità di distinguere fra situazioni soggettive riferibili allo Stato iracheno o al soggetto privato italiano. Non senza aggiungere che la linea di demarcazione tra pretesa e resistenza è, per definizione, incerta, potendo il rigetto di una domanda involgere, implicitamente, il riconoscimento di allegazioni o eccezioni avverse: ad esempio, in tema di validità del contratto.

In ordine al secondo aspetto, è di tutta evidenza la validità di vicende intersoggettive tra privati – di natura successoria o dispositiva - estranee *ab initio* all'ambito applicativo delle misure internazionali di embargo.

Tanto meno pertinente appare, poi, il riferimento alle cd. osservazioni della Commissione della Comunità europea presentate il 31 ottobre 2002, secondo cui " *l'esperimento di un'azione giudiziaria, e in ogni caso la partecipazione a un processo civile, anche come parte convenuta o interveniente, non costituisce un'operazione colpita dall'embargo sancito dalle risoluzioni del*

Consiglio di Sicurezza dell'Onu nei confronti dell'Iraq, malgrado la portata estremamente ampia che va riconosciuta dall'embargo..."). Da tale documento si evince, infatti, l'ammissibilità *de plano* della sola azione giudiziaria ordinaria: come espressamente chiarito dal passo successivo del medesimo testo ("*in effetti, il solo fatto di rivolgersi a un giudice affinché quest'ultimo valuti una determinata situazione alla luce del diritto applicabile non sembra costituire, di per sé, un'attività rilevante nel quadro delle relazioni commerciali e finanziarie con l'Iraq...*"). Ed il silenzio testuale sulla pari ammissibilità del ricorso alla giustizia privata può, anzi, fornire un ulteriore conferma, *a contrario*, sulla sua incompatibilità con le misure sanzionatorie assunte al più alto livello internazionale (*ubi lex dixit, voluit...*).

Egualmente infondata è l'argomentazione sulla recuperata arbitrabilità della controversia per effetto della successiva revoca dell'embargo.

Premesso, in tesi generale, che l'ordinamento conosce l'invalidità sopravvenuta, ma non pure la validità sopravvenuta, degli atti e negozi giuridici, si osserva come l'embargo non avesse colpito i rapporti commerciali con l'Irak con una mera misura interinale, di natura sospensiva, destinata a valere come parentesi temporalmente limitata fino alla sua rimozione a seguito della cessazione dell'illecito internazionale addebitato; con eventuale ripresa successiva, quindi, dell'iter processuale prefigurato dalle parti.

Al contrario, si trattava di una misura sanzionatoria che rendeva *illico et immediate* inammissibile il ricorso all'arbitrato ed

irreversibile l'azione civile promossa dinanzi al giudice competente secondo *la lex fori* (art.5 cod. proc. civ.).

I ricorrenti ventilano, altresì – peraltro, solo in chiave dubitativa - l'opportunità di una rimessione alla Corte di Giustizia per l'interpretazione dei regolamenti CEE e della cd "posizione comune" 2003/495 assunta dal Consiglio dell'Unione Europea.

Ma, premesso che tale posizione non fa che confermare quanto in precedenza stabilito a livello internazionale ("art.1: *E' fatto divieto ai cittadini degli Stati membri di vendere, fornire, trasferire o esportare in Iraq armamenti e materiale connesso di qualsiasi tipo...*"), si osserva come il divieto originario, già di per sé imperativo e vincolante per lo Stato italiano, promani dal Consiglio di sicurezza dell'Onu, e sia quindi di per sé passibile di interpretazione ed applicazione dirette da parte dei giudici degli Stati nazionali.

Nessun rilievo, infine, riveste il richiamo al principio dell'equo processo previsto in più documenti normativi internazionali (art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; art.6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo delle libertà fondamentali), dal momento che il ricorso alla giurisdizione ordinaria, in luogo di quella arbitrale, non integra, evidentemente, un'ipotesi di denegata giustizia.

Anche il quarto motivo, con cui si censura la sentenza della Corte d'appello di Milano nella parte in cui ha riformato la pronunzia del Tribunale di Busto Arsizio in ordine all'improcedibilità della domanda per mancato rispetto della clausola conciliatoria, appare infondato, in virtù della conferma, in questa sede, della

statuizione di invalidità sopravvenuta dell'intera clausola compromissoria, in tutte le sue articolazioni.

Con il quinto motivo i ricorrenti deducono l'inosservanza della normativa internazionale comunitaria e dei principi sulla disponibilità dei diritti quali condizioni dell'azione, oltre alla contraddittorietà della motivazione, perché la corte territoriale, dopo aver affermato che i diritti erano divenuti totalmente indisponibili, non ne avrebbe tratto le debite conseguenze anche con riguardo all'azione giudiziaria.

Il motivo è manifestamente infondato, dal momento che l'indisponibilità del diritto litigioso era causa ostativa al ricorso alla procedura arbitrale; ma non certo all'autorità giudiziaria ordinaria, cui compete in via esclusiva, per le ragioni sopra esposte, l'accertamento dell' ammissibilità e fondatezza della domanda di risoluzione svolta dalla Agusta.

Devono essere quindi rigettati i motivi nn. 1-5 afferenti la carenza di giurisdizione del giudice italiano; con rimessione alla sezione semplice – prima sezione civile - di questa Corte per la decisione sulle restanti censure contenute nel ricorso.

P.Q.M.

- Rigetta i motivi nn. 1, 2,3, 4 e 5 e rimette la causa alla prima sezione di questa Corte per la decisione dei residui motivi ed altresì per il regolamento delle spese processuali della presente fase di legittimità.

Roma, 22 Settembre 2015

IL PRESIDENTE

IL REL. EST.

IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
24 NOV 2015
IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI