

Le clausole di elezione di foro e le convenzioni arbitrali “unilaterali”.

Recenti sviluppi nel panorama internazionale e spunti di riflessione nel diritto italiano.

Stefano Ferrero

27/02/2014

Sommario:

I. Introduzione: il piano del presente lavoro II. Le clausole di giurisdizione e di arbitrato unilaterali: nozione e rilevanza nel mondo contrattuale III. Il panorama internazionale 1. La sentenza della Cour de Cassation francese 2. La sentenza della Suprema Corte russa 3. La sentenza della Suprema Corte bulgara IV. Ancora sul panorama internazionale 1. La soluzione della giurisprudenza italiana 2. Rassegna degli orientamenti in alcune altre giurisdizioni V. Il profilo internazional-privatistico 1. Sulla validità della clausola di elezione di foro unilaterale in base al Regolamento Bruxelles I, al Regolamento Bruxelles I bis e alla Legge 218/1995 2. Sulla validità dell'opzione di arbitrato in base alla Convenzione di New York del 1958 VI. Il profilo di diritto sostanziale italiano 1. La natura giuridica degli accordi derogativi della giurisdizione e delle convenzioni arbitrali 2. Sulla legittimità delle clausole di giurisdizione e di arbitrato unilaterali VII. Conclusione: in favore della validità ed efficacia delle clausole di elezione di foro e delle convenzioni arbitrali unilaterali

Abstract

In this work it is discussed the validity and the enforceability of unilateral choice-of-court agreements and options to arbitrate. Such clauses are very frequent in international contracts, particularly in loan agreements, where the provision is in favour of the lender, the stronger party to the contract.

Whilst in various jurisdictions there are significant lines of authorities enforcing such agreements as perfectly valid, unilateral choice-of-court agreements and options to arbitrate have been recently questioned and struck down by the French, the Russian and the Bulgarian Supreme Courts.

Recognizing in these decisions a rising general tendency, at the international level, contrary to asymmetric arbitration and choice of court agreements is, perhaps, premature. Nevertheless, the arguments put forward by the mentioned decisions naturally trigger further analysis of the matter.

The legal assessment will be carried out under a twofold perspective: on the one hand, the private international law, which entails the analysis of the relevant European legislation (Regulation 44/2001 and Regulation 1215/2012) and, on the other hand, the domestic substantive law, namely Italian law.

Particularly, it will be considered whether, in the light of the reasoning of the foreign case law, Italian courts may change their attitude towards one-sided jurisdiction and arbitration agreements.

It is submitted that the decisions against the validity and enforceability are open to criticism and Italian courts should remain in favour of asymmetric arbitration and choice of court agreements for, it is suggested, the European legislation and Italian domestic law do not lead, expressly or implicitly, to hold them invalid and/or unenforceable, except for certain limited cases.

I. Introduzione: il piano del presente lavoro

In forza di una clausola di elezione del foro o di una clausola arbitrare c.d. “unilaterale”¹, una parte contraente accetta in via pattizia una determinata competenza giurisdizionale o una certa modalità di soluzione delle controversie; all'altra parte, invece, è in proposito riservata una certa libertà di scelta, la cui misura varia a seconda del concreto contenuto dell'accordo.

In una recente pronuncia, la *Cour de Cassation* francese² ha escluso la validità di una clausola di scelta del foro competente unilaterale. A loro volta, la Suprema Corte russa³ e la Suprema Corte di Cassazione bulgara⁴ hanno recentemente dichiarato nulle delle clausole contrattuali miste di elezione di foro e arbitrato unilaterale⁵.

Appare, forse, prematuro scorgere in tali decisioni l'affermarsi di un orientamento, a livello internazionale, contrario a questa tipologia di accordi, ove si consideri che, sempre recentemente, in altri Paesi (tra cui l'Italia) si sono registrate diverse pronunce di segno opposto.

Ciò nonostante, gli argomenti posti alla base delle citate decisioni offrono uno spunto di sicuro interesse per tornare a vagliare la validità e l'efficacia di dette clausole.

Una volta considerati gli *iter* logico-giuridici seguiti dalla menzionata giurisprudenza straniera, ci si chiederà quindi se anche nell'ordinamento italiano si possa ipotizzare l'insorgenza di un orientamento contrario a questa tipologia di accordi derogatori delle ordinarie regole sulla giurisdizione.

L'analisi sarà sviluppata attraverso due direttrici d'indagine: le norme di diritto internazionale privato e la disciplina nazionale sostanziale⁶. Le clausole di elezione di foro e le convenzioni arbitrali, infatti, sono ampiamente utilizzate nei contratti internazionali⁷ e l'elemento di transnazionalità genera significative questioni internazional-privatistiche.

Prioritaria attenzione sarà dedicata alla normativa europea e, in particolare, al Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (il “Regolamento Bruxelles I”).

L'esame del tema sotto il profilo del diritto interno sostanziale sarà poi svolto sulla base del diritto italiano.

Si ritiene che in ambedue i casi non sussistano ragioni ostative a riconoscere piena validità ed efficacia alle clausole *de quo*, salvo alcuni casi limite. Gli argomenti sostenuti dalla giurisprudenza ad esse contraria non convincono, come sarà approfonditamente e criticamente discusso.

Il tema, infine, è di attuale e primario interesse, accademico e pratico⁸. Clausole di questo tipo, infatti, sono assai ricorrenti nella contrattualistica nazionale e internazionale, in particolare negli accordi finanziari, dove il diritto di scelta è di norma riservato alla banca mutuante, il soggetto “forte” del rapporto.

II. Le clausole di giurisdizione e di arbitrato unilaterali: nozione e rilevanza nel mondo contrattuale

Seppur con le naturali particolarità e varianti di ciascuna fattispecie concreta, le clausole unilaterali di deroga alla giurisdizione sono accomunate dalla medesima struttura.

Quanto alla scelta del foro, i contraenti pattuiscono che, per l'ipotesi di controversia, una parte è obbligata ad adire un foro determinato, mentre l'altra conserva la facoltà di promuovere l'azione innanzi a diversi (differenti e ulteriori) giudici.

S'immagini in via esemplificativa la seguente clausola, tratta da un contratto di agenzia effettivamente concluso da un preponente italiano e un agente avente sede e operante in un altro Stato Membro: “*per qualsiasi controversia derivante dal*

presente contratto o collegata ad esso sarà esclusivamente competente il Foro della sede del Preponente. Tuttavia, in deroga a quanto stabilito sopra, il Preponente ha comunque la facoltà di portare la controversia innanzi al giudice competente presso la sede dell'Agente".

In forza di detta pattuizione, l'agente deve necessariamente adire i giudici del luogo in cui ha sede il preponente; quest'ultimo, invece, mantiene la facoltà di scegliere se litigare "in casa" oppure instaurare la causa innanzi ai giudici del luogo in cui ha sede l'agente.

Analogamente, per il caso di opzione di arbitrato, i contraenti pattuiscono che una parte è vincolata a sottoporre la controversia ad arbitrato, mentre l'altra parte resta libera di affrancarsi dal procedimento arbitrale e di adire giudizi nazionali, già individuati o meno.

L'unilateralità o asimmetria, quindi, risiede nel fatto che ad essere vincolata è una sola parte contraente, laddove l'altra parte si riserva il diritto di scegliere tra un maggiore ventaglio di possibilità.

Come si accennava poc'anzi, il tema della validità delle clausole unilaterali, sia di elezione del foro competente sia di scelta dell'arbitrato come metodo di risoluzione delle controversie, assume particolare rilevanza – tanto in fattispecie internazionali quanto in ipotesi puramente interne – nei contratti bancari e finanziari⁹.

È, infatti, pratica invalsa¹⁰ riservare al solo istituto bancario o finanziario la facoltà di adire ulteriori giudici rispetto a quello pattuito per l'altro contraente¹¹. Tale scelta è dettata dall'esigenza strategica per l'ente bancario o finanziario (il quale si trova normalmente nella posizione di creditore) di poter scegliere se agire direttamente dinanzi al foro del domicilio del debitore ovvero dove quest'ultimo ha i propri *assets*, in particolare qualora si preveda che nel Paese dove il debitore ha sede possa essere difficile eseguire un provvedimento giurisdizionale straniero o un lodo arbitrale. La questione, comunque, non è certamente limitata ai contratti bancari e finanziari e abbraccia, più in generale, l'intero universo contrattuale.

III. Il panorama internazionale

In primo luogo, si ripercorrono brevemente i fatti oggetto degli arresti giurisprudenziali stranieri che, come detto, si sono recentemente pronunciati in sfavore delle clausole *de quo*, e si esaminano i ragionamenti giuridici posti alla base delle decisioni stesse.

1. La sentenza della *Cour de Cassation* francese

Il caso deciso dalla *Cour de Cassation* francese riguarda un contratto d'investimento concluso tra una banca privata lussemburghese, la Edmond de Rothschild Europe, attraverso l'intermediazione della sua finanziaria con sede a Parigi, ed una correntista persona fisica, di nazionalità francese e domiciliata in Spagna (per un importo invero piuttosto cospicuo, circa 1,7 milioni di Euro).

Diversi documenti negoziali sottoscritti dalle parti (la richiesta di apertura del conto, le condizioni generali della banca lussemburghese, la richiesta di rilascio della carta di credito) contenevano una clausola di elezione di foro in favore dei giudici lussemburghesi. Tale competenza era, però, esclusiva per la sola correntista, mentre la banca conservava il diritto di promuovere un'azione giudiziaria anche altrove¹².

La correntista, insoddisfatta per il basso rendimento dell'investimento, ha incardinato la causa contro la banca lussemburghese e la società sorella francese innanzi al Tribunale di Parigi. La banca lussemburghese, costituitasi, ha eccepito l'incompetenza dei giudici francesi, in favore di quelli lussemburghesi, in forza della predetta clausola di elezione di foro.

La *Cour de Cassation*, invero con una motivazione assai succinta¹³, ha rigettato il ricorso promosso dalla banca avverso la decisione della Corte d'Appello di Parigi, la quale - confermando a sua volta la decisione di primo grado - aveva rigettato la doglianza della banca convenuta¹⁴.

In particolare, la Suprema Corte francese ha affermato: “*ma atteso che, avendo rilevato che la clausola, ai sensi della quale la banca si riservava il diritto di agire presso il domicilio della sig.ra X o innanzi ‘a ogni altro tribunale competente’ obbligava, in realtà, soltanto la sig.ra X che era l’unica tenuta ad adire i tribunali lussemburghesi, la corte d’appello ne ha esattamente dedotto che essa aveva un carattere potestativo riguardo alla banca, cosicché essa era contraria all’oggetto e alla finalità della proroga di competenza ammessa dall’art. 23 del regolamento Bruxelles I*”¹⁵.

In conclusione, la Suprema Corte francese ha considerato non solo inefficace l’opzione di scelta riservata alla banca, bensì invalida l’intera clausola di scelta del foro. Di conseguenza, ha approvato la scelta dell’attrice di promuovere il giudizio innanzi ai tribunali francesi, competenti quali giudici del luogo in cui uno dei due convenuti, la finanziaria avente sede a Parigi, era domiciliato (la giurisdizione francese sulla banca privata lussemburghese è basata, invece, sull’art. 6.1 del Regolamento di Bruxelles I), nonostante un espresso obbligo contrattuale di segno diverso¹⁶.

2. La sentenza della Suprema Corte russa¹⁷

Due società russe, la Sony Ericsson Mobile Communications Rus Llc e la Russkaya Telefonnaya Kompaniya, avevano concluso un contratto per la fornitura di telefoni cellulari. Detto accordo, da un lato, conteneva una clausola arbitrale amministrato ICC¹⁸, con sede dell’arbitrato a Londra, dall’altro lato concedeva alla sola Sony Ericsson la facoltà di promuovere un’azione innanzi a qualsiasi foro competente.

Nel 2011, la Russkaya Telefonnaya Kompaniya ha promosso un’azione innanzi all’*Arbitrazh Court*¹⁹ di Mosca, al fine di ottenere da Sony Ericsson la sostituzione degli apparecchi forniti. Sony Ericsson ha eccepito l’incompetenza del giudice statale adito, sulla base del fatto che le parti avevano pattuito di sottoporre le controversie ad arbitrato.

Nei tre gradi di giudizio (dinanzi la *Arbitrazh Court* e nei due gradi di appello), le corti statali russe hanno riconosciuto la validità e l’efficacia della clausola unilaterale e, quindi, rinviato Russkaya Telefonnaya Kompaniya innanzi agli arbitri.

Da ultimo, il caso è giunto dinanzi la Suprema Corte Commerciale Russa (*Supreme Arbitrazh Court* della Federazione Russa²⁰). Il *Presidium* della Corte ha ritenuto nulla la clausola arbitrale opzionale, in quanto crea un vantaggio ingiusto a favore di una delle parti ed è contraria al principio della c.d. “*equality of arms*”, componente del più ampio principio del giusto processo (c.d. “*fair trial*”), i quali informano tanto i procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali quanto i procedimenti arbitrali²¹.

Di conseguenza, il *Presidium* ha concluso nel senso di conferire anche alla Russkaya Telefonnaya Kompaniya il diritto a promuovere un’azione innanzi il *Arbitrazh Court* di Mosca; in pratica, quindi, la clausola unilaterale è stata riequilibrata, resa bilaterale, anche se la Suprema Corte non si è pronunciata sull’eventuale validità della restante parte della pattuizione, relativa al diritto delle parti di sottomettere la controversia ad arbitrato.

È interessante notare che il contratto di fornitura era retto dalla legge inglese e la sede dell’arbitrato era Londra. Di conseguenza, con ogni probabilità la clausola arbitrare era disciplinata dal diritto inglese.²² Ciò nonostante, il *Presidium* non ha preso in considerazione la questione della legge applicabile e ha basato la propria decisione sul diritto russo²³.

3. La sentenza della Suprema Corte bulgara²⁴.

In una decisione del 2 settembre 2011, la Suprema Corte di Cassazione²⁵ bulgara ha dichiarato nulla una clausola arbitrale unilaterale, predisposta in favore del solo mutuante, contenuta in un contratto di finanziamento.

Questi i fatti. Diversi soggetti (tutte persone fisiche) avevano concluso un contratto di finanziamento, in un contesto interamente nazionale²⁶. Nel contratto era prevista una clausola unilaterale mista di elezione di foro e arbitrale; in caso di controversia tra le parti, qualora non fosse stata possibile una composizione bonaria, il solo mutuante

avrebbe avuto il diritto di iniziare un arbitrato (innanzi alla Corte di Arbitrato presso la Camera di Commercio bulgara²⁷ oppure dinanzi qualsiasi altro istituto arbitrale) oppure di instaurare un giudizio davanti al Tribunale distrettuale di Sofia²⁸.

Sorta una controversia tra le parti, il mutuatario, in ossequio alla suddetta clausola, ha dato inizio a un arbitrato innanzi alla predetta Corte di Arbitrato. Quest'ultima ha ritenuto di avere competenza sul caso e, a conclusione del procedimento arbitrale, ha condannato i mutuatari, in solido tra loro, a pagare a favore del mutuante il capitale e gli interessi.

I mutuatari hanno impugnato il lodo dinanzi la Suprema Corte di Cassazione bulgara, lamentando la carenza di giurisdizione in capo alla Corte di Arbitrato. In buona sostanza, i mutuatari hanno sostenuto che la clausola arbitrale, da un lato, fosse invalida, poiché *contra bonos mores*, dall'altro lato violasse il principio (ben saldo nel diritto processuale civile bulgaro) di eguaglianza delle parti nel processo.

La Corte bulgara ha ritenuto – con un'argomentazione analoga a quella formulata dalla *Cour de Cassation* nel caso summenzionato – che il diritto del mutuante di poter scegliere, a propria discrezione, l'autorità (arbitrale o giudiziaria) competente a decidere la controversia fosse un diritto potestativo. Dal momento che i diritti potestativi (che consentono ad una parte di incidere unilateralmente sui diritti altrui, dovendo l'altra parte sopportarne le conseguenze) sono soggetti ad una riserva legale e non possono essere contrattualmente creati dalle parti, la Suprema Corte bulgara ha concluso per la nullità della clausola *de quo*, ai sensi dell'art. 26 par. 1 della Legge Bulgara sui contratti e le obbligazioni, in forza della quale è nullo ogni contratto in violazione o in frode alla legge, nonché i contratti contro il buon costume.

IV. Ancora sul panorama internazionale

Se l'esame delle tre citate pronunce sembrerebbe testimoniare una netta ostilità della giurisprudenza europea nei confronti delle clausole di elezione di foro e arbitrali unilaterali, un breve (e, necessariamente, circoscritto²⁹) *excursus* nella giurisprudenza di altri ordinamenti mostra, invece, un approccio nei confronti di detti accordi per lo più favorevole³⁰.

1. La soluzione della giurisprudenza italiana

Il favore sino a oggi mostrato dalla giurisprudenza italiana nei confronti dell'asimmetria nelle clausole di elezione di foro si rinviene con riferimento sia alla competenza territoriale sia alla giurisdizione internazionale. È pur vero che, nel primo caso, si verte in un'ipotesi diversa dagli accordi di deroga alla giurisdizione oggetto del presente scritto; peraltro, i principi dettati hanno una sicura rilevanza anche in relazione ad essi, stante l'affinità tra le due fattispecie. Così, la Suprema Corte italiana³¹ è stata di recente chiamata a pronunciarsi sulla validità di una clausola unilaterale di deroga alla competenza territoriale.

La Cassazione ha affermato che *“la clausola contrattuale di deroga alla competenza territoriale può essere validamente pattuita sia a favore di entrambe le parti, sia a favore di una parte sola. In quest'ultimo caso la parte favorita ha la facoltà di introdurre la lite sia davanti al giudice indicato nel contratto sia dinanzi a quello che sarebbe competente secondo i criteri ordinari, mentre l'altra parte è obbligata a promuovere eventuali controversie dinanzi al giudice indicato nel contratto”*.

La causa concerneva una controversia tra, da un lato, due società e, dall'altro lato, un gruppo di persone fisiche, soci di una delle due società convenute, vincolati personalmente a certe obbligazioni come fideiussori. Tra le parti era intercorso un contratto di locazione finanziaria avente ad oggetto un immobile.

In primo grado, una delle convenute ha sollevato un'eccezione d'incompetenza per territorio dell'adito Tribunale di Crema in favore del Tribunale di Milano, in forza di uno degli articoli delle condizioni generali del contratto di *leasing*, che conteneva una clausola di deroga della competenza con attribuzione della competenza esclusiva al Tribunale di Milano. L'eccezione è stata accolta, il Tribunale di Crema ha dichiarato la propria incompetenza e gli attori hanno proposto il regolamento di competenza innanzi alla Suprema Corte.

Con uno dei motivi del ricorso, in particolare, i ricorrenti hanno denunciato la violazione dell'art. 29 c.p.c., proponendo il seguente quesito di diritto (vigeva allora l'art. 366 bis c.p.c.): *“se sia valido ed efficace fra le parti (ed il creditore che agisce in surrogatoria) l'accordo in deroga alla competenza territoriale, allorché il vincolo di esclusività sia destinato a valere solo per una delle parti?”*.

La Cassazione ha dichiarato infondato il motivo, con la seguente, lineare, motivazione: *“essenziale per l'efficacia della deroga di competenza è che il patto si riferisca ad uno o più affari determinati (art. 29 c.p.c., comma 1), non che attribuisca competenza esclusiva, e però tale portata deve essere espressamente prevista (art. 29, comma 2). Modo di determinare gli affari interessati dalla deroga può essere quello che li individua in ragione della direzione soggettiva della pretesa fatta valere in giudizio, ovvero sia la deroga può essere stipulata a favore di una sola delle parti e ciò sia con riguardo alle sole liti passive sia riguardo alle sole liti attive sia a tutte le liti. Una clausola di questo tipo impone a chi agisce contro la parte favorita di rivolgersi al Giudice indicato nella clausola di proroga, mentre consente alla parte avvantaggiata di agire anche davanti ai diversi Giudici competenti secondo le pertinenti norme”*.

Ancor più recentemente, la Suprema Corte italiana³² è stata chiamata a pronunciarsi su una tipica clausola di giurisdizione unilaterale. La pattuizione, contenuta in un contratto tra una società italiana e una società inglese, prevedeva l'accettazione della giurisdizione delle corti inglesi, con l'ulteriore specificazione che la società italiana poteva agire in giudizio solo dinanzi a dette corti, mentre alla parte inglese era riservata la facoltà di agire, in alternativa, dinanzi ad una corte italiana o ad altro giudice avente giurisdizione in base alle convenzioni interne.

La Suprema Corte – confermando in ambito di giurisdizione l'orientamento espresso in materia di competenza territoriale interna con la decisione del 2008 –, ha affermato che *“la circostanza che, rispetto alla giurisdizione, la posizione delle parti del contratto sia asimmetrica, essendo una vincolata alla giurisdizione delle Corti inglesi e l'altra avendo invece la facoltà di optare eventualmente anche per fori differenti, rientra nell'ambito dei possibili diversi accordi mediante i quali il citato art. 23 consente di contemperare l'esclusività del criterio di competenza convenzionale, ma non legittima certo la deroga a tale criterio anche in favore della parte cui quella facoltà non sia stata invece riconosciuta nel contratto”*³³.

In particolare, la Cassazione ha rigettato l'eccezione sollevata dalla ricorrente società italiana, per la quale la clausola sarebbe stata inefficace in quanto generica: *“nel caso in esame la riferita clausola contrattuale inequivocabilmente si configura come clausola di proroga in favore della giurisdizione inglese e, contrariamente a quanto sostenuto - in modo peraltro del tutto assiomatico - nell'atto di citazione, non risulta su tal punto affatto generica, onde non v'è ragione di dubitare della sua validità”*.

Per quanto concerne l'opzione di arbitrato, la Suprema Corte, seppur con pronunce alquanto risalenti, ha riconosciuto la validità ed efficacia di tale tipologia di clausole, individuando l'appiglio normativo nello schema dell'opzione, di cui all'art. 1331 c.c.³⁴.

2. Rassegna degli orientamenti in alcune altre giurisdizioni

Anche nel diritto inglese il principio della legittimità delle clausole di elezione di foro asimmetriche appare ben consolidato, come emerge dalla decisione della *Court of Appeal* nel caso *Continental Bank N.A. c. Aekos Compania Naviera S.A.*³⁵.

Continental Bank, società di diritto americano, aveva concesso un finanziamento a *Aekos Compania Naviera*, società di diritto greco; nel relativo contratto era contenuta la seguente clausola (n. 21): *“1. questo accordo è retto dalla ed*

*interpretato in base alla legge inglese. 2. Ciascuno dei mutuatari [...] si sottomette irrevocabilmente alla giurisdizione delle corti inglesi [...] ma la banca si riserva il diritto di procedere sotto il presente contratto innanzi alle corti di qualsiasi altro Paese che affermi o che abbia competenza in relazione ad esso*³⁶.

La validità della pattuizione non è stata posta in discussione dal Giudice: Steyn LJ, rigettando l'appello, ha affermato che *“la giustapposizione di una sottomissione da parte del convenuto alla giurisdizione delle corti inglesi e l'opzione riservata in favore della banca di promuovere l'azione altrove fa entrare in gioco il canone ermeneutico expressio unius exclusio alterius. Si ritiene che una simile opzione a favore dei convenuti venne deliberatamente omessa. Secondo noi, il linguaggio della clausola 21 denota la chiara intenzione che i convenuti, ma non la banca, fossero obbligati ad assoggettare le controversie in relazione al finanziamento alle corti inglesi*³⁷.

La validità delle clausole arbitrali asimmetriche è stata riconosciuta dalla giurisprudenza inglese in due recenti decisioni di primo grado³⁸: NB Three Shipping Ltd c. Harebell Shipping Ltd³⁹ e Law Debenture Trust Corporation plc c. Elektrim Finance BV and Others⁴⁰.

Nel primo caso⁴¹, i due contratti (si trattava di *“charterparties”*, contratti di noleggio) contenevano una clausola ibrida di soluzione delle controversie: da un lato, era prevista l'elezione di foro (inglese) e, dall'altra parte, era concessa ad una sola parte (il proprietario delle due navi noleggiate) la facoltà di instaurare, a propria discrezione, un arbitrato⁴².

La *High Court*, in persona del Giudice Morison J, ha affermato che la clausola (*“designed to give ‘better’ rights to Owners than to Charterers”*) soddisfaceva i requisiti di una convenzione arbitrale, ritenendo sufficiente una scelta di arbitrato unilaterale (*“the arbitration stream satisfies the requirement of an arbitration agreement since a one sided choice of arbitration is sufficient”*).

Il Giudice, peraltro, ha identificato il limite di operatività della pattuizione nell'ipotesi in cui il proprietario compia una qualche attività nell'ambito dell'azione giudiziale ovvero ingeneri altrimenti nei noleggianti il ragionevole convincimento che l'opzione di sospensione non venga esercitata (*“it would cease to be available if Owners took a step in the action or they otherwise led Charterers to believe on reasonable grounds that the option to stay would not be exercised”*). Il Giudice, quindi, ha concluso concedendo la sospensione richiesta e, di conseguenza, rimettendo le parti dinanzi agli arbitri.

Nel secondo caso⁴³, il contratto prevedeva l'ipotesi inversa: un atto costitutivo di un *trust* conteneva una clausola compromissoria (in favore di un arbitrato retto dalle Regole UNCITRAL, con sede a Londra) e, al contempo, concedeva a certe parti la facoltà di adire le corti inglesi⁴⁴.

Il Giudice, Mann J, ha ritenuto che l'effetto della clausola fosse quello di dare a dette parti un'opzione unilaterale, pienamente legittima salvo, forse (*“probably”*), un limite, di coerenza si potrebbe dire, analogo al rilievo formulato da Morison J: una volta che le parti che godono della facoltà di scelta si decidono per una via (ad esempio, iniziando l'arbitrato o partecipandovi attivamente), non potranno rinunciarvi e optare per la strada processuale alternativa (per rimanere nell'esempio, quella giudiziale)⁴⁵.

La difesa dei convenuti sosteneva (paragrafo 43 della sentenza) che il diritto attribuito all'altra parte fosse una sorta di veto, contrario al senso comune e *“generatore di un'assurdità”*, rendendo le disposizioni sull'arbitrato parziali o unilaterali. Il Giudice ha rigettato ogni linea argomentativa dei convenuti, affermando che è vero che le pattuizioni *“incriminate”* concedono un vantaggio aggiuntivo a una parte ma così fanno varie disposizioni contrattuali⁴⁶.

Inoltre, con un approccio tipico del sistema inglese, basato sulla *doctrine of precedent*⁴⁷, il Giudice ha rilevato che non gli era stato sottoposto alcun precedente giurisprudenziale in termini sulla questione, mentre era stato invocato il caso inverso (ossia, la succitata decisione in NB Three Shipping), il cui orientamento è stato, quindi, convalidato. In conclusione, il Giudice ha confermato il diritto dell'attrice di instaurare il giudizio e di coltivarlo dichiarando al contempo interrotto il procedimento arbitrale.

Restando nell'ambito dei Paesi di *common law*, negli Stati Uniti si è registrata un'evoluzione analoga a quella del diritto inglese⁴⁸.

Inizialmente, alcune corti hanno escluso la validità di clausole di arbitrato unilaterali basandosi sulla c.d. “*mutuality doctrine*”⁴⁹. Tale orientamento, peraltro, era tutt'altro che granitico: la *Court of Appeal, Third Circuit*, con decisione del 17 luglio 1978⁵⁰, aveva affermato la validità di una clausola che, oltre a prevedere il ricorso alla procedura arbitrale, concedeva ad una sola delle parti la scelta di adire le corti statunitensi.

In seguito, ha assunto prevalenza l'orientamento che, negando l'applicabilità della “*mutuality doctrine*” alle clausole *de quo*⁵¹, ne ammette la legittimità, anche se alcune corti, per lo più statali, continuano a invalidare clausole arbitrali asimmetriche, ricorrendo talvolta alla “*mutuality doctrine*”⁵² o, in altre occasioni⁵³, alla teoria della “*unconscionability*”⁵⁴.

Un atteggiamento favorevole alle clausole asimmetriche è stato anche assunto dalle corti del *Dubai International Financial Centre* (“DIFC”).

Nel caso *Khorafi c. Bank Sarasin-Alpen Ltd*⁵⁵, è stato affermato che le Corti DIFC hanno la facoltà di riconoscere un accordo che consenta ad una sola parte di sottoporre le controversie ai giudici di un altro Paese.

Nel caso *Injazat Capital Limited e Injazat Technology Fund BSC c. Denton Wilde Sapte & Co*⁵⁶, il Tribunale ha ritenuto valida ed efficace una clausola⁵⁷ di elezione di foro unilaterale, che consenta ad una parte di assoggettare le controversie ad arbitrato in luogo dei giudici statali, facendo espresso richiamo alla decisione nel caso *Khorafi*: “*it is also common ground that, if forming part of the contract of retainer, the arbitration option contained within the jurisdiction clause constitutes a valid "opt-out", see Khorafi et al v. Bank Sarasin-Alpen (ME) Ltd and another [CA No: 003/2011]*”.

Anche la giurisprudenza lussemburghese si è pronunciata favorevolmente sul riconoscimento delle clausole *de quo*. La Corte d'Appello di Lussemburgo⁵⁸ ha affermato la validità di una clausola di elezione di foro unilaterale tra una banca lussemburghese e dei clienti belgi, pattuizione analoga a quella dichiarata invalida dalla *Cour de Cassation* francese.

In Svizzera, il Tribunale civile di primo grado di Basilea⁵⁹ ha affermato, con riferimento all'art. 17 della Convenzione di Lugano allora in vigore⁶⁰, che la norma convenzionale consente di pattuire clausole di proroga della giurisdizione sia esclusive sia non esclusive, che possono essere esclusive anche per una sola parte, ammettendo così la legittimità delle clausole unilaterali o asimmetriche.

In Cina, nel caso *The Sumitomo Bank c. Xinhua Real Estate*⁶¹, la Suprema Corte cinese è stata chiamata a pronunciarsi sulla seguente clausola di elezione di foro, contenuta in un accordo di finanziamento tra una banca (mutuante) ed il mutuatario: “*for the benefit of the lender, the Borrower irrevocably agrees that the courts of Hong Kong are to have non-exclusive jurisdiction to settle any disputes which may arise out of or in connection with this Agreement and that, accordingly, any legal action or proceedings arising out of or in connection with this Agreement ('Proceedings') may be brought in those courts and the Borrower irrevocably submits to the non-exclusive jurisdiction of those courts. Nothing in this Clause shall limit the right of the Lender to take proceeding against the Borrower in any other court of the competent jurisdiction nor shall the taking of Proceedings in one or more jurisdictions preclude the Lender from taking Proceedings in any other jurisdiction, whether concurrently or not*”.

La Suprema Corte cinese ha giudicato valida detta clausola, anche se ha interpretato la pattuizione sulla base della legge regolatrice del contratto, laddove l'orientamento in Cina è nel senso di ricorrere a tal fine alla *lex fori*⁶².

Da ultimo, in Spagna, è stato affermato in dottrina che “*no hay duda de que la cláusula asimétrica es, en principio, válida, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, y con el límite del abuso de derecho. Lo es de la misma manera que las cláusulas asimétricas de elección de foro, cuya validez es admitida unánimemente*”⁶³.

Anche la giurisprudenza spagnola si è recentemente pronunciata in senso favorevole: la Corte d'Appello di Madrid⁶⁴ ha riconosciuto che “*no es desconocida en la práctica internacional la técnica consistente en combinar la cláusula arbitral con otras, como las de mediación o las de sumisión a determinada jurisdicción (bien permitiendo la elección a la parte demandante o bien delimitando*

qué tipo de contiendas irían a una u otra vía)” e concluso nel senso che *“en el presente caso estamos ante una atribución competencial a favor, con independencia de que se contemple además de modo alternativo una cláusula de arbitraje, de los tribunales de los Países Bajos (en concreto, de s'Hertogenbosch) realizada por escrito en una cláusula contenida en sendos contratos suscritos por las partes. Esto satisface las aludidas exigencias de la normativa internacional”*, senza che la natura ibrida dell'accordo (arbitrato/giurisdizione) generi dubbi sulla validità dello stesso.

Si può ora procedere all'esame critico degli argomenti in favore e contro la legittimità delle clausole unilaterali, nella duplice prospettiva (internazionale-privatistica e di diritto interno) indicata in apertura del presente scritto.

V. Il profilo internazionale-privatistico.

1. Sulla validità della clausola di elezione del foro unilaterale in base al Regolamento Bruxelles I.

Assumendo che la controversia si presenti dinanzi un giudice italiano (ma il ragionamento vale anche qualora sia adito un giudice di un altro Stato Membro), se la questione è di carattere internazionale e di natura civile e commerciale, il primario strumento internazionale-privatistico da prendere in considerazione è il Regolamento (CE) n. 44/2001 (il “Regolamento Bruxelles I”).

Detto Regolamento dedica agli accordi di elezione di foro (c.d. “proroga di competenza”⁶⁵) in una controversia di carattere internazionale l'art. 23 del Regolamento Bruxelles I. In breve, se almeno una delle parti (si noti, non necessariamente il convenuto) è domiciliata in uno Stato Membro⁶⁶, la disposizione produrrà il duplice effetto di precludere la competenza di altri giudici e di attribuire la competenza inderogabilmente (se la clausola è esclusiva) al Giudice individuato dalle parti⁶⁷.

È dato pacifico che l'art. 23 disciplina la validità formale dell'accordo prevedendo, con un deciso *favor* nei confronti dell'autonomia privata, tre requisiti tra loro alterativi⁶⁸, necessari e sufficienti⁶⁹. È, invece, assai discusso se la norma disciplini altresì la validità sostanziale⁷⁰ dell'accordo. In due occasioni la Corte di Giustizia⁷¹ è parsa sposare la tesi dell'autosufficienza dell'art. 23 il quale, quindi, non lascerebbe spazio ai diritti nazionali in proposito.

Non è questa la sede per approfondire tale aspetto⁷²; in ogni caso, nel presente scritto si esaminerà il tema della validità delle clausole giurisdizionali unilaterali alla luce sia del diritto sostanziale italiano sia dei soli principi informativi e disposizioni del Regolamento Bruxelles I.

Prendendo le mosse da questo secondo campo d'indagine, giova premettere due osservazioni sul testo del Regolamento in esame.

Da un lato, l'art. 23 dispone che la giurisdizione è esclusiva, salvo che le parti abbiano pattuito diversamente. Se ne deduce che le clausole non esclusive sono pienamente ammesse, seppur esista una presunzione nel senso dell'esclusività⁷³.

Dall'altro lato, l'art. 23 ha una formulazione diversa rispetto a quella del suo “predecessore”, l'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (la “Convenzione di Bruxelles”), ai sensi del quale *“se una clausola attributiva di competenza è stata stipulata a favore di una soltanto delle parti, questa conserva il diritto di adire qualsiasi altro giudice competente ai sensi della presente convenzione”*⁷⁴. La dottrina, interrogata sugli effetti della modifica, ha affermato che *“non dovrebbe più essere possibile, per la parte in cui favore è stata stipulata la clausola, adire giudici diversi da quello indicato nella stessa”*⁷⁵.

Ciò premesso, dall'esame delle disposizioni, dell'oggetto e delle finalità del Regolamento di Bruxelles I emergono molteplici argomenti nel senso che nulla osti all'ammissibilità delle clausole unilaterali di elezione di foro.

Il primo dato significativo è quello letterale. Le clausole *de quo* consistono in una pattuizione sulla competenza di duplice natura: in parte esclusiva, in parte non esclusiva⁷⁶.

Dal momento che, come si è visto poc'anzi, il testo dell'art. 23 del Regolamento di Bruxelles I espressamente menziona le clausole di competenza esclusiva e non esclude (anzi, implicitamente ammette) quelle di competenza non esclusiva, sotto questo profilo le clausole in questione appaiono valide ed efficaci⁷⁷.

Tale rilievo non è sfuggito alla dottrina, tanto di *civil law*⁷⁸ quanto di *common law*⁷⁹, che pare decisamente orientata nel senso della piena ammissibilità della clausole di elezione di foro unilaterali nel contesto del Regolamento Europeo.

Soccorre poi un ulteriore dato letterale e sistematico. Il Regolamento sancisce il primato dell'autonomia negoziale⁸⁰: *“fatti salvi i criteri di competenza esclusiva previsti dal presente regolamento, deve essere rispettata l'autonomia delle parti relativamente alla scelta del foro competente”* (considerando 14). La libertà di scelta è tale che, come la stessa Corte di Giustizia ha precisato con riferimento all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968, l'accordo di proroga della competenza *“prescinde da qualsiasi legame oggettivo tra il rapporto giuridico controverso ed il giudice designato”*⁸¹. Orbene, una clausola di proroga della competenza unilaterale è proprio l'espressione dell'autonomia contrattuale delle parti che va anzitutto rispettata, con il limite espresso rappresentato dai criteri di competenza esclusiva sanciti dall'art. 22 del Regolamento. In terzo luogo, il Regolamento (nel considerando 11) chiarisce qual è la finalità ispiratrice delle regole sulla competenza: *“le norme sulla competenza devono presentare un alto grado di prevedibilità [...]”*. La comprensibile e condivisibile esigenza di “prevedibilità” non pare compromessa da un accordo di proroga unilaterale. Ciò perché, in tal caso, i fori a disposizione delle parti restano predeterminati, sia nel caso in cui siano stati da esse specificamente individuati, sia qualora, come nell'ipotesi della clausola cassata dalla *Cour de Cassation*, una parte abbia la facoltà di adire qualsiasi tribunale “competente”⁸². In tale ultimo caso, infatti, la scelta è limitata ai fori disponibili in applicazione delle norme (nazionali o europee, a seconda del caso) sulla competenza⁸³.

Non si può, inoltre, ignorare che lo stesso Regolamento Bruxelles I consente alle parti una scelta tra più giudici, ad assoluta discrezione dell'attore. Si pensi alla concorrenza del foro generale di cui all'art. 2, che sancisce la regola dell'*actor sequitur forum rei*, e dei fori speciali di cui all'art. 5, previsti in ragione di un legame fattuale tra il foro e l'azione⁸⁴.

Infine, si ritiene che nel sistema del Regolamento di Bruxelles I non possa essere invocato, quale causa ostativa alla legittimità delle clausole asimmetriche, il principio della protezione del soggetto debole⁸⁵. Ciò perché in sede di redazione del Regolamento (e, ancor prima, della Convenzione di Bruxelles del 1968), il Legislatore Europeo si è dimostrato pienamente consapevole della necessità di prendere in considerazione, dettando norme *ad hoc*, situazioni di squilibrio contrattuale.

Da questa consapevolezza sono scaturite le disposizioni sui contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro (articoli 8-21 del Regolamento), nei quali (recita il considerando 13) *“è opportuno tutelare la parte più debole con norme di competenza più favorevoli ai suoi interessi rispetto alle norme generali”*. Così, l'art. 13, l'art. 17 e l'art. 21 limitano la libertà contrattuale delle parti in merito alla conclusione di accordo di elezione di foro nelle predette aree, circoscrivendo il ventaglio di scelta.

Se, quindi, il Legislatore europeo ha apposto precisi limiti in determinate materie, è ragionevole concludere che, al di fuori di esse, altrettanti limiti non sussistano. Un appiglio testuale si rinviene nello stesso considerando 14, già citato poc'anzi, il quale precisa che l'autonomia delle parti relativamente alla scelta del foro competente va rispettata *“per i contratti non rientranti nella categoria dei contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro in cui tale autonomia è limitata”*⁸⁶.

Quanto sinora esposto incontra un limite fondamentale in relazione a quelle clausole di proroga della giurisdizione il cui contenuto e i cui effetti violino palesemente i diritti di difesa, il c.d. *fair trial*, ossia quelle garanzie minime dalle quali, comunque, anche uno sistema giuridico estremamente favorevole all'autonomia privata non può prescindere.

Ci si riferisce, ad esempio, a un patto di deroga che, da un lato, vincoli un contraente a instaurare la causa in un determinato foro e, dall'altro lato, conceda all'altra parte la facoltà di adire qualsivoglia giudice in qualsiasi Paese del mondo.

Tale pattuizione potrebbe difficilmente superare il giudizio di liceità⁸⁷; l'accordo sarebbe talmente generico e dall'effetto (ossia, il radicare la competenza in caso di controversia) così imprevedibile e casuale da essere inidoneo ad assicurare quel minimo essenziale di garanzie imposte dal diritto di difesa e dal principio del giusto processo, consacrati in diverse fonti, nazionali⁸⁸ ed internazionali⁸⁹.

Il Regolamento Bruxelles I sarà a breve sostituito dal Regolamento Bruxelles I *bis*⁹⁰. È opportuno, quindi, esaminare il tema in questione anche in relazione al quadro normativo di prossima entrata in vigore.

Occorre anzitutto rilevare che neppure il nuovo Regolamento specifica se la simmetria delle clausole di proroga della competenza sia o meno un requisito di validità della pattuizione *ex art. 25* (già articolo 23 del Regolamento Bruxelles I). Pertanto, con riferimento al nuovo Regolamento si può riproporre nei medesimi termini l'*iter* logico-argomentativo suesposto (al quale si rinvia, per esigenze di sintesi), con una importante precisazione.

Come visto in precedenza (nota 71), il Regolamento di Bruxelles *1bis* risolve la *vexata quaestio* circa il regime che regola la validità sostanziale degli accordi di proroga della giurisdizione, individuandolo nella legge dello Stato Membro del foro designato nell'accordo stesso. Tale scelta dovrebbe condurre a escludere che l'esame dell'ammissibilità di clausole asimmetriche di proroga del foro vada condotto in base all'art. 25 del nuovo Regolamento⁹¹. Questa soluzione potrebbe creare una frammentazione di soluzioni tra gli Stati Membri (che già oggi, come visto nella prima parte del presente scritto, stanno assumendo posizioni diverse sul punto). Peraltro, un disincentivo alla polverizzazione degli orientamenti si può rinvenire nel fatto che i giudici nazionali dovranno tener conto del riferimento superiore comunque rappresentato dal Regolamento Europeo che, come visto, fa della libertà di scelta delle parti il principio cardine della giurisdizione.

Occorre, da ultimo, osservare che al di fuori del (predominante) campo di applicazione del Regolamento Bruxelles I, lo strumento internazional-privatistico che il Giudice italiano è chiamato ad applicare è la Legge 31 maggio 1995, n. 218 ("Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato"). L'art. 4, innovando considerevolmente rispetto al regime previgente⁹², sancisce il principio della derogabilità della giurisdizione italiana, in favore di giudici stranieri o arbitrati esteri.

La norma prevede alcuni limiti: la deroga deve essere provata per iscritto e deve vertere su diritti disponibili⁹³. È stato precisato che, al pari del regime europeo, "la scelta della giurisdizione straniera a favore della quale può derogarsi non subisce alcun limite potendosi fare riferimento al giudice di un qualsiasi Stato indipendentemente dal fatto che la controversia abbia o meno un collegamento con l'ordinamento di quello Stato"⁹⁴.

In assenza di espresse indicazioni nella Legge 218/1995 in merito al tema qui trattato, si ritiene che le conclusioni formulate in relazione all'art. 23 del Regolamento di Bruxelles I valgano anche per l'art. 4 della Legge 218/1995.

D'altronde, com'è stato giustamente osservato, "l'art. 4, comma 2°, l. n. 218 del 1995 e l'art. 23 Regolamento Ce n. 44 del 2001 sono frutto del medesimo atteggiamento verso la determinazione del giudice"⁹⁵.

Particolarmente significativa è a tal proposito una decisione della Corte Costituzionale⁹⁶, per la quale "il legislatore del 1995 - nell'ambito di una imponente tendenza alla 'delocalizzazione' della giurisdizione, manifestatasi (anche per ragioni di concorrenza commerciale) negli usi del commercio internazionale, nella normativa pattizia internazionale e negli ordinamenti sovranazionali - ha

dichiaratamente e legittimamente inteso favorire (come già osservato) una più libera esplicazione dell'autonomia privata nella scelta della giurisdizione; tanto più che la tutela del consumatore (quale figura socialmente più rilevante di 'contraente debole') è specificamente assicurata, anche in materia di giurisdizione, da altre norme di diritto interno (artt. 1469-bis e seguenti cod. civ.) ed internazionale (v., ad es., la sezione 4 della citata convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968)". La pronuncia esplicita due argomenti proposti nel presente scritto: da un lato, la preminenza del diritto di libertà di scelta delle parti, e, dall'altro, il fatto che la tutela del contraente debole è già garantita da norme *ad hoc*.

2. Sulla validità dell'opzione di arbitrato in base alla Convenzione di New York del 1958

L'arbitrato rientra nel novero delle materie escluse dall'ambito di applicazione del Regolamento Bruxelles I, art. 1.2.d (nonché del Regolamento Bruxelles I *bis*)⁹⁷.

Il primario strumento internazional-privatistico è la Convenzione di New York del 10 giugno 1958 concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali estere⁹⁸. Occorre, quindi, esaminare il tema della validità dell'opzione di arbitrato alla luce di questa Convenzione.

Essa impone agli Stati contraenti di riconoscere e dare effetto a una convenzione arbitrale che rispetti quattro requisiti positivi (articolo 2, I comma): (i) la forma scritta, (ii) che riguardi controversie in essere o future, (iii) che le controversie siano sorte in relazione ad un rapporto giuridico definito, sia contrattuale o no e (iv) l'arbitrabilità della materia oggetto della controversia. Da tale disposizione non si rinviene, evidentemente, alcuna indicazione circa la validità dell'opzione di arbitrato.

L'articolo 5, I comma lett. a) introduce indirettamente due ulteriori requisiti di validità della convenzione arbitrale, Per quanto qui rileva, è previsto che *"il riconoscimento e l'esecuzione del lodo saranno negati, a domanda della parte contro la quale il lodo è invocato, unicamente qualora essa fornisca all'autorità competente del paese, ove sono domandati il riconoscimento e l'esecuzione, la prova che: a. [...] la detta convenzione non è valida, secondo la legge alla quale le parti l'hanno sottoposta o, in mancanza di una indicazione a tale riguardo, secondo la legge del paese dove la sentenza è stata emessa"*.

Il principio secondo cui la validità sostanziale della convenzione arbitrale è governata dalla legge scelta dalle parti oppure dalla *lex fori* si rinviene anche in altri strumenti internazionali⁹⁹ ed è considerata la soluzione principale¹⁰⁰ e preferibile¹⁰¹.

Quindi, neanche l'articolo 5, I comma lett. a) della Convenzione di New York fornisce indicazioni circa la legittimità dell'opzione di arbitrato, la cui validità andrà analizzata in base al diritto applicabile¹⁰².

L'art. V, II comma lett. b) prevede che al lodo possa essere negato riconoscimento o esecuzione se il riconoscimento o l'esecuzione sono contrari all'ordine pubblico del Paese a ciò richiesto. Di nuovo, quindi, la tematica è sollevata dalla Convenzione ma la concreta soluzione è demandata all'ordinamento, e in particolare alla nozione di ordine pubblico, di ciascun Paese¹⁰³.

In conclusione, si ritiene che nella Convenzione di New York del 1958 manchino dei dati testuali o l'espressione di principi in base ai quali dare risposta al quesito della validità e legittimità delle convenzioni di arbitrato unilaterali, dovendosi esaminare il tema in base ai diritti nazionali.

Giova, infine, accennare ad un diverso angolo di analisi, rappresentato dalle tipiche "patologie" che possono inficiare le convenzioni arbitrali: la contraddittorietà ("*inconsistency*"), l'incertezza ("*uncertainty*") e l'inoperatività ("*inoperability*")¹⁰⁴. Occorre evidenziare che detti difetti concernono la concreta formulazione della convenzione stessa. Si prenda in esame una clausola di soluzione delle controversie così formulata: *"in case of dispute ("contestation"), the parties undertake to submit to arbitration but in case of litigation the Tribunal de la Seine shall have exclusive jurisdiction"*¹⁰⁵. La clausola si riferisce sia all'arbitrato sia alla giurisdizione statale (a prima vista, quindi parrebbe un'opzione di arbitrato)

ma non è la compresenza dei due meccanismi a costituire un problema. La clausola è viziata da un'evidente incertezza, che deriva da una redazione intrinsecamente approssimativa e ambigua. Laddove, invece, la clausola sia formulata in termini chiari, puntuali e "funzionanti", anche un'opzione di arbitrato non potrà dirsi, *ex se*, invalida.

VI. Il profilo di diritto sostanziale italiano.

1. La natura giuridica degli accordi derogativi della giurisdizione e delle convenzioni arbitrali

L'analisi condotta in base al diritto sostanziale italiano richiede un preliminare inquadramento della natura giuridica degli accordi derogativi della giurisdizione/competenza e delle convenzioni arbitrali.

Secondo l'opinione prevalente, l'accordo di elezione di foro è un normale negozio giuridico di diritto privato, avente effetti processuali¹⁰⁶. *"Esso è concluso dalle parti contraenti al di fuori del processo nell'esplicazione della propria autonomia privata, ciò che conduce ad affermarne senza indugio la natura sostanziale"*¹⁰⁷.

La pattuizione rientra nel novero delle clausole vessatorie e, infatti, ai sensi dell'art. 1371 c.c. se inserita tra le condizioni generali di un contratto predisposto da uno dei contraenti, ovvero nel caso di contratto concluso per adesione o su moduli o formulari, richiede la specifica e separata approvazione per iscritto (salvo il caso in cui la clausola sia stata oggetto di negoziazione¹⁰⁸).

Per quanto concerne la competenza¹⁰⁹, l'art. 6 c.p.c. prevede che *"la competenza non può essere derogata per accordo delle parti, salvo nei casi stabiliti dalla legge"*¹¹⁰. La norma ha applicazione generale, nel senso che l'inderogabilità è sancita con riferimento a ogni tipologia di accordo tra le parti e di competenza (ossia, per materia, per valore e per territorio), ma non assoluta, dal momento che sono fatti salvi i casi previsti dalla legge. Così, l'art. 28 c.p.c. ammette che *"la competenza per territorio può essere derogata per accordo delle parti"*, salvo alcune specifiche ipotesi.

Il successivo articolo 29 c.p.c. regola la forma e gli effetti dell'accordo derogativo della competenza, che dovrà risultare da atto scritto - a pena di nullità - e riferirsi ad uno o più affari determinati. L'accordo, inoltre, non attribuisce competenza esclusiva se non quando ciò sia detto espressamente (con un approccio, quindi, inverso rispetto a quello del Regolamento Bruxelles I).

La medesima natura sostanziale, seppur con effetti processuali, è propria anche della clausola derogatoria della giurisdizione¹¹¹.

Per quanto concerne l'inquadramento dogmatico della convenzione arbitrale, l'opinione prevalente qualifica il patto compromissorio come contratto ad effetti processuali¹¹². Data la natura contrattuale, si applicano alla convenzione arbitrale le regole generali in materia di negozi giuridici¹¹³. Peraltro, è stato osservato che *"né l'inquadramento del compromesso tra i contratti può essere operato acriticamente, né tanto meno, sulla suggestione di dati positivi, peraltro ormai superati, può essere effettuata una indiscriminata applicazione al compromesso di tutte le norme sui contratti"*¹¹⁴.

In ragione della comune natura – contrattuale – attribuibile all'accordo derogativo della competenza e alla convenzione arbitrale, l'analisi – che conduce a ritenere, in linea di massima, le clausole unilaterali pienamente valide ed efficaci – può essere di seguito condotta in maniera unitaria.

2. Sulla legittimità delle clausole di giurisdizione/arbitrato unilaterali.

La conclusione cui si è pervenuti in sede di analisi delle norme internazional-privatistiche, ossia la validità ed efficacia delle clausole di elezione di foro e dell'opzione di arbitrato, appare sostenibile anche in base al diritto sostanziale italiano. In tal senso militano diversi argomenti.

Il primo criterio interpretativo è letterale: l'esame delle norme positive di riferimento (gli artt. 18 e 29 c.p.c., l'art. 4 Legge 218/1995 e gli artt. 807 e 808 c.p.c.) mostra l'assenza di qualsivoglia divieto in proposito. “*Ubi lex voluit dixit*” e, ancorché il brocardo non sia certo concludente, il dato letterale già fornisce una significativa prima chiave di lettura.

In secondo luogo, si è detto che le clausole in questione sono qualificabili come veri e propri accordi, incontri di volontà, seppur con spiccati (ma non esclusivi) effetti processuali. In materia contrattuale vige il principio dell'autonomia negoziale, la quale si manifesta da più punti di vista¹¹⁵, tra cui la libertà di fissare il contenuto del contratto, codificata all'art. 1322 c.c.

Tale autonomia contrattuale è destinata a cedere laddove si “*scontri con l'ordinamento giuridico, quando i privati travalicano i limiti di confine posti a tutela degli interessi collettivi, limiti costituiti dalla contrarietà alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume*”¹¹⁶.

L'invalidità delle clausole unilaterali di elezione di foro e di arbitrato sotto la lente del “*giudizio di liceità*”¹¹⁷ discenderebbe, quindi, dalla loro contrarietà alle norme imperative o all'ordine pubblico o al buon costume (art. 1343 c.c.).

Senonché, da un lato, non paiono rinvenirsi nell'ordinamento italiano norme imperative (ossia, non dispositive) dirette a sanzionare le clausole *de quo*. Dall'altro lato, nel nostro ordinamento non pare sussistere un principio di ordine pubblico (ossia, un principio espressione di fondamentali e, quindi, vitali valori etico-sociali del nostro Paese)¹¹⁸ o di buon costume¹¹⁹ che precluda le pattuizioni qui trattate, le quali sono diffuse nella pratica negoziale sia interna che internazionale e che, in ogni caso, ben rispondono ad interessi meritevoli di tutela¹²⁰.

Anche sotto questa prospettiva, quindi, si giunge ad ammettere la legittimità delle clausole *de quo*.

Un ulteriore argomento a favore della tesi qui sostenuta si lega alla disciplina delle c.d. clausole vessatorie di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. Tanto le “*clausole compromissorie*” quanto le “*deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*” rientrano nell'elencazione contenuta nell'art. 1341, II comma c.c., richiamato dall'art. 1342, II comma c.c.

Già il Legislatore del '42, quindi, si dimostrò ben consapevole della criticità di queste pattuizioni, tanto da condizionarne l'efficacia alla specifica e separata sottoscrizione. E proprio la specifica sottoscrizione (o, in alternativa, l'individuale negoziazione tra le parti) può ben assurgere a elemento legittimante le clausole unilaterali, per due ordini di motivi.

Da un lato, con un argomento analogo a quello già proposto con riferimento al Regolamento Bruxelles I, il fatto che il Legislatore abbia dedicato una specifica attenzione alle clausole di deroga alla giurisdizione, dettando una norma *ad hoc*, senza sanzionare con l'invalidità l'ipotesi della asimmetria, rafforza il valore del silenzio legislativo nel senso dell'ammissibilità delle pattuizioni unilaterali.

D'altro lato, il fatto che, prima dell'accettazione della clausola, le parti siano chiamate a prenderne visione, o discuterne, e sottoscriverla espressamente, pena l'inefficacia, conduce alla ragionevole conclusione che il contraente svantaggiato non potrà poi censurare la pattuizione lamentando un ingiusto sbilanciamento negoziale¹²¹, dovuto alla sorpresa o alla mancata comprensione della disciplina contrattuale.

Occorre precisare che quanto testé affermato vale certamente in relazione ai rapporti c.d. “*business-to-business*”, ossia tra imprese che, nel negoziare determinate regolamentazioni contrattuali, si pongono – almeno formalmente – su un piano di parità e, nell'accettarle, sono consapevoli dei profili di rischio di quanto concordato¹²². In tale quadro, il mero squilibrio contrattuale non può certo assurgere, di per sé, a causa dell'invalidità o inefficacia della pattuizione¹²³.

A conclusioni diverse si potrebbe, invece, pervenire per i contratti tra consumatore e professionista. E ciò non tanto perché ai sensi dell'art. 33, II comma lett. u) del D. Lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (il c.d. “*Codice del Consumo*”), “*si*

*presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore*¹²⁴, quanto piuttosto perché nei rapporti tra professionista e consumatore è assai più marcato il disequilibrio nella forza negoziale tra le parti e, quindi, molto più stringente l'esigenza di tutelare la parte debole del rapporto¹²⁵.

Si considera ora l'argomento che la *Cour de Cassation* pare¹²⁶ aver posto alla base della sua decisione, la natura potestativa (*"caractère potestatif"*) della clausola.

Il termine "potestativo" rimanda all'istituto della condizione potestativa di cui all'art. 1355¹²⁷ che, però, non pare aver rilevanza alcuna ai presenti fini¹²⁸.

Anzitutto, la clausola di elezione di foro o di arbitrato unilaterale non è riconducibile a un negozio sottoposto ad un *"avvenimento futuro ed incerto"* cui le parti subordinano *"l'efficacia [...] del contratto o di un singolo patto"* (art. 1353 c.c.). È, infatti, giuridicamente errato considerare la clausola *de quo* immediatamente perfezionata ma inefficace sino all'avveramento della condizione.

È corretto, piuttosto, ricondurre la clausola all'istituto dell'opzione. I contraenti convengono che, allorché sorga una controversia che non sia possibile risolvere bonariamente, una parte sarà vincolata alla propria dichiarazione e l'altra potrà accettarla o meno. Sorge, quindi, in capo a quest'ultima un diritto potestativo (che non equivale a una condizione potestativa), cui corrisponde in capo all'altra una soggezione¹²⁹. Lo schema è perfettamente lecito e codificato all'art. 1331 c.c.¹³⁰

Illuminanti appaiono in proposito, le risalenti, ma così lucide ed attuali, parole della Suprema Corte¹³¹: *"tali considerazioni valgono a dimostrare l'inconsistenza della tesi [...] secondo la quale la convenzione sarebbe nulla, perché sottoposta a condizione meramente potestativa (art. 1355 cod. civ.). È infatti chiara la differenza tra il negozio sottoposto a condizione sospensiva, negozio già concluso, e del quale è sospesa soltanto l'efficacia (art. 1353), ed il negozio il quale si conclude solo al momento dell'accettazione della proposta irrevocabile (o dell'opzione) da parte del contraente che non è vincolato"*.

In ogni caso, anche a voler ritenere rilevante, a fini argomentativi, l'art. 1355 c.c., quest'ultimo non potrà, di norma, operare, alla luce dell'interpretazione della giurisprudenza italiana. Infatti, come precisato dalla Suprema Corte, *"la condizione è meramente potestativa quando consiste in un fatto volontario il cui compimento o la cui omissione non dipende da seri o apprezzabili motivi, ma dal mero arbitrio della parte, mentre si qualifica potestativa quando la volontà del debitore dipende da un complesso di motivi connessi ad apprezzabili interessi che, pur essendo rimessi all'esclusiva valutazione di una parte, agiscono sulla sua volontà determinandola in un certo senso"*¹³².

L'art. 1355 c.c., quindi, opera nel caso in cui la scelta di una parte dipenda dal suo capriccio o, comunque, dalla sua mera volontà (la c.d. condizione *"si volam"*). Se nel caso concreto sono rinvenibili motivi oggettivi, seri e apprezzabili che realizzano un giustificato interesse della parte a che l'evento si verifichi, la condizione non sarà meramente potestativa bensì potestativa semplice e l'art. 1355 c.c. non troverà applicazione. Ebbene, tanto la pattuizione di una clausola di foro o arbitrato unilaterale quanto l'esercizio della facoltà ivi contenuta, di norma, saranno espressione di un serio interesse delle parti (o almeno di una di esse, che sia riuscita a prevalere nella negoziazione), sia esso giuridico, economico, strategico¹³³ o, più probabilmente, una combinazione di essi.

D'altronde, a conferma di quanto detto, *"nell'ambito dell'autonomia privata, le parti possono apporre al contratto una condizione sospensiva o risolutiva convenuta nell'interesse esclusivo di uno solo dei contraenti"*¹³⁴.

Ora, se l'art. 1355 c.c. non è il grimaldello corretto per escludere la validità delle clausole *de quo*, il riferimento all'elemento potestativo potrebbe comunque conservare una rilevanza ai presenti fini. Esso potrebbe, infatti, trascendere la citata norma codicistica e assurgere a criterio più generale di valutazione della pattuizione, nell'alveo del principio della buona fede. La stessa Suprema Corte ha precisato che *"è proprio l'elemento potestativo quello in relazione*

al quale il dovere di comportarsi secondo buona fede ha più ragion d'essere, perché è con riguardo a quell'elemento che la discrezionalità contrattualmente attribuita alla parte deve essere esercitata nel quadro del principio cardine di correttezza¹³⁵.

Di conseguenza, come estremo tentativo di censurare la clausola unilaterale si potrebbe invocare il principio della buona fede e, in particolare, dell'abuso del diritto¹³⁶, oggigiorno usato (ed abusato) ben oltre i confini che più gli si addirebbero¹³⁷.

Il tema è senza dubbio assai vasto e particolarmente delicato; peraltro, a fini di completezza d'indagine, se ne ritiene opportuna una sintetica disamina, senza pretesa di esaustività.

In particolare, viene a mente un orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte particolarmente incline a intervenire nelle scelte giuridiche (e, di fatto, seppur indirettamente, economiche) delle imprese. È nota la decisione della Cassazione che – sebbene con riferimento ad una fattispecie assai diversa da quella qui trattata¹³⁸ – basandosi proprio sul principio della buona fede e sull'abuso del diritto¹³⁹, ha affermato che *“l'atto di autonomia privata è sempre soggetto al controllo giurisdizionale. Il giudice, nel controllare e interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare e interpretare l'atto anche in funzione del temperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali attraverso un giudizio, di natura giuridica e non politica, di ragionevolezza in ambito contrattuale”*.

Anche a prescindere dalla (discutibile) condivisibilità di tale orientamento in termini di *policy* del diritto ed economica¹⁴⁰, si ritiene che i predetti istituti non possano, anzi non debbano, giocare alcun ruolo nel presente ambito.

Per quanto concerne il principio della buona fede oggettiva (ossia, la reciproca lealtà di condotta, espressione del generale principio di solidarietà) che presiede alla formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto, occorre rilevare l'assenza in radice di una qualsiasi forma di slealtà in una clausola che allochi le opzioni relative alla soluzione di eventuali controversie in maniera non speculare tra le parti.

Quanto all'abuso del diritto, l'irrilevanza dell'istituto emerge dall'esame dei suoi stessi elementi costitutivi: *“1) la titolarità di un diritto soggettivo; 2) la possibilità di plurime modalità di esercizio non predeterminate; 3) un esercizio concreto censurabile rispetto ad un criterio di valutazione giuridico o extragiuridico; 4) una conseguente sproporzione ingiustificata tra il vantaggio ulteriore e diverso da quello indicato dal legislatore da parte del titolare, ed il sacrificio della controparte”*¹⁴¹.

Ebbene, il diritto soggettivo, riconosciuto a una sola parte, di adire un certo Foro o di assoggettare la controversia ad arbitrato, non dà luogo a un abuso, nella misura in cui le alternative a disposizione di una (sola parte) siano definite (o definibili), le opzioni siano (nella previsione negoziale e nel suo esercizio concreto) ragionevoli o comunque sorrette da serie motivazioni giuridico-imprenditoriali.

Inoltre, la giurisprudenza ha precisato che *“corollario dei principi appena esposti è quindi il rilievo che un atto di esercizio del diritto è abusivo se il titolare i) ha intenzionalmente creato un danno ad altri facendosi schermo dell'apparente legittimità, offerta dal diritto, della propria condotta; ii) nella valutazione del calcolo economico ha peggiorato la situazione di un altro soggetto senza sostanzialmente migliorare la propria; iii) ha esercitato il diritto deviando dalla sua funzione tipica, dalla sua ragion d'essere, dai principi dell'ordinamento”*¹⁴². Una clausola giurisdizionale o arbitrale asimmetrica, in linea di principio, tende a favorire una parte rispetto all'altra (sussiste, quindi un miglioramento sostanziale), ma non cagiona un danno intenzionale, dal momento che l'altra parte non è danneggiata, non essendo comunque privata (e nella misura in cui non lo sia) del proprio diritto di difesa. Inoltre, la clausola mantiene la propria funzione tipica e, anzi, è l'espressione più viva e articolata del principio di autonomia negoziale ad essa sotteso.

A diverse conclusioni si giungerebbe di fronte a pattuizioni irragionevoli che rendano a una parte eccessivamente impervia la tutela dei propri diritti¹⁴³ ovvero che consentano a una parte una scelta del tutto discrezionale e imprevedibile. Quanto alla prima ipotesi, si pensi al caso, estremo e forse di scuola, in cui un contratto tra un

soggetto francese e un soggetto italiano, da eseguirsi per intero all'interno dell'Unione Europea, consenta al primo di promuovere un'azione innanzi ad ogni tribunale competente, mentre imponga al secondo di adire, in via esclusiva, soltanto il Foro di Bangkok. La seconda ipotesi ricorrerebbe, ad esempio, laddove, in un contratto tra un soggetto francese e un soggetto italiano, il primo dovesse necessariamente incardinare la causa innanzi al foro di Parigi, mentre al secondo fosse consentito promuovere il giudizio in qualsivoglia Foro di qualunque Paese del mondo¹⁴⁴.

VII. Conclusione: in favore della validità ed efficacia delle clausole di elezione di foro e delle convenzioni arbitrali unilaterali

L'interrogativo posto alla base dell'analisi che precede è teso a verificare se la validità e l'efficacia delle clausole di elezione di foro e delle convenzioni arbitrali unilaterali, recentemente negata da tre pronunce straniere (ma, al contempo, ammessa dai giudici di diversi Paesi, tra cui l'Italia), possa essere rimessa in discussione, in particolare dalle corti italiane.

L'esame svolto attraverso le due direttrici di studio, il diritto sostanziale italiano e gli strumenti di diritto internazionale privato evidenzia una prima, importante conclusione: la volontà delle parti è, nell'ambito della giurisdizione e della competenza, il cardine primario attorno al quale ruota il sistema di allocazione dell'attività decisionale sulle controversie.

La piena esplicazione del diritto delle parti a derogare, nell'esercizio dell'autonomia privata, alla giurisdizione e alla competenza (sia individuando il giudice statale – o i giudici statali – innanzi al quale il giudizio dovrà essere promosso, sia spogliando gli Stati della loro prerogativa giurisdizionale e demandando la soluzione della controversia ad arbitrato, strumento di giustizia privata) è destinata a cedere solo di fronte a limiti precisi.

Così, l'accoglimento della tesi dell'invalidità o dell'inefficacia delle clausole giurisdizionali o arbitrali asimmetriche presuppone l'individuazione di limiti, espressi o immanenti nel sistema giuridico di riferimento.

Ebbene, la disamina della normativa italiana e del regime europeo non ha mostrato controindicazioni di diritto positivo, espresse o implicite, al riconoscimento degli accordi *de quo*.

Inoltre, non pare rilevante in senso assolutamente ostativo neppure il ricorso a principi più generali quali la protezione del contraente debole, l'abuso del diritto, il diritto di difesa. Si ritiene che questi potrebbero rilevare soltanto in presenza di casi limite, ossia di accordi in cui l'autonomia delle parti sia degenerata in un'ingiusta ed irragionevole prevaricazione di un contraente sull'altro. Al di fuori di queste ipotesi patologiche, invece, gli argomenti a favore della validità e dell'efficacia delle clausole di elezione di foro e delle convenzioni arbitrali unilaterali appaiono, come visto, numerosi e concludenti.

S. Ferrero, *Le clausole di elezione di foro e le convenzioni arbitrali "unilaterali". Recenti sviluppi nel panorama internazionale e spunti di riflessione nel diritto italiano*, 6 BusinessJus 56 (2014)

Unless otherwise noted, this article and its contents are licensed under a
Creative Commons Attribution 2.5. Generic License.

<http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/>

Se non altrimenti indicato, il contenuto di questo articolo è rilasciato secondo i termini della licenza
Creative Commons Attribution 2.5. Generic License.

¹ Altresì conosciute come clausole "ibride" o "asimmetriche". Nella terminologia inglese, si parla di "*one-way, one-sided, unilateral, asymmetrical jurisdiction agreement/clauses*".

² *Cour de Cassation*, I sezione civile, *arrêt* del 26 settembre 2012, n. 983, Ms X c. Banque Privée Edmond de Rothschild, disponibile (in francese) all'indirizzo http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/983_26_24187.html.

³ *Supreme Arbitrazh Court* della Federazione Russa, 2 settembre 2012, Sony-Ericsson Mobile Communications Rus LLC c. Russkaya Telefonnaya Kompaniya, caso n. VAS-1831/12.

⁴ Suprema Corte di Cassazione, Sezione Commerciale, decisione n. 71 del 2 settembre 2011, caso n. 1193/2010.

⁵ Quest'ultima conosciuta anche come opzione di arbitrato ("optional arbitration clause").

⁶ Distinguono puntualmente tra "le point de vue de l'internationaliste" e "le point de vue du civiliste" anche ANCEL e CUNIBERTI, in *Journal des Tribunaux Luxembourgeois*, 2013, pag. 8 e ss.

⁷ Tale impiego è alquanto opportuno perché, da un lato, la preventiva scelta del foro competente per le eventuali controversie che scaturiscano nel contesto di una relazione contrattuale consente di evitare delicati problemi di individuazione della giurisdizione in fattispecie connotate da una transnazionalità più o meno spiccata (nell'*Impact Assessment alla Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* (disponibile su http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/docs/ia_2010/sec_2010_1547_en.pdf) si legge, significativamente, che "choice of court agreements (also known as "forum-selection-clauses") are one of the most important jurisdictional devices of modern times". Dall'altro lato, l'arbitrato rappresenta, in ragione dei suoi numerosi vantaggi, una soluzione spesso preferibile rispetto alla via tradizione rappresentata dai giudici statali (per una disamina dei vantaggi - e degli svantaggi - dell'arbitrato rispetto alla giustizia statale si veda BORTOLOTTI, *Drafting and negotiating international commercial contract, a practical guide*, Parigi, 2008, pag. 80).

⁸ Nel primo semestre del 2013 sono stati organizzati diversi convegni sul tema: "Unilateral Jurisdiction and Arbitration Clauses, Valid or Not?", tenutosi presso The British Institute of International and Comparative Law in data 8 maggio 2013 e "La validité des clauses de juridiction asymétriques" tenutosi presso l'Università di Lussemburgo il 27 febbraio 2013. Il tema è stato trattato anche nel corso del convegno "Ciclo di incontri in diritto internazionale privato e processuale", tenutosi l'8 maggio 2013 presso la Fondazione Croce di Torino.

⁹ Come osserva il Giudice Morison J nel caso NB Three Shipping Ltd c. Harebell Shipping Ltd., [2004] EWHC 2607 (Comm), su cui si tornerà nel prosieguo: "in practice an increasing number of clauses give only one party the right to refer disputes to arbitration, particularly in international derivatives transactions with counterparties in jurisdictions where English court judgments would not be enforced".

¹⁰ Significativamente, la documentazione standard della Loan Market Association (LMA - <http://www.lma.eu.com/>) comprende la seguente clausola di elezione di foro tra la parte finanziaria ed i mutuatari: "1. The Tribunale de Commerce de Paris has exclusive jurisdiction to settle any dispute arising out of or in connection with this agreement (including a dispute relating to the existence, validity or termination of this Agreement or any non-contractual obligation arising out of or in connection with this Agreement) (a "Dispute") 2. Clause 1 is for the benefit of the Finance Parties only. As a result, no Finance Party shall be prevented from taking proceedings relating to a Dispute in any other courts with jurisdiction. [...]".

Anche la Loan Syndications and Trading Association (LSTA - <http://www.lsta.org/>) prevede, nella propria documentazione standard, clausole di giurisdizione che riconoscono alle finance parties il diritto di instaurare il giudizio avverso i mutuatari innanzi a corti diverse ed ulteriori rispetto a quelle che questi ultimi possono adire.

¹¹ "An asymmetric choice-of-court agreement is a choice-of-court agreement that is more favourable to one party than to the other. They are much loved by banks. International loan agreements often provide that proceedings by the lender against the borrower may be brought in the court chosen or in any other court having jurisdiction under its law, while proceedings by the borrower against the lender may be brought only in the court chosen", HARTLEY, *International Commercial Litigation*, New York, 2009, pag. 164.

¹² La clausola recitava testualmente: "Les relations entre la banque et le client sont soumises au droit luxembourgeois. Les litiges éventuels entre le client et la banque seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux de Luxembourg. La banque se réserve toutefois le droit d'agir au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède".

¹³ La Corte ha dimostrato di non nutrire alcun dubbio sulla correttezza delle proprie conclusioni. Infatti, laddove la *Cour de Cassation* avesse ritenuto controversa l'interpretazione dell'art. 23 del Regolamento di Bruxelles I in punto clausole di proroga del foro asimmetriche, quale organo posto al vertice del sistema giudiziario francese sarebbe stata tenuta a rimettere la questione al preliminary ruling della Corte di Giustizia Europea (art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea: "quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte").

¹⁴ Seppur con motivazione diversa rispetto a quella formulata dalla Corte di Cassazione, la Corte d'Appello di Parigi aveva rigettato l'eccezione di difetto di giurisdizione argomentando che la libertà di proroga della giurisdizione riconosciuta dal Regolamento di Bruxelles I non può avere l'effetto di consentire una disparità di trattamento tra le parti. Notano ANCEL-MARION-WYNAENDTS, *Reflections on one-sided jurisdiction clauses in international litigation*, pag. 2 consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2258419, versione inglese dell'articolo pubblicato in francese su *Banque & Droit*, mars-avril 2013, n. 148, p. 3, che sebbene le corti di merito abbiano fatto riferimento al concetto di discrezionalità, mentre la Corte di Cassazione ha utilizzato la nozione di potestatività, la sostanza dell'argomentazione non muta.

¹⁵ "Mais attendu qu'ayant relevé que la clause, aux termes de laquelle la banque se réservait le droit d'agir au domicile de Mme X ou devant tout autre tribunal compétent, ne liait, en réalité, que Mme X qui était seule tenue de saisir les tribunaux luxembourgeois, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle revêtait un caractère potestatif à l'égard de la banque, de sorte qu'elle était contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du règlement Bruxelles I".

¹⁶ Per un approfondito e condivisibile esame critico della decisione, tanto sotto il profilo del diritto internazionale privato quanto del diritto sostanziale delle obbligazioni, si veda la nota a sentenza di ANCEL e CUNIBERTI, cit., pag. 8. Altrettanto critica è l'analisi di FENTIMAN, *Unilateral Jurisdiction Agreements in Europe*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 72, fasc. 1, marzo 2013, pag. 24 ("for many reasons the decision is as perplexing as it is controversial") e di ANCEL-MARION-WYNAENDTS, *Reflections on one-sided jurisdiction clauses in international litigation*, cit. pag. 2 ("the judgment of the Cour de cassation gives rise to more than just perplexity").

¹⁷ I fatti di causa sono tratti in prevalenza dall'articolo "Optional Arbitration Clauses to be Scrutinised by the Russian Supreme Commercial Court", pubblicato all'indirizzo <http://cisarbitration.com/2012/04/09/optional-arbitration-clauses-to-be-scrutinised-by-the-russian-supreme-commercial-court/>.

¹⁸ *International Chamber of Commerce*, cfr. <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/>.

¹⁹ L'Arbitrazh Court è il Tribunale commerciale, organo di giustizia statale, da non confondere con un collegio o istituzione arbitrale.

²⁰ La "Высший Арбитражный суд Российской Федерации". Per un breve sguardo sulla composizione e sulle competenze si può consultare il sito internet (in inglese) <http://www.arbitr.ru/eng/sac/>.

²¹ L'"equality of arms" è un principio giurisprudenziale elaborato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ricondotto all'art. 6 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, che disciplina il diritto ad un equo processo. La Suprema Corte russa, nel motivare la propria decisione, ha fatto ampio richiamo della giurisprudenza della Corte Europea, tra cui il caso Suda c. the Czech Republic del 28 ottobre 2010 (<http://echr.ketse.com/doc/1643.06-en-20101028/>).

Affrontano espressamente la tematica del rapporto tra clausole asimmetriche e "equality of arms", ANCEL-MARION-WYNAENDTS, *Reflections on one-sided jurisdiction clauses in international litigation*, cit., pag. 9, i quali condivisibilmente concludono nel senso che "for a clause to violate the principle of equality of arms, something more is needed than a mere dissociation, whether voluntary or objective, as to which courts the parties can seize".

²² Sulla complessa questione dell'individuazione della legge applicabile alla convenzione arbitrale - in assenza di un'espressa scelta delle parti - si veda BLACKABY e PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009, pag. 166. Gli Autori osservano che "[...] the principal choice - in the absence of any express or implied choice by the parties - appears to be between the law of the seat of the arbitration and the law which governs the contract as a whole".

²³ USOSKIN, *Russia's Supreme commercial Court Voids An Optional Arbitration Clause*, in <http://isarbitration.com/2012/09/03/russias-supreme-commercial-court-voids-an-optional-arbitration-clause/>, osserva che “the reason for this approach to applicable law remains unclear. One can assume that either the Presidium decided that the rules it applied were mandatory and overrode the parties’ choice of law or the parties had agreed to the application of Russian law by failing to object to it”.

²⁴ I fatti di causa sono tratti in prevalenza dal post “Bulgarian Court Strikes Down One Way Jurisdiction Clause” pubblicato all’indirizzo <http://conflictoflaws.net/2012/bulgarian-court-strikes-down-one-way-jurisdiction-clause/>.

²⁵ La “Върховния касационен съд на Република България”. Per un breve sguardo sulla Corte si veda il sito *internet* <http://www.vks.bg/>, disponibile anche in lingua inglese, francese e tedesca.

²⁶ SARBINOVA, in *Bulgarian Court Strikes Down One Way Jurisdiction Clause*, cit., osserva che alle medesime conclusioni cui perviene la Corte si giungerebbe anche in caso di contratto con profili di internazionalità (qualora la clausola arbitrale fosse regolata dalla legge bulgara o, persino, da un’altra legge straniera), in ragione del carattere generale delle ragioni sviluppate dalla Suprema Corte nel proprio *iter* logico-giuridico e poste alla base della decisione.

²⁷ Si veda il relativo sito *internet*: <http://www.bcci.bg/arbitration/index.html>.

²⁸ La “Софийски районен съд”.

²⁹ Per un ampio sguardo sull’approccio, in diverse giurisdizioni, all’opzione di arbitro si veda NESBITT, *The status and operation of unilateral or optional arbitration clauses*, in *Arbitration International*, 2006, vol. 22, pag. 133.

³⁰ Peraltro, le pronunce nel senso dell’invalidità hanno già sortito alcuni effetti pratici. In data 24 gennaio 2013, proprio a seguito della decisione della *Cour de Cassation*, in un comunicato la LMA ha sottolineato i rischi delle clausole di elezione di foro unilaterali sia in Francia sia in altre giurisdizioni. La LMA ha così proposto alcune soluzioni alternative: (i) prevedere una clausola unilaterale con una pattuizione di ripiego (“*fall-back provision*”) qualora la prima sia considerata invalida; (ii) pattuire solamente un unico foro esclusivamente competente; (iii) inserire una clausola di foro esclusiva “*multiple courts*” che conceda a mutuatanti e mutuatari il diritto di incardinare il giudizio in corti predeterminate o meno.

³¹ Cassazione civile, Sezione III, ordinanza n. 9314 del 9 aprile 2008, Pelizzoli e altri c. Banca italease e altro, in *Giust. Civ. Mass.* 2008, 4, pag. 556, disponibile per intero sulla banca dati *dejure.giuffrè.it*.

³² Cassazione civile, Sezioni Unite, 8 marzo 2012 n. 3624, Umbro International Limited c. Soc. Global Brand Management, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 3, pag. 289, disponibile per intero sulla banca dati *dejure.giuffrè.it*.

³³ Al pari della *Cour de Cassation*, sebbene con decisione di segno opposto, la Corte di cassazione italiana ha dimostrato di reputare l’art. 23 del Regolamento di Bruxelles I assolutamente favorevole alle clausole asimmetriche, non essendosi rivolta alla Corte di Giustizia Europea per un *preliminary ruling* sul punto.

³⁴ Cass. 22 ottobre 1970 n. 2096, in *Rep. Foro it.* 1971, voce arbitro, n. 16. Cassazione 19 ottobre 1960 n. 2837, cit., riportata per esteso in SCHIZZEROTTO, *L’arbitrato rituale nella giurisprudenza*, cit. Si legge nella motivazione della seconda pronuncia (che richiama altresì un precedente della Cassazione di Torino, 17 marzo 1893, in cui la clausola compromissoria unilaterale era stata ritenuta valida): “sul piano strettamente negoziale, infatti, la clausola compromissoria ‘unilateralmente facoltativa’ può essere facilmente inquadrata nella figura dell’opzione [...]”.

La dottrina, invece si è divisa. Una parte ha ritenuto invalido questo genere di accordo, per l’impossibilità di applicarvi l’art. 1331 c.c. (VECCHIONE, *Sulla validità della clausola compromissoria unilaterale*, in *Giur. it.*, IV, 1963, pag. 65; SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, Milano, 1988, pag. 132. Per uno sguardo riassuntivo degli argomenti a sfavore della clausola arbitrale unilaterale, si veda VERDE, *La convenzione di arbitro*, in *Diritto dell’arbitrato*, AA.VV., Verde cur., Torino, 2005, pag. 107). Un altro orientamento, più recente, è invece favorevole al riconoscimento della validità dell’opzione di arbitro (VERDE, *La convenzione di arbitro*, cit., pag. 107; PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, cit., pag. 32-333, nota 45). Particolarmente critico nei confronti delle clausole miste è FRIGNANI, *Libertà delle parti e clausole patologiche nell’arbitrato internazionale*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, I, pag. 957, il quale inserisce le clausole miste nella “ *rassegna delle clausole patologiche*” ed osserva che “le clausole combinate o miste che si riferiscono sia alla giurisdizione arbitrale che a quella dei giudici ordinari creano difficoltà nello scoprire le reali intenzioni delle parti”.

³⁵ [1994] 2 All E.R. 540.

³⁶ “1. This agreement shall be governed by and construed in accordance with English law. 2. Each of the borrowers [...] hereby irrevocably submits to the jurisdiction of the English courts [...] but the bank reserves the right to proceed under the agreement in the courts of any other country claiming or having jurisdiction in respect thereof”.

³⁷ “The juxtaposition of a submission by the defendants to the jurisdiction of the English courts and the option reserved in favour of the bank to sue elsewhere brings into play the expression *unius exclusio alterius* canon of construction. It suggests that a similar option in favour of the defendants was deliberately omitted. In our judgment the language of clause 21.02 evinces a clear intention that the defendants, but not the bank, would be obliged to submit disputes in connection with the loan facility to the English courts”.

³⁸ Sino al 1986 il diritto inglese richiedeva che una convenzione arbitrale fosse reciproca (“*mutual*”), ossia concedesse ad entrambe le parti lo stesso diritto di assoggettare la controversia ad arbitro. Con la decisione Pittalis c. Sherefettin ([1986] 1QB 868) detto requisito viene ridefinito, ritenendo che non vi sia assenza di reciprocità in un accordo tra due soggetti che conferisca solo ad uno di essi il diritto di adire la via arbitrale. Con le parole del giudice Fox LJ: “there is a fully bilateral agreement which constitutes a contract to refer. The fact that the option is exercisable by one of the parties only seems to me to be irrelevant. The arrangement suits both parties [...] Both sides have, therefore, accepted the arrangement and there is no lack of mutuality”.

³⁹ [2004] EWHC 2607 (Comm).

⁴⁰ [2005] EWHC 1412 (Ch).

⁴¹ In questa vicenda, gli attori, i noleggiatori, instaurarono un giudizio innanzi alla *High Court* londinese. In seguito, i proprietari della nave vollero esercitare il loro diritto di assoggettare la controversia ad arbitro e presentarono un’istanza innanzi alla Corte per ottenere la sospensione (“*stay*”) del procedimento giudiziale, ai sensi dell’art. 9.1 dell’*Arbitration Act* 1996.

⁴² “47. Law, jurisdiction and arbitration. 47.01 This Charterparty shall be governed by, and construed in accordance with, English law. 47.02 The courts of England shall have jurisdiction to settle any dispute which may arise out of or in connection with this Charterparty but the Owner shall have the option of bringing any dispute hereunder to arbitration ... 47.10 Any dispute arising from the provisions of this Charterparty or its performance which cannot be resolved by mutual agreement which the owner determines to resolve by arbitration shall be referred to arbitration in London ...”.

⁴³ La vertenza riguardava il tentativo dell’attore (“*Law Debenture*”) di ottenere il pagamento d’importi dovuti in base a dei *bond* emessi dal primo convenuto (“*l’emittente*”) e garantiti dal secondo convenuto (“*il garante*”) di cui *Law Debenture* era *trustee* per i vari titolari dei *bond*. Il garante aveva iniziato il procedimento arbitrale, nominando l’arbitro di parte. Dal momento che *Law Debenture* non aveva nominato il proprio, il secondo arbitro era stato scelto dalla LCIA, la *London Court of International Arbitration*. *Law Debenture*, quindi, aveva notificato una citazione iniziando il giudizio e la questione introduttiva era se la vertenza andasse decisa tramite arbitro oppure *Law Debenture* avesse diritto di percorrere la via giudiziale.

⁴⁴ “29.1 Any dispute arising out of or in connection with these presents [...] may be submitted by any party to arbitration for final settlement under [...] (the UNCTRAL Arbitration Rules), which rules are deemed to be incorporated by reference into this Clause 29.2 [...] 29.6 The agreement by all the parties to refer all disputes [...] to arbitration [...] is exclusive such that neither [i convenuti] shall be permitted to bring proceedings in any other court or tribunal [...] 29.7 Notwithstanding clause 29.2, for the exclusive benefit of the Trustee and each of the Bondholders, [i convenuti] hereby agree that the Trustee and each of the Bondholders shall have the exclusive right, at their option, to apply to the English courts of England, who shall have non-exclusive jurisdiction to settle any disputes [...]”.

⁴⁵ “The one limit that probably exists is that *Law Debenture* cannot blow hot and cold [...] If *Law Debenture* starts an arbitration it would have waived its right (or option) to go by way of litigation. By the same token, if it participates sufficiently in an arbitration, it may well be held to have waived its rights to exercise its option. Subject to that, it has its clear rights”.

⁴⁶ Paragrafo 44: “they give an additional advantage to one party, but so do many contractual provisions”.

- ⁴⁷ Cfr. WARD, AKHTAR, *English legal system*, New York, 2008, pag. 78 ss.; DE FRANCHIS, *Law Dictionary*, Milano, 1984, pag. 1165 e ss.
- ⁴⁸ Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer law international, 2009, pag. 733.
- ⁴⁹ Hull v. Norcom Inc., 750 F.2d 1547 (1st Cir. 1985). Peraltro, come rileva BORN, *International Commercial Arbitration*, cit. pag. 733 nota 870, i casi erano in prevalenza relativi a controversie di lavoro o con consumatori, ambiti nei quali il tema trattato assume connotazioni specifiche, a causa del naturale squilibrio tra i contraenti che rende più stringente l'esigenza di tutela della parte debole, come si vedrà più avanti nel presente scritto.
- ⁵⁰ Becker Autoradio USA Inc. v. Becker Autoradiowerk GmbH, in GAJA, *New York Convention*, V. 86.
- ⁵¹ Sablosky v. Gordon Co., 535 NE2d 643 (NY App. 1989). Barker v. Golf USA, 154 F.3d 788 (8th Cir. 1998). DiMercurio v. Sphere Drake Ins. Plc. 202, F.3d 71 (1st Cir. 2000). Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit. pag. 734, nota 874.
- ⁵² Richard Harp Homes Inc. v. Van Wyck, 2007 WL 2660213 (Ark. App. 2007): “an arbitration agreement lack[s] the necessary mutuality of obligation where [one party was] limited to pursuing any grievance in an arbitration forum while the [other party] retained the sole legal right to pursue legal or equitable remedies”.
- ⁵³ Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services Inc., 24 Cal. 4th 83 (2000). Nota ancora BORN, *International Commercial Arbitration*, cit. pag. 734 che questo giurisprudenza riguarda in prevalenza casi di diritto interno concernenti rapporti di lavoro e con consumatori.
- ⁵⁴ Ossia iniquità, vessatorietà. Cfr. DE FRANCHIS, *Law Dictionary*, cit., pag. 1496, voce “unconscionability”.
- ⁵⁵ Corte d'Appello, n. 003/2011.
- ⁵⁶ Tribunale di primo grado, n. 019/2010. La pronuncia è consultabile (in inglese) all'indirizzo http://difccourts.complinet.com/en/display/display_main.html?rbid=2725&element_id=9028&print=1.
- ⁵⁷ La clausola in questione recitava come segue: “22. *Governing law and jurisdiction.* [...] *If any claim, dispute or difference of any kind whatsoever (for example, any question regarding their existence, validity or termination) arises out of or in connection with those agreements or arrangements, you and we each agree to submit to the exclusive jurisdiction of the Dubai courts. However, we may, at our sole option, refer the claim, dispute or difference to arbitration in London before a single arbitrator. [...]*”.
- ⁵⁸ Decisione n. 27001 dell'11 marzo 2003, citata in ANCEL e CUNIBERTI, cit., note 19 e 42.
- ⁵⁹ Zivilgericht Basel Stadt, 9 giugno 1997, in *Basler Juristische Mitteilungen*, 1998, pag. 211.
- ⁶⁰ Convenzione di Lugano del 1988, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, sostituita dalla Nuova Convenzione di Lugano, firmata il 30 ottobre 2007 dalla Comunità europea, unitamente a Danimarca, Islanda, Norvegia e Svizzera.
- ⁶¹ Supreme People's Court (1999), Jing Zhong Zi n. 194.
- ⁶² Cfr. ZHENG SOPHIA TANG, *Party Autonomy in Civil and Commercial Matters*, 2011, pag. 10, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=2079150>.
- ⁶³ MARCO DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *Asimetría, separabilidad, sinalagma*, in *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2009, fasc. 5, pag. 141 e dottrina ivi citata.
- ⁶⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, de 18 de octubre de 2013, consultabile su <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>; il provvedimento è commentato, e il tema delle clausole ibride diffusamente trattato, da LOPEZ DE ARGUMEDO, BALMASEDA, *La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa (A propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid)*, in *Diario La Ley*, n. 8258, Sección Tribuna, 25 febbraio 2014, anno XXXV.
- ⁶⁵ È stato osservato che “[...] si parla di proroga di competenza [...] alludendo al fatto che il potere-dovere di decidere del giudice adito viene esteso a comprendere una controversia rispetto alla quale in principio non avrebbe competenza giurisdizionale” (MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2006, pag. 57). Il rilievo appare non del tutto convincente: può ben darsi il caso in cui con l'accordo le parti investano un foro che sarebbe stato comunque competente in base, ad esempio, all'art. 2 (domicilio del convenuto), avendo come finalità quella di escludere la competenza di altri fori (come quelli alternativi di cui all'art. 5).
- ⁶⁶ Per il caso in cui nessuna delle parti lo sia, l'art. 23.3 del Regolamento dispone che il giudice dello Stato designato dalle parti sarà il primo a pronunciarsi e i Giudici degli altri Stati membri potranno conoscere della controversia solo qualora il giudice designato abbia declinato la propria competenza. (“Quando nessuna delle parti che stipulano tale clausola è domiciliata nel territorio di uno Stato membro, i giudici degli altri Stati membri non possono conoscere della controversia fintantoché il giudice o i giudici la cui competenza è stata convenuta non abbiano declinato la competenza”).
- ⁶⁷ Articolo 23 par. 1: “Qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta a questo giudice o ai giudici di questo Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti [...]”.
- ⁶⁸ Articolo 23 par. 1: “[...] La clausola attributiva di competenza deve essere conclusa: a) per iscritto o oralmente con conferma scritta, o b) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro, o c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato”. Par. 2: “La forma scritta comprende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole della clausola attributiva di competenza”.
- ⁶⁹ Sentenza della Corte di Giustizia del 24 giugno 1981, causa 150/80, Elefanten Schuh GmbH c. Pierre Jacqmain: “25. Pertanto, l'art. 17 stabilisce esso stesso, per garantire la certezza del diritto ed assicurare il consenso delle parti, i requisiti di forma che le clausole attributive di competenza devono possedere. 26. Gli stati contraenti non hanno quindi la facoltà di prescrivere requisiti di forma diversi da quelli stabiliti dalla convenzione?”.
- ⁷⁰ “Una norma, disposizione o fonte: (i) si dice ‘formalmente valida’ quando sia stata prodotta in accordo con le norme – ad essa strutturalmente sovraordinate – che ne disciplinano la creazione [...] (ii) si dice ‘materialmente valida’ quando non sia incompatibile con le norme – ad essa materialmente sovraordinate – che ne limitano o predeterminano il possibile contenuto” (GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo, Milano, 2010, pag. 255).
- Un requisito relativo alla validità formale è, tipicamente, l'imposizione della forma scritta *ad substantiam*, rientra invece nell'ambito della validità formale la questione dell'annullabilità dell'accordo per vizi del consenso o di nullità *ex art.* 1418 Codice Civile italiano.
- ⁷¹ Sentenza del 3 luglio 1997, causa C-269/95, Francesco Benincasa c. Dentalkit s.r.l.; sentenza del 16 marzo 1999, causa 159/97, Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali S.p.A. c. Hugo Trumpp S.p.A. Nella seconda decisione, la Corte ha affermato: “52 La terza, la settima e la sesta questione devono pertanto essere risolte dichiarando che l'art. 17, primo comma, seconda frase, terza ipotesi, della Convenzione va interpretato nel senso che l'elezione del foro in una clausola attributiva di competenza può essere valutata solo in base a considerazioni che siano collegate ai requisiti previsti dall'art. 17 della Convenzione. Considerazioni relative ai collegamenti tra il foro prescelto e il rapporto controverso, alla fondatezza della clausola e alle norme sostanziali in vigore dinanzi al foro prescelto sono estranee a tali requisiti?”.
- ⁷² Sul punto si veda il recente contributo di CAMILLERI, *Article 23: Formal Validity, Material Validity or Both?*, in *Journal of Private International Law*, vol. 7, n. 2, 2011, pag. 297. Cfr. anche HILL and CHONG, *International Commercial Disputes*, Oxford, 2010, pag. 123.
- La questione, comunque, è destinata a perdere di rilevanza: opportunamente il Regolamento (UE) n. 1215/2012 del parlamento europeo e del consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (il c.d. Regolamento Bruxelles 1bis), che si applicherà a decorrere dal 10 gennaio 2015 (art. 81) in luogo del Regolamento Bruxelles I, ha specificato che la validità sostanziale dell'accordo di proroga della giurisdizione è regolata dalla legge dello Stato Membro del foro designato nell'accordo stesso (art. 25 e considerando n. 20). Il considerando n. 20 precisa che nel concetto di “legge” rientrano anche le norme di conflitto: “quando emerge una questione circa la validità di un accordo relativo alla scelta del foro a favore dell'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, essa dovrebbe essere decisa secondo la legge dello Stato membro del foro o dei fori prescelti nell'accordo, comprese le norme di tale Stato membro sul conflitto di leggi”.

Nel medesimo senso si esprime anche l'art. 5.1 della Convenzione sugli accordi di scelta del foro, firmata all'Aia il 30 giugno 2005, non ancora in vigore (cfr. http://www.hech.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98): “the court or courts of a contracting State in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State”.

⁷³ Il medesimo approccio si rinviene nella Convenzione dell'Aja del 2005 (art. 3.b), mentre nel diritto italiano l'impostazione dettata dal codice di procedura civile per gli accordi di deroga alla competenza territoriale è inversa (art. 29, II comma c.p.c.: “l'accordo non attribuisce al giudice designato competenza esclusiva quando ciò non è espressamente stabilito”).

Nel senso della presunzione di non esclusività sono anche gli Stati Uniti, l'Australia e Macao. In altri ordinamenti, quali il Regno Unito, la Cina e il Giappone, non esiste una presunzione, sicché, di fronte ad una clausola redatta in termini neutri, i giudici prenderanno in considerazione i vari elementi del caso, con un'interpretazione letterale, sistematica e finalistica. Cfr. ZHENG SOPHIA TANG, *Party Autonomy in Civil and Commercial Matters*, cit., pag. 7.

⁷⁴ Nella decisione del 24 giugno 1986, causa 22/85, Anterist c. Crédit Lyonnais, la Corte di Giustizia ha chiarito che “poiché l'art. 17 della Convenzione 27 settembre 1968 sancisce il principio dell'autonomia delle parti, il 3° comma di esso dev'essere interpretato in modo da rispettare la comune volontà delle parti all'atto della conclusione del contratto. Occorre, quindi, perché si possa parlare di una convenzione attributiva di competenza che non sia stata stipulata solo a favore di una delle parti, che la volontà comune di favorire una delle parti risulti chiaramente, vuoi dalla lettera della clausola, vuoi dal complesso degli indizi desumibili dal contratto o dalle circostanze in cui questo è stato concluso”.

⁷⁵ BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Padova, 2009, pag. 450.

⁷⁶ In questo senso anche HARTLEY, *International Commercial Litigation*, cit., pag. 164.

⁷⁷ Cfr. nello stesso senso FENTIMAN, *Unilateral Jurisdiction Agreements in Europe*, cit., pag. 25.

⁷⁸ BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, cit.: “ciò non esclude, invece, che le parti possano stipulare clausole che riservino ad una sola di esse di adire un altro giudice, in quanto il primo comma dell'art. 23 del regolamento, nel ribadire il carattere esclusivo della competenza del giudice designato, precisa che detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti”. Il medesimo Autore, in una diversa opera (BORTOLOTTI, *Drafting and negotiating international commercial contract, a practical guide*, cit. pag. 147 e nota 3067), conferma che “the clause should nevertheless be valid, particularly in the context of the Brussels and Lugano Conventions”, pur precisando che “a clause of this type is certainly unbalanced to the disadvantage of one of the parties” e concludendo nel senso che “the clause in question should be used with caution, especially outside the European Area”.

GARAU, *Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho Procesal Civil Internacional español*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, n. 2, pag. 52: “Cuando en el art. 23.1, segunda frase, se reconoce a las partes la posibilidad de convenir la no exclusividad del foro previamente acordado, se les está otorgando la facultad de celebrar acuerdos en favor de una sola parte, de manera que la parte designada pueda así acudir a los tribunales designados o a otros previstos en los foros del Reglamento”.

⁷⁹ HILL and CHONG, *International Commercial Disputes*, cit., pag. 127-128: “the Brussels I Regulation does not expressly deal with jurisdiction agreements which are concluded for the benefit of one of the parties to the agreement [...] As Article 23 gives effect to both exclusive and non-exclusive jurisdiction agreements there should be no doubts over the validity and effect of jurisdiction agreements concluded for the benefit of one party under the Brussels I Regulation”.

⁸⁰ Sul rapporto tra autonomia negoziale e la risoluzione delle controversie internazionali si veda, da ultimo, PALAO MORENO, *La autonomía de la voluntad y la resolución de las controversias privadas internacionales*, in *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Prats Albentosa coord., La Ley, 2012, I.

⁸¹ Corte di Giustizia Europea, sentenza del 17 gennaio 1980, Siegfried Zelger c. Sebastiano Salinitri, causa 56/79; nel medesimo senso, nella giurisprudenza italiana, Cassazione civile, Sezioni Unite, 14 novembre 2003 n. 17209, Isoplus Fernwarme-technik G.m. c. Piccoli, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 11.

⁸² Diverso sarebbe il caso in cui la clausola concedesse a una parte la facoltà di adire qualsivoglia giudice in qualsiasi Paese del mondo. Su tale ipotesi, in cui verrebbe meno ogni possibilità di prevedere la competenza in un'eventuale controversia tra le parti, si tornerà a breve.

⁸³ In questo senso v. anche ANCEL e CUNIBERTI, cit. pag. 9. La banca lussemburghese, nel caso deciso dalla *Cour de Cassation*, aveva formulato una doglianza avverso la decisione impugnata sul medesimo piano di quanto sostenuto nel testo, con un argomento condivisibile e difficilmente contestabile: “la clause renvoyait par la force des choses aux règles édictées par ce règlement et répondait nécessairement en cela aux objectifs de prévisibilité et de sécurité juridique de ce dernier”.

⁸⁴ A tal proposito è di certo interesse ricordare che la Suprema Corte italiana nel lontano 1960 (Cassazione 19 ottobre 1960 n. 2837, in *Giust. Civ.* 1960, I, 1897 e riportata per esteso in SCHIZZEROTTO, *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, in *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*, Padova, 1969, pag. 64), ben prima che la Convenzione di Bruxelles del 1968 vedesse la luce, aveva affermato quanto segue: “non è questo del resto il solo caso nel quale la legge accorda ad una delle parti (l'attore) la scelta tra più giudici: basta ricordare i fori facoltativi concorrenti (art. 20) e l'ipotesi di foro stabilito concordemente dalle parti, ma in modo non esclusivo (art. 29 c.p.c. proc. civ.), per constatare come non ripugna affatto al nostro ordinamento processuale l'ipotesi di una facoltà lasciata ad una delle parti di scegliere il giudice competente mentre l'altra parte deve sottostare alla scelta. È analogo a queste ipotesi, quindi, il caso in cui, per contratto, le parti convengano che una di esse soltanto abbia la facoltà di scelta fra due giudici, in astratto ritenuti competenti: il giudice ordinario, e l'arbitro”. La decisione concerneva una fattispecie di diritto interno, relativa alla validità di una clausola compromissoria unilaterale, ma il rilievo coglie un argomento (la legittima possibilità che una parte possa scegliere tra più giudici) certamente calzante anche nel contesto del Regolamento Bruxelles I.

⁸⁵ Quando si parla di “soggetto debole”, non si fa riferimento alla sola debolezza intesa come inferiore potere economico, bensì a una più generale situazione d'inferiorità di uno dei contraenti nell'incidere sulle determinazioni delle condizioni negoziali che l'altro contraente propone, o meglio, spesso impone.

⁸⁶ La stessa Corte di Giustizia, in una delle prime decisioni relative alla disciplina della proroga della competenza nella Convenzione di Bruxelles del 1968 (sentenza del 9 novembre 1978, causa 23/78, Meeth c. Glacetal) sottolineò che l'art. 17 della Convenzione era informato “all'esigenza di rispettare l'autonomia delle parti”. Detta decisione riconobbe la “possibilità, per le parti, di designare due o più giudici al fine del regolamento di eventuali controversie”; se la Corte in quell'occasione non affrontò lo specifico tema qui trattato, cionondimeno la pronuncia conferma sia la preminenza del principio dell'autonomia negoziale, sia la possibilità che sussistano allo stesso tempo più giudici competenti.

⁸⁷ Nel senso che la clausola di elezione del foro è invalida se non v'è sufficiente chiarezza circa le possibili corti competenti: Walter/Domej, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, Bern 2012, pag. 295; Killias, in Dasser/Oberhammer (eds.), *Lugano-Übereinkommen, Kommentar*, Bern 2011, Art. 23 N 52; Berger, in Oetiker/Weibel (eds.) *Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen*, Basel 2011, Art. 23 N 33.

La medesima osservazione è formulata da ANCEL-MARION-WYNAENDTS, *Reflections on one-sided jurisdiction clauses in international litigation*, cit., pag. 3: “at the very least, the court to be seised must be objectively determinable. If the determination of court of competent jurisdiction depends on subjective and individual elements, such as the unrestricted choice of a party, the jurisdiction clause will not satisfy the requirements of EU law”.

⁸⁸ Nel nostro ordinamento, gli articoli 24 e 111 della Costituzione.

⁸⁹ L'art. 6 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali e l'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

⁹⁰ Per un primo commento si vedano *Recasting Brussels I*, a cura di POCAR, VIARENGO e VILLATA, Padova, 2012 e SILVESTRI, *Recasting Brussels I: il nuovo regolamento n. 1215 del 2012*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2013, 2, pag. 678.

⁹¹ E, in ottica di coerenza e continuità tra i due Regolamenti, un approccio analogo potrebbe già essere assunto anche sotto la vigenza del Regolamento Bruxelles I.

⁹² L'art. 2 c.p.c., abrogato, dalla legge 218/1995, art. 73, sanciva il principio dell'inderogabilità convenzionale della giurisdizione. “Tale inderogabilità [...] stava a significare, con riferimento alla giurisdizione, impossibilità di sottrarre alla cognizione dei giudici italiani controversie diverse da quelle espressamente menzionate dalla norme, che era ritenuta incompatibile con lo stesso carattere di sovranità della giurisdizione, giacché lo Stato non poteva abdicare all'esercizio della giurisdizione laddove sussistesse un concreto interesse all'attuazione dell'ordinamento, in tutti i casi, cioè, nei quali la controversia presentava, dal punto di vista soggettivo e oggettivo, una relazione qualificata con l'ordinamento medesimo” (MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001, I, pag. 65).

⁹³ Che andranno qualificati come tali sulla base dell'ordinamento italiano (cfr. CONETTI, *Commento all'art. 4, in Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Conetti-Tonolo-Vismara, Torino, 2009, pag. 18).

⁹⁴ COSTANTINO, *Commento all'art. 4 della legge 218/95, in Commentario breve al codice civile*, Cian-Trabucchi cur., Padova, 2011, pag. 3967; Cassazione civile, Sezioni Unite, 14 novembre 2003 n. 17209, cit.

⁹⁵ BIAVATI, *Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2009, pag. 536.

⁹⁶ Corte Costituzionale, 18 ottobre 2000 n. 428, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2001, pag. 645.

⁹⁷ Sulla (controversa) esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del Regolamento Bruxelles I si veda HILL and CHONG, cit., pag. 68.

⁹⁸ La Convenzione rappresenta uno dei maggior successi mondiali in materia di accordi internazionali. Alla data di redazione del presente scritto, sono 148 gli Stati in cui la Convenzione è in vigore (cfr. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html). La Convenzione è stata definita “the single most important point pillar on which the edifice of international arbitration rests” (WETTER, *The present status of the international court of arbitration of the ICC: an appraisal*, in *American Review of International Arbitration*, 1990, pag. 93).

⁹⁹ L'UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, modificato nel 2006 prevede, all'art. 34.2: “An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if: (a) the party making the application furnishes proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State?”.

¹⁰⁰ BLACKABY and PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit. pag. 166.

¹⁰¹ Cfr. CORDERO MOSS, *International Commercial Arbitration*, 1999, pag. 280.

¹⁰² Particolarmente critico nei confronti della giustapposizione di arbitrato e giustizia statale nella medesima clausola contrattuale è BORTOLOTTI, *Drafting and negotiating international commercial contract, a practical guide*, pag. 85: “it is not unusual to see contracts in which the parties have provided for arbitration and for the jurisdiction of ordinary (domestic) courts at the same time. [...] this solution is dangerous and should be avoided”.

¹⁰³ Per un'approfondita analisi dell'ordine di pubblico si veda la recente opera di FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012.

¹⁰⁴ Cfr. BLACKABY and PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit. pag. 146.

¹⁰⁵ *Tribunal de grande instance* di Parigi del 1° febbraio 1979, in *Revue d'Arbitrage* 1980, pag. 97.

¹⁰⁶ Cfr. SEGRE, *Della competenza per territorio*, *Comm. Utet*, I, 1, Torino, 1973, pag. 294; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, I, pag. 272 e nota 83.

¹⁰⁷ Così SILVETTI, *Elezione del foro e deroga della giurisdizione*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino, 2005, XXVI, pag. 377.

¹⁰⁸ Cassazione civile, sezione II, 28 marzo 2001 n. 4511, Soc. Bussines Net C. Soc. Key Position, in *Giust. civ. Mass.* 2001, pag. 613.

¹⁰⁹ Intendendosi qui per “competenza” “quella frazione di giurisdizione che in concreto spetta ad un determinato giudice rispetto ad una determinata causa” (così MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., pag. 246).

Se nell'ordinamento italiano la distinzione concettuale e pratica, tra “giurisdizione” e “competenza” è chiara e marcata, “va rilevato che nei sistemi di common law – come, del resto, anche nel sistema processuale francese – non si distingue tra competenza e giurisdizione, finanza importata dai nostri processualisti dal diritto tedesco. Di conseguenza, sembra potersi dire, non senza una notevole approssimazione, che il termine inglese jurisdiction può indicare sia il concetto di competenza che di giurisdizione” (DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, Milano, 1996, pag. 527, voce “competenza giudiziaria in genere”).

¹¹⁰ “La ragione di questo divieto [...] deve ricercarsi nell'esigenza di garantire la preconstituzione per legge del giudice ‘naturale’ (art. 25 cost.)” (MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., pag. 180).

¹¹¹ SILVETTI, *Elezione del foro o deroga della giurisdizione*, cit., pag. 394.

¹¹² Così la giurisprudenza di legittimità: Cass. 31 novembre 2011 n. 22608 (“La clausola compromissoria costituisce un contratto autonomo ad effetti processuali, anche quando sia inserita nell'atto contenente il contratto cui ineriscono le controversie oggetto della clausola”); la giurisprudenza di merito: Trib. Milano 10 settembre 2012, in *Redazione Giuffrè* 2012 (“La clausola compromissoria, stante la sua natura contrattuale [...]”); la giurisprudenza arbitrale: Collegio arbitrale Bari, 22 giugno 2011, in *Riv. arbitrato* 2011, 4, pag. 659 (“L'origine esclusivamente contrattuale della clausola arbitrale [...]”). Per uno sguardo d'insieme si veda CONSOLO (dir.), *Codice di procedura civile*, Milano, 2010, III, sub. art. 806, pag. 1513; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 806, in Commentario breve al codice di procedura civile*, Carpi-Taruffo dir., Padova, 2012, pag. 2734.

¹¹³ LEVI, *Arbitrato nel diritto privato italiano*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, 2012, pag. 106: “proprio per la natura negoziale dell'istituto si ritiene di dover ricorrere, nell'esame della convenzione arbitrale, alle norme generali sui contratti”.

¹¹⁴ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, I, 2012, pag. 331.

¹¹⁵ Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, pag. 762.

¹¹⁶ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit. pag. 764. L'art. 1322 c.c. “circoscrive l'autonomia delle parti nel determinare il contenuto del contratto solo in presenza di ‘limiti imposti dalla legge’: con ciò escludendo – non parrebbe neppure il caso di sottolinearlo – che l'autonomia di una parte possa venir compressa dalla volontà dell'altra”, osserva correttamente BORTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, pag. 68.

¹¹⁷ GAZZONI, *ibidem*.

¹¹⁸ L'ordine pubblico interno (sull'ordine pubblico internazionale si veda, da ultimo, Cassazione civile, sezione I, 17 gennaio 2013, n. 1163, *Paradise Enterprise Ltd c. Franzì*, consultabile per esteso all'indirizzo <http://www.lexgiocchi.it/>) può definirsi come il complesso dei principi e dei valori che informano l'organizzazione politica di un società, in una certa fase della sua evoluzione storica e che debbono quindi considerarsi immanenti nell'ordinamento giuridico che vige per quella società in quella fase storica (cfr. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, Iudica e Zatti cur., Milano, 2001, pag. 163). Altra dottrina ha affermato che “l'ordine pubblico è costituito da quelle norme imperative, che salvaguardano i valori fondamentali sopra menzionati [“di difesa sia dei valori di natura collettiva, che attengono cioè alla pacifica civile convivenza tra uomini e al loro progresso economico e sociale, sia di irrinunciabili valori di natura individuale, relativi alla libertà, alla dignità, alla sicurezza dei singoli”] e che, tuttavia, non sono esplicitamente formulate dalla legge ma che si ricavano per implicito dal sistema legislativo: dai codici e dalle altre leggi ordinarie e, soprattutto, dalla Costituzione” (GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo cur., Milano, 2002, pag. 284). Cfr. anche FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, cit.

¹¹⁹ “Il buon costume è costituito da quelle norme imperative, anch'esse non esplicite, ma ricavabili per implicito dal sistema legislativo, che comportano una valutazione del comportamento dei singoli in termini di moralità o onestà” (GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit. pag. 285). La Suprema Corte ha precisato che “la nozione di buon costume non si identifica soltanto con le prestazioni contrarie alle regole della morale sessuale o della decenza, ma comprende anche quelle contrastanti con i principi e le esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico” (Cassazione civile, sezione III, 21 aprile 2010 n. 9441, Caporaso c. Mallardo, in *Giust. Civ.*, 2011, 1, pag. 185). Tale pronuncia pare confermare il processo di “riavvicinamento del buon costume all'ordine pubblico” rilevato da CARUSI, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, Rescigno-Gabrielli cur., Torino, 2006, I, pag. 621.

A quanto consta, l'argomento della contrarietà ai *bonos mores* è stato sollevato dinanzi alla Suprema Corte russa nel caso trattato nella prima parte del presente scritto.

¹²⁰ Ci si riferisce, in particolare, al beneficio di discutere la controversia nel luogo e/o attraverso il metodo valutato *ex ante* (ossia, in sede di negoziazione e conclusione del contratto) più opportuno e vantaggioso per ciascuna parte.

¹²¹ Invece proprio questa censura pare essere stata posta alla base della soluzione assunta dalla *Cour de Cassation* nel caso summenzionato. ANCEL e CUNIBERTI, cit. pag. 10 rilevano che “*la cour de cassation a sans doute voulu sanctionner un certain déséquilibre dans le mécanisme mis en place par la clause*” e, con giudizio condivisibile, affermano che “*mais ce déséquilibre ne paraît pas davantage suffisant pur en justifier la nullité*”.

¹²² Non si vuole ignorare che spesso, nella pratica, si assiste a situazioni di disparità del peso economico (e, quindi, negoziale) tra imprese. Il Legislatore è, infatti, espressamente intervenuto per riequilibrare normativamente determinate fattispecie a rischio. Si pensi, su tutti, alla disciplina della subfornitura dettata, tra l'altro, dal proposito di rimediare ai (presunti) abusi da parte delle imprese committenti a danno di quelle subfornitrici, attraverso il ricorso a “*strumenti di riequilibrio contrattuale da applicarsi in situazioni di relativa debolezza di un'impresa rispetto ad un'altra*” (LECCESE, *Commento all'art. 1*, in *La subfornitura*, Alpa e Clarizia cur., Milano, 1999, pagg. 8-9).

¹²³ Non si possono che condividere, quindi, le parole di Mann J nel caso *Law Debenture Trust Corporation plc c. Elektrim Finance BV and Others*, cit.: “*Nor is it correct to say that the provisions are somehow less than even handed in any relevant way. They give an additional advantage to one party, but so do many contractual provisions*”.

¹²⁴ La norma, infatti, individua un foro esclusivo e inderogabile “*a meno che la previsione di altri fori nel contratto sia stata oggetto di trattativa individuale*” (Cassazione civile, sezione VI, 17 maggio 2011, Zampella c. Soc. Allianz, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 5, pag. 757; cfr. anche Tribunale di Monza, 5 aprile 2011, in *Redazione Giuffrè* 2011). Quindi, la previsione normativa è più restrittiva rispetto all'art. 1341 c.c. quanto al novero dei fori disponibili (unicamente il domicilio elettivo e la residenza del consumatore) ma permette comunque una deroga in presenza di una trattativa individuale.

¹²⁵ Di tale esigenza paiono ben conscie le corti statunitensi: come rilevato supra, l'orientamento dei giudici americani contrario alla validità delle clausole unilaterali è sempre stato prevalente in relazione a contratti con consumatori e ai rapporti di lavoro (in quest'ultima fattispecie si ripropone un'iterazione negoziale tra parte forte e parte debole analoga ai rapporti di consumo).

¹²⁶ Si utilizza un'espressione dubitativa perché, come poc'anzi rilevato (nota 120), nella succinta motivazione francese, in cui si fa riferimento al carattere potestativo e alla contrarietà al Regolamento di Bruxelles I, il vero nodo della decisione francese sembrerebbe essere più il disequilibrio tra le prerogative conferite alle parti.

¹²⁷ Il quale è analogo al contenuto del *Code Civil* francese, belga e lussemburghese (art. 1170: “*La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher*” e art. 1174: “*Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*»). Così anche l'articolo 1115 del *Código Civil* spagnolo: “*Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del dendor, la obligación condicional será nula [...]*”.

¹²⁸ Ad analoga conclusione pervengono ANCEL e CUNIBERTI, cit. pag. 10 (“*il n'est pas sûr qu'on pourrait ici appliquer la notion de condition potestative*”), in quanto, secondo gli Autori, non sarebbe rinvenibile nel patto sulla competenza un rapporto obbligatorio tra un debitore e un creditore (“*en réalité aucune des deux parties n'est, sur le terrain de la compétence juridictionnelle, débitrice de l'autre*”).

¹²⁹ Cfr. GAZZONI, cit., pag. 863.

¹³⁰ In prospettiva comparativistica, come spunto per interrogarsi sulla possibilità di percorrere il medesimo ragionamento in altri sistemi giuridici, si segnala lo scritto di FAVALE, *La figura dell'opzione nei modelli europei*, in *Rivista trim. dir. e proc. civ.*, 2012, pag. 1187, ove l'Autore rileva l’“*assenza della figura nella maggior parte dei formanti legali europei*” nonché “*l'assenza di disciplina puntuale a livello internazionale ed europeo*”.

¹³¹ Cass. 19 ottobre 1960 n. 2837, cit.

¹³² Cassazione civile, sezione II, 21 maggio 2007 n. 11774, D'Andrea c. Bertoia, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 5; Cassazione, sezione III, 16 gennaio 2006 n. 728, Soc. Slap c. Soc. Generali assicur. e altro, in *Guida al diritto* 2006, 13, pag. 85, la quale riconduce la condizione meramente potestativa ad una “*effettiva negazione di ogni vincolo obbligatorio*”.

¹³³ “*E' irrilevante che gli interessi sottesi alla condizione rilevino su un piano patrimoniale ovvero rispondano a motivazioni di natura non patrimoniale*” (LENZI, *Commento all'art. 1355*, in *Commentario del codice civile*, Gabrielli dir., Torino, 2011, pag. 297).

¹³⁴ Cassazione civile, sezione II, 5 agosto 2011 n. 17059, Giuglioli c. Meliorbanca ed altro, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 7-8, 1153.

¹³⁵ Cass. SS. UU. 19 settembre 2005 n. 1005 n. 18450, in *Giur. it.* 2006, 6, pag. 1141.

¹³⁶ Si riferisce al limite dell'abuso del diritto anche MARCO DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *Asimetría, separabilidad, sinalagma*, cit. Sull'abuso del diritto si veda RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007 e RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

¹³⁷ Recentemente, la Suprema Corte ha opportunamente affermato che “*l'applicazione del principio [l'abuso del diritto] deve essere guidata da una particolare cautela*” (Cass. 21 gennaio 2011 n. 1372).

Si richiama il monito di Rodolfo Sacco: “*La dottrina dell'abuso non contiene contraddizioni né errori. Chi voglia potrà servirsene [...] ma la dottrina dell'abuso non è la messa in opera di una norma preterlegale; è piuttosto la creazione di una categoria ordinante non necessaria, di un concetto superfluo [...] essa è, in qualche caso, un medio logico inutile; negli altri casi un inutile doppione. L'inclusione di una categoria parassita non vale ad arricchire il sistema del giurista; lo rende più confuso*” (SACCO, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, 2012, pag. 31).

¹³⁸ Cassazione 18 settembre 2009 n. 20106, in *Foro it.* 2010, 1, pag. 85. Si trattava di una controversia tra un gruppo automobilistico e un certo numero di concessionari, tra cui intercorrevano dei contratti di distribuzione che, tra l'altro, prevedevano la facoltà del concedente di recedere dal contratto *ad nutum*.

¹³⁹ Principi che, viene precisato in motivazione, “*si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti*”.

¹⁴⁰ Per una severa ed analitica critica della sentenza si veda BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia provata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2011, II, pag. 295 e ss., ove l'Autore, tra l'altro, rileva (nota 2) che “*i primi commenti [sono stati] tutti più o meno marcatamente dissenzienti*”.

¹⁴¹ Cassazione 18 settembre 2009 n. 20106, cit.

¹⁴² Corte Appello Milano, 21 febbraio 2013, consultabile su *ilcaso.it*.

¹⁴³ In questo senso paiono orientati anche ANCEL-MARION-WYNAENDTS, *Reflections on one-sided jurisdiction clauses in international litigation*, cit., pag. 10: “*It is also certain that, when a jurisdiction clause has the effect of, in practice, barring one of the parties from accessing any court, that clause violates the right to a fair trial*”.

¹⁴⁴ Queste clausole, in ogni caso, sarebbero censurabili senza dover scomodare l'abuso del diritto, dal momento che soccorrerebbero più puntualmente altri istituti, quali il limite dell'ordine pubblico e la garanzia del diritto di difesa.