

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**LA CORTE DI APPELLO DI GENOVA**  
**SEZIONE PRIMA CIVILE**

composta dai Magistrati  
Dott. Maria Teresa Bonavia  
Dott. Cinzia Casanova  
Dott. Marcello Bruno  
ha pronunciato la seguente

Presidente  
Consigliere  
Consigliere rel.

**SENTENZA**

Nel procedimento di **opposizione a decreto di riconoscimento di lodo arbitrale straniero** iscritto al n. 685/2017 R.G.

**promosso da**

**F.R.**, rappresentato e assistito dall'Avv. M.T. e dall'Avv. E.B., entrambi del Foro di Milano, nonché dall'Avv. F.D. del Foro di Genova, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. D. in Genova, XXXXXXXXXXXXXXX XXX  
come da mandato in atti

**ATTORE**

**Contro**

**F. S.p.A.**, rappresentata e difesa dagli avvocati A.M., E.M. e A.F. del Foro di Milano, nonché dall'avv. L.R. del Foro di Genova ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Genova, Via XXXXXXXXXXXXXXX XXX  
come da mandato in atti

**CONVENUTA**

**CONCLUSIONI DELLE PARTI:**

**Per l'attore:**

*“Per i motivi esposti nel presente atto o comunque ritenuti dall'Ill.ma Corte d'Appello, rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione in Italia del lodo arbitrale in data 30 gennaio 2017, reso in Ginevra nel procedimento ICC n. 20705/EMT/GR tra F. S.p.A. e il Dott. F.R.;*

- 1. revocare il decreto n. 106/2017 emesso dal Presidente della Corte d'Appello di Genova in data 31 marzo 2017 nel procedimento R.G. 95/2017;*
- 2. condannare la convenuta opposta al pagamento delle spese processuali”.*

**Per la convenuta:**

*“Voglia l'Ill.ma Corte d'Appello adita, ogni diversa e contraria istanza, eccezione e deduzione rigettata:*

- a) dichiarare inammissibile e/o rigettare l'avversaria opposizione per i motivi di cui in atti;
- b) confermare il decreto di riconoscimento del lodo straniero reso dall'Ill.mo Presidente della Corte d'Appello di Genova in data 30-31 marzo 2017, n. 106, e pertanto dichiarare l'efficacia in Italia del lodo finale reso dal Tribunale Arbitrale in data 30 gennaio 2017 nel contesto dell'arbitrato CCI n.

20705/EMT/GR e la esecutività, già provvisoriamente concessa con ordinanza in data 24 gennaio 2018;

c) emettere ogni altra statuizione connessa e/o dipendente rispetto alle domande che precedono. In ogni caso, con vittoria di spese e compensi”.

### **RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE**

Con domanda di arbitrato in data 17 dicembre 2014, F. S.p.A. chiedeva alla Corte Internazionale di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale di procedere alla nomina di un collegio composto di tre arbitri ai sensi dell'art. 31 dello statuto sociale della stessa F., formulando le seguenti conclusioni:

1. accertare e dichiarare la responsabilità del proprio amministratore, dott. F.R., per le ragioni e i titoli descritti in narrativa;
2. condannare il dott. F.R. a versare a F. S.p.A. un importo pari a quanto F. S.p.A. dovesse versare, nel corso della procedura arbitrale, a M.Z. e P.G. in esecuzione degli accordi c.d. “Paracadute”, descritti in narrativa e recanti, rispettivamente, le date del 9 gennaio 2013 e del 4 marzo 2013, nonché al risarcimento di ogni ulteriore danno che F. S.p.A. dovesse subire in ragione di tali accordi;
3. in ogni caso, condannare il dott. F.R. a versare a F. S.p.A. un importo pari alla somma che F. S.p.A. dovesse versare a seguito di provvedimenti giudiziari di condanna o di accordi transattivi con cui si ponesse fine a procedimenti giudiziari, a Marzo Z. e P.G. in esecuzione degli accordi c.d. “Paracadute”;

Il R.F. si costituiva nel procedimento, formulando le seguenti conclusioni:

In via pregiudiziale:

1) rilevata la nullità o, comunque, l'inefficacia della clausola compromissoria contenuta nell'art. 31 dello statuto di F. S.p.A., dichiarare la propria carenza di giurisdizione a conoscere della controversia ad esso deferita in favore del giudice italiano;

in via subordinata, nell'ipotesi in cui il Tribunale Arbitrale ritenesse la propria giurisdizione:

2) respingere tutte le domande formulate da F. S.p.A. nei confronti del dott. F.R..

In via ulteriormente subordinata:

3) tenere conto della condotta serbata da F. S.p.A. ai sensi dell'art. 1227 c.c.”.

A sostegno delle proprie conclusioni il R. rilevava: la nullità della clausola compromissoria contenuta nell'art. 31 dello statuto di F. per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., con riferimento agli artt. 34, 35 e 36 del D.lgs. 5/2003; l'inammissibilità delle domande proposte da F. alle proprie conclusioni n. 2 e 3 in quanto domande meramente di futuro subordinate alla verifica di eventi futuri e incerti e per difetto d'interesse; l'infondatezza nel merito di ogni pretesa.

Il 12 marzo 2015 la Corte Internazionale di Arbitrato provvedeva a nominare il collegio arbitrale.

In data 4 maggio 2015 il Tribunale Arbitrale emetteva l'ordinanza processuale n. 1 tramite la quale erano adottati l'Atto di Missione, le Norme Procedurali e il Calendario del Procedimento.

L'Atto di Missione, debitamente sottoscritto dalle parti e dal Tribunale Arbitrale, prevedeva quanto segue: "ai sensi dell'art. 31.4 della Clausola compromissoria, la sede dell'arbitrato è a Ginevra, Svizzera; la presente procedura arbitrale è retta dagli Art. 176-194 (Capitolo 12) della Legge svizzera sul diritto internazionale privato ("LDIP"); riservate le norme imperative della LDIP, alla presente procedura si applicano inoltre:

(a) il Regolamento [del 2012];

(b) il presente Atto di missione ("AdM");

(c) le Norme Procedurali ("NPr") che verranno emanate dal Tribunale Arbitrale dopo aver consultato le Parti;

laddove il Regolamento (come pure le NPr e l'AdM) fosse silente, la procedura verrà di volta in volta determinata dalle norme procedurali che il Tribunale Arbitrale riterrà di emanare nell'esercizio del proprio potere discrezionale tramite ulteriori ordinanze procedurali e direttive, fatto salvo un eventuale accordo contrario delle Parti;

per accordo delle Parti, l'arbitrato si svolgerà in italiano".

L'Atto di Missione altresì ribadiva, in linea con la clausola compromissoria, l'applicabilità del diritto italiano, nella sua integralità, per decidere la controversia.

In data 8 settembre 2015 il Tribunale Arbitrale pronunciava lodo intermedio sulla competenza ritenendo l'esistenza della propria *potestas decidendi*.

Il procedimento proseguiva con la fase istruttoria e si concludeva poi con il lodo finale reso in data 30 gennaio 2017.

Il lodo finale non tornava sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale (già affrontata nel lodo intermedio) e, decidendo nel merito, adottava il seguente dispositivo:

"1. Il Convenuto, dott. F.R., ha violato i suoi doveri di amministratore dell'Attrice, F. S.p.A.:

a) sottoscrivendo a nome di F. gli accordi cc.dd. "Paracadute" con i sigg.ri M.Z. e P.G., formalmente recanti le date del 9 gennaio 2013 e 4 marzo 2013.

b) omettendo di assegnare ai sigg.ri M.Z. e P.G. degli obiettivi aziendali di risultato (MBO).

Le domande dell'Attrice volte a ottenere la condanna del Convenuto a un risarcimento in dipendenza delle violazioni di cui al punto 1. vengono, per il momento, respinte, in quanto inammissibili allo stato, ove non rigettate nel merito.

Le spese dell'arbitrato ammontano a USD 278.958,00, oltre che EUR 179.150,37 e sono poste a carico dell'Attrice in misura di un terzo e a carico del Convenuto in misura di due terzi. Tenuto conto degli anticipi versati ed operate le opportune compensazioni, il Convenuto è condannato a versare all'Attrice USD 132.180,00 e EUR 3.326,32".

Con ricorso in data 9 marzo 2017 F. chiedeva al Presidente della Corte d'Appello di Genova di emettere decreto di riconoscimento del lodo finale ai sensi dell'art. 839 c.p.c.

Con decreto in data 30 marzo 2017 il Presidente pronunciava il decreto di accoglimento n. 106/2017 con il quale dichiarava efficace in Italia il lodo finale, liquidando le spese della procedura a carico del dott. R..

Avverso tale decreto F.R. proponeva opposizione.

Con il primo motivo di opposizione deduceva violazione degli artt. 840, comma 3, n. 1, c.p.c. e V.1.A Convenzione di New York in quanto la convenzione arbitrale non era valida secondo la legge alla quale le parti l'avevano sottoposta o, in mancanza di indicazione a tale proposito, secondo la legge dello stato in cui il lodo era stato pronunciato.

Osservava che l'art. 840, comma 3, n. 1, riproduttivo dell'art.V.1.A della Convenzione di New York, prevede che "il riconoscimento o l'esecuzione del lodo sono rifiutati dalla corte d'appello se nel giudizio di opposizione la parte contro la quale il lodo è invocato prova l'esistenza di una delle seguenti circostanze: (1) [...] la convenzione arbitrale non è valida secondo la legge alla quale le parti l'hanno sottoposta o, in mancanza di indicazione a tale proposito, secondo la legge dello stato in cui il lodo è stato pronunciato".

La legge alla quale le parti avevano sottoposto la clausola compromissoria era la legge italiana che, secondo l'art. 31 dello statuto di F., era applicabile ed era stata applicata dal Tribunale Arbitrale.

Secondo l'opponente la clausola compromissoria di cui si tratta era nulla per un duplice ordine di ragioni: (i) per violazione di norme imperative, essendo in contrasto con la *lex specialis* dettata per le clausole compromissorie contenute negli statuti di società aventi sede in Italia (art. 34-36 D.lgs. 5/2003);

(ii) per frode alla legge ai sensi degli artt. 1343-1345 c.c.

Sotto il primo profilo, osservava che la legge italiana consentiva l'introduzione di una clausola compromissoria nello statuto e il deferimento in arbitrato di liti societarie purché, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice:

(i) il contenuto della clausola compromissoria non fosse diverso da quello inderogabilmente previsto dall'art. 34 del D.lgs. 5/2003 e, in particolare, prevedesse la nomina degli arbitri da parte di un soggetto estraneo alla società;

(ii) la clausola compromissoria facesse sì che vi fosse un procedimento arbitrale che avesse le caratteristiche inderogabilmente previste dall'art. 35 del D.lgs. 5/2003 e, in particolare, consentisse obbligatoriamente gli interventi dei terzi e dei soci nelle forme e nei termini indicati;

(iii) la clausola compromissoria facesse sì che il processo decisionale degli arbitri, il lodo e le impugnazioni del medesimo non avessero caratteristiche differenti da quelle indicate inderogabilmente dagli artt. 35 e 36 del D.lgs. 5/2003.

Le norme contenute negli artt. 34, 35 e 36 del D.lgs. 5/2003 erano imperative e la relativa violazione comportava appunto la nullità del patto in violazione dell'art. 1418, comma 1, c.c.

L'art. 31 dello statuto di F. prevedeva che la sede dell'arbitrato fosse in Svizzera, nella città di Ginevra, e che la legge applicabile fosse quella italiana.

Senonché, secondo l'opponente la previsione della sede in Svizzera determinava la violazione delle norme italiane sopra richiamate e la conseguente invalidità della clausola compromissoria.

Essendo la sede dell'arbitrato in Svizzera, il lodo straniero eventualmente reso non sarebbe stato impugnabile davanti alla competente Corte d'appello italiana per i motivi indicati all'art. 829, comma 1, c.p.c., inderogabilmente previsti dall'art. 35, comma 2, del D.lgs. 5/2003.

Infatti, la clausola compromissoria prevedeva che "il lodo non sarà impugnabile se non nei casi inderogabilmente previsti dalla legge" (art. 32.5 dello statuto di F.) mentre, al fine di stabilire quali fossero gli eventuali mezzi d'impugnazione, si doveva fare riferimento alla legge processuale dell'ordinamento della sede dell'arbitrato che, nel caso di specie, era quello svizzero.

Ebbene, l'art. 192, comma 1, della LDIP, diversamente dal diritto italiano (art. 829, comma 1, c.p.c.), consentiva la rinuncia preventiva e totale all'impugnazione del lodo: "qualora non abbiano il domicilio, la dimora abituale o una stabile organizzazione in Svizzera, le parti possono, con dichiarazione espressa nel patto di arbitrato o in un successivo accordo scritto, escludere completamente l'impugnabilità delle decisioni arbitrali; possono anche escludere soltanto alcune delle impugnative previste dall'art. 190, capoverso 2".

Ed era proprio la volontà di escludere l'impugnazione del lodo e possibili interventi di terzi l'evidente ragione che aveva indotto i soci di F. – società italiana, con sede legale e centro gestionale in Italia e nessun rapporto con la Svizzera – a porre la sede dell'arbitrato a Ginevra.

Ma ciò non era consentito dalle previsioni inderogabili in materia di convenzione arbitrale statutaria applicabili alle società italiane alla stregua degli artt. 35 e 36 del D.lgs. 5/2003, né tale disciplina poteva essere elusa ponendo la sede all'estero (sotto pena di nullità della clausola).

Il Tribunale Arbitrale, pur dando correttamente atto di non porsi problemi di riconoscibilità del lodo in Italia, aveva distinto tra norme sostanziali e norme processuali, le prime da osservare (dovendo gli arbitri applicare il diritto italiano) mentre le seconde non troverebbero applicazione avendo il procedimento sede in Svizzera e applicandosi quindi il diritto svizzero in materia di arbitrato.

In particolare, il Tribunale Arbitrale aveva riconosciuto la natura di norma sostanziale all'art. 34 del D.lgs. 5/2003 nella parte in cui prevede l'eteronominanza dell'organo arbitrale e dell'art. 35 nella parte in cui prevede l'obbligo di deposito della domanda di arbitrato presso il Registro delle Imprese. Le altre norme e, in particolare, gli artt. 35-36, avrebbero invece natura processuale e, per tale ragione, erano state ritenute irrilevanti dagli arbitri per effetto della sede svizzera dell'arbitrato.

Ma contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale Arbitrale tale apparato normativo non aveva natura di mera legge processuale (come tale applicabile solo agli arbitrati "italiani"), ma aveva rilievo sostanziale perché disciplinava il contenuto necessario della clausola compromissoria statutaria di una società con sede in Italia; nel senso che tale clausola doveva essere negoziabilmente redatta in modo tale da far sì che si applicassero in concreto tutti i requisiti (anche quelli procedurali) previsti dalla legge.

Gli artt. 34-36 del D.lgs. 5/2003, tuttavia, rappresentavano *lex specialis* (la legge societaria: cfr. art. 25 della Legge 218/1995) che impediva il ricorso all'arbitrato estero per le società italiane.

In conclusione, la nullità del patto arbitrale di cui all'art. 31 dello statuto di F. alla stregua della legge che lo regolava risultava evidente ed ostava al riconoscimento del lodo finale in Italia ai sensi dell'art. 840, comma 3, n. 1 c.p.c. e dell'omologa disposizione (art. V.1.A) della Convenzione di New York.

Anche non volendo considerare ciò, la clausola compromissoria sarebbe incorsa comunque in nullità in quanto frutto di una elusione della normativa inderogabile applicabile alle società italiane.

Si trattava di un caso di illiceità della causa per frode alla legge che invalidava l'atto ai sensi degli artt. 1343 e 1344 c.c., contenenti principi generali che trovano cittadinanza in tutti gli ordinamenti, inclusa la Svizzera, cosicché anche ai sensi del diritto svizzero (tuttavia inapplicabile) la clausola sarebbe stata nulla.

Con il secondo motivo, F.R. deduceva violazione degli artt. 840, comma 5, n. 2 c.p.c. e V.2.B della Convenzione di New York per contrarietà all'ordine pubblico.

Anche non volendo aderire alla tesi per cui la clausola arbitrale statutaria in discussione era nulla per diretta contrarietà alle norme imperative della *lex societatis* (gli artt. 34-36 del D.lgs. 5/2003 direttamente o per il tramite degli artt. 1343-1344 c.c.), tale clausola si sarebbe risolta comunque in un congegno volto ad eludere una norma imperativa del foro.

Allo scopo di sottrarsi a tale disciplina, le parti avevano fatto ricorso alla seguente disciplina: inserire in statuto una clausola per arbitrato estero ponendo la sede in un ordinamento in cui non erano ammessi l'impugnazione del lodo né, salvo consenso delle parti e degli arbitri, gli interventi.

Tale ordinamento era proprio la Svizzera, dove (i) ai sensi del già citato art. 192, comma 1, LDIP, allorché le parti fossero entrambe straniere, era ammessa la rinuncia preventiva all'impugnazione del lodo e (ii) ai sensi degli artt. 353 LDIP e 376 c.p.c. svizzero gli interventi di terzi in arbitrato non erano ammessi, salva l'esistenza di un patto arbitrale tra le parti del procedimento e il terzo e il consenso del tribunale arbitrale.

Con particolare riferimento al regime impugnatorio, non era un caso che l'art. 31 dello statuto stabilisse che "Il lodo non sarà impugnabile se non nei casi inderogabilmente previsti dalla legge". Ben sapevano i redattori che, ponendo la sede dell'arbitrato a Ginevra, il lodo sarebbe in realtà stato inoppugnabile sicché la salvezza nell'art. 31 dello statuto dei casi d'impugnazione "inderogabilmente previsti dalla legge" appariva inutile.

La finalità elusiva risultava ancora più lampante se si teneva conto che non vi era alcun rapporto di F. o dei suoi soci con la Svizzera, ordinamento eletto quindi esclusivamente per poter disporre di un arbitrato non ammesso dalla legge che regolava le società italiane.

In conclusione, l'escamotage adottato dai soci di F. era in contrasto con l'ordine pubblico per consapevole elusione di una disciplina inderogabile del foro.

Il lodo che aveva concluso il procedimento non era riconoscibile né eseguibile in Italia: "Il riconoscimento e l'esecuzione d'una sentenza arbitrale potranno essere negati, se l'autorità competente del paese dove sono domandati, riscontra che: (B) il riconoscimento o l'esecuzione della sentenza sia contrario all'ordine pubblico" (art. V.2.B della Convenzione di New York).

Con il terzo motivo deduceva, ai sensi degli artt. 840, comma 3, n. 1 o n. 3, c.p.c. nonché V.1.A o V.1.C Convenzione di New York, inesistenza (sopravvenuta) di convenzione arbitrale.

Ulteriore causa di assenza di giurisdizione arbitrale nonché di irricevibilità del lodo era rappresentata dalla intervenuta rinuncia da parte di F., in corso di procedimento, alla clausola compromissoria.

Con la propria seconda memoria in data 28 maggio 2015, autorizzato dal Tribunale Arbitrale con ordinanza processuale n. 2 del 4 maggio 2015, l'opponente aveva prodotto il documento C-18, oggi in atti come doc. 7.

Si trattava della "memoria di costituzione" depositata da F. nella Cancelleria del Tribunale di Bergamo, Sezione Lavoro, in data 15 maggio 2015 nel procedimento lavoristico tra F. e M.Z. (R.G. n. 109/2015).

Con tale atto F. aveva chiesto di chiamare in causa il terzo F.R. deducendo che: "Nella parte in fatto che precede si è ampiamente dato conto del ruolo attivo e doloso avuto dall'allora Amministratore Delegato, F.R., nella ideazione, redazione e sottoscrizione del patto di stabilità (cfr doc. 6) firmato in favore tanto di Z. quanto di G.; di conseguenza, sebbene R. fosse ben consapevole di non averne i poteri, giusta quanto deliberato dal Cda nella seduta del 1.8.2012 (doc. 7 e 8) e nella successiva seduta del 12.1.2013, in cui il Cda veniva conferito al medesimo mandato di assumere Z. pattuendo uno stipendio annuo lordo di 160.000 più Mbo e benefits come da policy, ha ugualmente sottoscritto il predetto patto. In considerazione di quanto sopra, tenuto conto che unico autore del patto è F.R., il quale lo ha sottoscritto senza averne i poteri e senza la preventiva o successiva autorizzazione del Cda, F. S.p.A. chiede di essere autorizzata a chiamare in giudizio F.R., [...], affinché, nella denegata ipotesi in cui venga accertata la validità ed efficacia del patto di stabilità e conseguentemente venga accolta la domanda di controparte di corresponsione a Z. della somma di €968.449,65 a titolo di corrispettivo del patto di stabilità, venga condannato direttamente il R. a corrispondere a Z. il suddetto importo, ovvero venga condannato F.R. a restituire a F. spa la suindicata somma ove la società dovesse esser condannata al pagamento" (doc. 7 impugnante).

Sulla base di tali allegazioni, F. ha rassegnato le seguenti conclusioni: "[...] – In ulteriore subordinazione ove venisse accertata la illegittimità del licenziamento e la legittimità ed efficacia del patto di stabilità, ridurre le somme richieste a titolo di preavviso e indennità supplementare in forza delle ragioni esposte nella presente memoria tenendo conto della minore retribuzione globale lorda indicata in memoria e condannare il Sig. F.R. a corrispondere direttamente a Z. l'importo da questi richiesto a titolo di penale in forza del patto di stabilità, ovvero condannare F.R. a corrispondere a F. le somme che la stessa dovesse esser condannata a pagare a Z. a titolo di corrispettivo del patto di stabilità".

Si trattava di domande risarcitorie identiche, per titolo e per *petitum*, a quelle svolte da F. contro R. nel procedimento arbitrale (riguardanti il dipendente Z.) e in relazione alle quali il convenuto aveva eccepito la carenza di giurisdizione degli arbitri.

Ad avviso del R. tale comportamento era idoneo a determinare la cessazione degli effetti della convenzione arbitrale con riferimento alla controversia decisa con il lodo finale in quanto la parte che ha adito il giudice ordinario per la tutela dei diritti nascenti da un contratto, nonostante la presenza di una clausola di arbitrato estero, implicitamente rinuncia alla facoltà di avvalersi della predetta clausola.

A nulla valeva la successiva rinuncia di F. alle domande svolte in Italia avvenuta alla prima udienza nel processo F./Z. tenutasi davanti al Tribunale di Bergamo in data 26 maggio 2015.

Doveva ritenersi che se la parte sceglie di rivolgersi al giudice per sentir decidere il merito di una controversia che sarebbe stata di competenza degli arbitri, compie un'irrevocabile scelta nel senso di escludere definitivamente l'arbitrato.

Inoltre, F., nel giudizio lavoristico pendente tra la stessa e il dott. R. davanti al Tribunale di Bergamo (successivamente riassunto innanzi al Tribunale di Bologna), non aveva eccepito, nella memoria di costituzione depositata in data 26 febbraio 2015, il difetto di giurisdizione del giudice italiano in forza della clausola compromissoria contenuta nello statuto.

R. F. instava quindi per l'accoglimento delle conclusioni di cui all'epigrafe.

Si costituiva F. S.p.A. opponendosi alle avversarie domande e chiedendone il rigetto.

Erano precisate le conclusioni come in epigrafe trascritte e, decorsi i termini di cui agli artt. 190 e 352 c.p.c., la causa era decisa in camera di consiglio.

1. Quanto al primo motivo di opposizione la Corte osserva quanto segue.

La clausola compromissoria contenuta nell'art. 31 dello statuto di F. S.p.A. fissa la sede dell'arbitrato a Ginevra (cfr. doc. 2 F. S.p.A.), determinando così la nazionalità dell'arbitrato ed individuando la *lex arbitri*, ossia la legge processuale che, ai sensi degli artt. 816 e 810, comma 3, cod. proc. civ., è quella svizzera.

Ciò è del resto confermato dalla stessa legge processuale svizzera: l'art. 176, comma 1, della LDIP (cfr. doc. 7 F.) prevede che “Le disposizioni del presente capitolo si applicano ai tribunali arbitrali con sede in Svizzera sempreché, al momento della stipulazione del patto di arbitrato, almeno una parte non fosse domiciliata né dimorasse abitualmente in Svizzera” (questa norma trova applicazione in forza dell'Atto di Missione accettato dalle parti in sede di apertura della procedura arbitrale – cfr. doc. 9, parr. 27 e 28 prodotto da F. S.p.A.).

La clausola compromissoria dispone poi, all'art. 31.3, che gli arbitri devono applicare le “disposizioni di cui al codice civile”, con ciò prevedendo che la legge sostanziale in base alla quale gli arbitri sono chiamati a decidere il merito della controversia sia quella italiana.

Pertanto, la legge processuale applicabile è quella svizzera e la legge sostanziale applicabile è quella italiana.

Ora, è pacifico che la convenzione di arbitrato integri un negozio, con la conseguenza che la sua validità va valutata rispetto alla legge sostanziale, e non a quella processuale.

Per individuare detta legge sostanziale, l'art. 178, comma 2, LDIP (ossia la *lex arbitri*) prevede che: “il patto di arbitrato è materialmente valido se conforme al diritto scelto dalle parti, al diritto applicabile all'oggetto litigioso, segnatamente a quello applicabile al contratto principale, o al diritto svizzero”. Quindi la validità della clausola compromissoria va valutata in base a uno qualsiasi degli ordinamenti richiamati dalla citata norma. Orbene, la clausola compromissoria è innanzitutto valida secondo il diritto sostanziale italiano (il “diritto applicabile all'oggetto litigioso”); R., invece, pretenderebbe di applicare alla convenzione di arbitrato il diritto processuale italiano, ricavandone conseguentemente la nullità.

R., infatti, confonde le norme sostanziali italiane dettate per la validità della clausola statutaria arbitrale (rilevanti per giudicare la validità della clausola compromissoria) con quelle processuali

italiane in materia di procedimento arbitrale societario domestico (irrilevanti, posto che, come si è detto, il giudizio arbitrale all'esito del quale è stato reso il lodo finale è retto dalla legge processuale svizzera). R. infatti afferma che gli artt. 34 ss. d.lgs. 5/2003 disciplinano "l'unico possibile tipo di clausola compromissoria che può essere inserito nello statuto di una società italiana e l'unico procedimento arbitrale societario ammissibile secondo la legge italiana in detti casi".

A quanto già rilevato circa la nazionalità svizzera dell'arbitrato che impone l'applicazione delle norme processuali svizzere in materia di arbitrato si aggiunga che, in ogni caso, le norme italiane processuali hanno efficacia territorialmente limitata all'ordinamento italiano, come previsto dall'art. 12 della l. 31 maggio 1995, n. 218.

Anche l'argomento letterale fornisce un indice sicuro (la rubrica dell'art. 34 è "Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie" mentre quella degli artt. 35 e 36 è, rispettivamente, "Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale" e "Decisione secondo diritto").

Il legislatore commina la nullità della convenzione di arbitrato solo nel caso di clausola compromissoria che non devolva la nomina degli arbitri a un soggetto esterno alla società (cfr. art. 34, comma 2, d.lgs. 5/2003), mentre nessuna ipotesi di nullità è prevista negli artt. 35 e 36 d.lgs. 5/2003.

In ogni caso, l'art. 35. d.lgs. 5/2003 non prescrive il contenuto della clausola arbitrale, ma reca la "disciplina inderogabile del procedimento arbitrale" societario italiano: l'art. 35 non si applica pertanto a questo procedimento arbitrale, che è retto dalla legge processuale svizzera.

Del pari, l'art. 36 d.lgs. 5/2003, là dove disciplina l'impugnazione del lodo, non detta un contenuto inderogabile in materia di convenzione arbitrale societaria, bensì regola le impugnazioni dei lodi interni emessi in esito a procedimenti arbitrali aventi la sede in Italia ai sensi dell'art. 816 cod. proc. civ. In altri termini l'art. 36 d.lgs. 5/2003 non prescrive il contenuto della clausola ma la disciplina delle impugnazioni.

Da quanto sin qui detto emerge la validità della clausola compromissoria secondo il diritto italiano, il che è dirimente.

1.2. Ciò posto, fermo quanto detto sopra in merito alla natura processuale degli artt. 35 e 36 d.lgs. 5/2003, e alla loro conseguente irrilevanza ai fini della valutazione della validità della clausola compromissoria, l'opponente afferma che gli artt. 35 e 36 d.lgs. 5/2003 contemplano garanzie processuali che sarebbero invece assenti nell'arbitrato internazionale svizzero, assenza che costituirebbe la ragione della fissazione della sede dell'arbitrato in Svizzera, nonché dimostrazione dell'intento elusivo dei soci di F..

La tesi non è fondata.

Infatti, la disciplina dell'arbitrato riserva alle parti garanzie processuali equivalenti in Italia ed in Svizzera.

Così, nessun rilievo ha il richiamo del R. alla disciplina dell'intervento, contenuta nell'art. 35, comma 2, d.lgs. 5/2003.

Nel caso di specie, il Tribunale Arbitrale ha deciso su un'azione sociale di responsabilità: siamo dunque al di fuori del perimetro di azioni cui il legislatore pensava allorché ha disciplinato l'intervento in arbitrato.

Infatti, la struttura dell'arbitrato societario è stata modellata soprattutto per dare efficienza ai procedimenti in cui tipicamente vi è una pluralità di parti, ossia le impugnative di delibere assembleari (in cui i soci, onde essere legittimati all'azione, devono raggiungere, anche cumulativamente, una determinata percentuale del capitale sociale: cfr. art. 2377 cod. civ.).

Non si vede, invece, quale intervento il socio debba dispiegare nell'azione sociale di responsabilità, posto che egli rimane estraneo alla domanda risarcitoria, proposta dall'ente a beneficio proprio e, di riflesso, di tutti i soci.

Venendo poi al richiamo della disciplina dell'impugnazione di cui agli artt. 35, comma 3, e 36 d.lgs. 5/2003, R. F. sostiene che i soci di F. avrebbero fissato la sede dell'arbitrato in Svizzera, Stato con cui non avrebbero alcun legame, nel deliberato intento di eludere la legge italiana ed escludere ogni possibilità di impugnare il lodo.

L'art. 192 LDIP richiede, ai fini di una valida rinuncia alla impugnabilità del lodo, una "dichiarazione espressa" delle parti.

Orbene, la clausola compromissoria non contiene alcuna rinuncia preventiva, né implicita né espressa, all'impugnazione del lodo, ma anzi dispone, all'art. 31.5, che il lodo sarà impugnabile "nei casi inderogabilmente previsti dalla legge": il lodo reso dal Tribunale Arbitrale sarà dunque censurabile in base a tutti i motivi di cui all'art. 190 LDIP, risultando così smentite le doglianze di R..

1.3. Quanto sin qui rilevato è sufficiente altresì per smentire l'osservazione dell'opponente secondo cui aver posto la sede dell'arbitrato in Svizzera comporterebbe una "clamorosa elusione studiata 'a tavolino' dai soci di F. della normativa inderogabile applicabile alle società italiane", che determinerebbe la frode alla legge.

Nel caso di specie non vi è stato alcun tentativo di aggirare un divieto, posto che, da quanto sopra illustrato, discende che alcun divieto nel caso di specie è possibile rinvenire.

Si è, infatti, già detto che l'arbitrato estero non è escluso dalle previsioni in materia di arbitrato societario, e che, in ogni caso, le garanzie qualificate da R. come inderogabili (come ad esempio quelle in tema di impugnazioni) non sono state disattese, giacché le determinazioni del Tribunale Arbitrale sono in ogni caso impugnabili secondo i rimedi di cui all'art. 190 LDIP.

2. Quanto al secondo motivo, la Corte osserva che l'ordine pubblico che rileva è il c.d. ordine pubblico interno internazionale, ossia quello dello Stato richiesto sulla base di quanto previsto dalla Convenzione di New York, ma riguardante anche i principi fondamentali sovranazionali che presiedono al nostro ordinamento in un dato momento storico; in altre parole, il concetto di ordine pubblico si identifica con l'insieme delle regole e dei valori che l'ordinamento italiano non può vedere disconosciuti neanche nei rapporti transnazionali.

Nel valutare se una simile violazione ricorra va considerata la lettera dell'art. 840 cod. proc. civ., il quale prevede che il riconoscimento è rifiutato qualora "il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico". La giurisprudenza ha tradizionalmente ritenuto che il rispetto dell'ordine pubblico debba essere valutato con riguardo alla sola parte dispositiva del lodo (cfr. Cass. 8 aprile 2004, n. 6974). Non sarebbe infatti ammissibile alcuna valutazione in punto di motivazione, pena il rischio di un riesame del merito della questione sottoposta agli arbitri.

Da quanto sopra discende che l'ordine pubblico evocato nella norma è quello sostanziale e non processuale, essendo i principi processuali irrinunciabili dell'ordinamento italiano già declinati negli altri motivi di opposizione al riconoscimento dei lodi stranieri.

Nessuna violazione dell'ordine pubblico sostanziale è stata lamentata nel caso di specie.

Le determinazioni del Tribunale Arbitrale non sono comunque in contrasto nemmeno con l'ordine pubblico processuale, che si configura in caso di lesione dei principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e resistere in giudizio (quali violazioni gravissime del principio del contraddittorio e dell'imparzialità degli arbitri). La particolare restrittività con cui va inteso il concetto di ordine pubblico processuale è stata recentemente ribadita dalle Sezioni Unite, secondo cui "la tutela del diritto fondamentale ad un equo processo, più volte enunciata, non è stata intesa come prerogativa assoluta, cioè intransigente ricerca di qualsivoglia violazione in relazione alle movenze processuali di ogni singolo Stato, ma come mezzo per impedire, tramite l'esecuzione di sentenze, soltanto lesioni manifeste e smisurate del diritto alle parti al contraddittorio e alla difesa" (cfr. Cass., S.U., n. 16601 del 7 febbraio 2017).

Risulta quindi fuori luogo la contestazione di R. che vorrebbe trarre dalla inapplicabilità delle norme (processuali) sull'arbitrato societario italiano al caso di specie una violazione dell'ordine pubblico idonea a impedire il riconoscimento del lodo finale, posto che, come si è visto in precedenza, lo svolgimento dell'arbitrato in esito al quale è stato pronunciato il lodo non ha violato le garanzie che l'ordinamento italiano considera di fondamentale applicazione (non vi sono contestazioni sul contraddittorio, che è stato pienamente rispettato; così come è fuori discussione l'imparzialità del Tribunale Arbitrale).

Del medesimo avviso è il Tribunale Arbitrale, che, nel lodo intermedio, afferma che: "le disposizioni procedurali degli artt. artt. 35 e 36 D.Lgs. n. 5/2003 ancorché inderogabili se l'arbitrato ha sede in Italia, non sono poste a tutela di principi di ordine pubblico internazionale, e quindi, gli arbitrati nascenti da una clausola arbitrale statutaria, valida e conforme nella sostanza ai sensi dell'art. 34 D.lgs. n. 5/2003, oltre che valida per la *lex arbitri*, possono avere sede fuori dall'Italia ed essere svolti secondo le regole procedurali di uno Stato diverso" (cfr. doc. 5, par. 127, F.).

Le garanzie processuali di cui R. denuncia la violazione risultano in ogni caso rispettate, sicché il lodo finale nella sua parte dispositiva non presenta alcuna statuizione che, una volta eseguita, potrebbe porsi in contrasto con l'ordine pubblico.

3. Quanto al terzo motivo di opposizione, la Corte rileva che è infondato, come già detto nell'ordinanza del 17 gennaio 2019 con cui è stata concessa la provvisoria esecutività al decreto di riconoscimento del lodo finale: "non appare ravvisabile l'ecceppita inesistenza sopravvenuta della convenzione arbitrale per implicita rinuncia alla stessa da parte di F. S.p.A., conseguente alla proposizione, da parte di quest'ultima, innanzi al Giudice ordinario, delle medesime domande formulate in sede di arbitrato", poiché "all'atto della proposizione di tali domande il procedimento arbitrale era già pendente".

Anzitutto, F. non ha proposto innanzi al Tribunale di Bergamo alcuna domanda nei confronti del R., ma ha solo chiesto di essere autorizzata a chiamarlo in giudizio (cfr. doc. 10 F. e doc. 7 R.). Non vi è dunque mai stata alcuna domanda di F. nei confronti del R., perché nessun atto di citazione è stato notificato a quest'ultimo.

In secondo luogo, anche se di vera e propria domanda si fosse trattato, da essa non si sarebbe potuta ricavare alcuna rinuncia alla clausola compromissoria. E ciò non solo perché la chiamata in causa

svolta da F. avrebbe instaurato un contraddittorio diretto tra il dott. Z. e il dott. R., ma anche perché in data 15 maggio 2015 questo giudizio arbitrale già era pendente: la domanda davanti al Tribunale di Bergamo è stata dunque proposta in pendenza di arbitrato.

Ora, l'inefficacia della convenzione di arbitrato per rinuncia è configurata dalla giurisprudenza con riferimento ad ipotesi in cui il giudizio ordinario sia stato promosso prima della domanda di arbitrato e non, come nel caso di specie, viceversa.

Ciò emerge dalla pronuncia della Cassazione n. 22236/2009: la domanda davanti al giudice togato, si legge, implica una "rinuncia alla facoltà di avvalersi della clausola". È chiaro dunque che secondo le Sezioni Unite può rinunciare alla facoltà di avvalersi della clausola solo chi ancora non abbia proposto la domanda di arbitrato.

L'azione davanti al giudice promossa prima della domanda di arbitrato può quindi costituire, per la giurisprudenza, un fatto concludente dal quale desumere una implicita rinuncia ad avvalersi degli effetti processuali della convenzione di arbitrato, vale a dire a proporre in futuro una domanda di arbitrato, ma ciò prima che l'arbitrato sia pendente.

Una volta proposta la domanda di arbitrato, non vi è invece più spazio per la rinuncia al patto compromissorio. L'arbitrato potrà al più estinguersi per una rinuncia agli atti formulata innanzi agli arbitri, ma si tratterà di applicare i pertinenti istituti processuali e non quelli propri del diritto sostanziale.

E F. non ha rinunciato agli atti dell'arbitrato.

Inoltre, F. ha preferito rinunciare a chiamare in causa il R. all'udienza del 26 maggio 2015 (cfr. doc. 11 F.).

In rapporto a ciò, appare priva di pregio la contestazione per cui la rinuncia non avrebbe effetto non essendoci alcuno spazio per il riconoscimento di un "diritto unilaterale di pentimento".

Anzitutto la rinuncia agli atti del giudizio è sempre possibile ex art. 306 cod. proc. civ. e, ai fini dell'estinzione, è subordinata all'accettazione della controparte solo se essa è costituita.

Orbene, nel caso in esame il R. non solo non era costituito, ma neppure era parte, giacché la domanda, non essendo ancora stata autorizzata, non gli era stata notificata. Dunque, F. poteva rinunciare all'istanza.

F.R. cerca poi di trarre un qualche indice di rinuncia alla clausola compromissoria dalla circostanza per cui F., nel giudizio lavoristico pendente tra la stessa ed esso R. davanti al Tribunale di Bergamo (successivamente riassunto innanzi al Tribunale di Bologna), non ha eccepito, nella memoria di costituzione depositata in data 26 febbraio 2015 (cfr. doc. 12 ferretti e doc. 14 R.), il difetto di giurisdizione del giudice italiano in forza della clausola compromissoria contenuta nello statuto (cfr. opposizione, pag. 31).

La doglianza è priva di fondamento.

Anche a prescindere dal fatto che l'opponente non ha mai sollevato la questione in sede arbitrale, nulla osta a che la medesima questione sia contemporaneamente pendente innanzi ad un collegio arbitrale adito in precedenza e a un giudice ordinario.

Peraltro, nella comparsa di costituzione e risposta del 9 ottobre 2017, depositata da F. a seguito della riassunzione del giudizio in discorso innanzi al Tribunale di Bologna, la società ha sollevato l'eccezione di compromesso (cfr. doc. 17 F.). Ciò dimostra l'assenza di qualsiasi volontà di F. di rinunciare all'arbitrato.

Infine, l'art. 840, comma 3, n.1, cod. proc. civ. indica, quale possibile causa ostativa al riconoscimento del lodo, la "invalidità" della clausola compromissoria, mentre la rinuncia implicita alla clausola arbitrale è pacifico che ne comporti una mera inefficacia (Cass., 7 luglio 2014, n. 15452, la quale afferma che "Il carattere non vincolante, nella fase sommaria, della proposizione della domanda di risoluzione, comporta che, quando la stessa sia stata espressamente avanzata, la parte abbia in tal modo manifestato la propria intenzione di non volersi avvalere della clausola compromissoria, con conseguente inefficacia della medesima").

Ora, l'invalidità è un vizio diverso dalla mera inefficacia, sostanziandosi il primo in un difetto che inficia l'accordo ab origine nel suo insieme, mentre il secondo in un vizio che, anzi, ne suppone la validità.

E infatti, anche in materia di convenzione di arbitrato, invalidità e inefficacia sono vizi distinti: basta guardare, per esempio, all'art. 817, comma 2, secondo periodo, cod. proc. civ., in cui "invalidità e inefficacia" sono espressamente menzionate come possibili vizi tra loro alternativi.

Orbene, l'invalidità di cui al n. 1 dell'art. 840 cod. proc. civ. che rileva ai fini ostativi del riconoscimento, secondo la dottrina "va riferit[a] esclusivamente alle cause di invalidità cd. sostanziale dell'accordo arbitrale relative al consenso delle parti", ovvero riferita al fatto che le parti non abbiano consapevolmente e validamente optato per la soluzione della controversia davanti agli arbitri (anziché davanti al giudice togato); ed è fuor di dubbio che nessun vizio attinente all'accordo delle parti sussista nel caso di specie.

È evidente, dunque, che, ove mai si dovesse ravvisare nel comportamento di F. una rinuncia implicita alla clausola compromissoria, quest'ultima sarebbe diventata al più inefficace e non invalida, sicché al lodo finale non potrebbe essere negato il riconoscimento.

Anche il terzo motivo di opposizione è da ritenersi infondato. L'opposizione va quindi respinta.

4. Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza.

Esse vengono liquidate secondo quanto stabilito dagli artt. 4 e ss. d.m. 10.3.2014 n. 55 e dalle tabelle allegate al medesimo d.m., assunto come scaglione di valore quello da euro 52.001 a euro 260.000.

Unico grado:

fase di studio	€	2.835,00
fase introduttiva	€	1.820,00
fase decisoria	€	4.860,00
TOTALE	€	9.515,00.

Pur venendo respinta l'impugnazione, non si applica il raddoppio del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, d.p.r. 115 del 2002, in quanto l'impugnazione avverso il decreto emesso dal Presidente della Corte d'Appello che attribuisce efficacia nell'ordinamento italiano al lodo arbitrale straniero non è riconducibile ad un'impugnazione processuale, trattandosi di procedimento in unico grado di merito.

**P.Q.M.**

**LA CORTE DI APPELLO**

Definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza eccezione e deduzione disattesa, respinge l'opposizione proposta da R. F. avverso il decreto n. 106/2017 emesso dal Presidente della Corte d'Appello di Genova in data 31 marzo 2017 nel procedimento R.G. 95/2017;

condanna l'opponente alla rifusione, in favore della convenuta F. S.p.A., delle spese del presente giudizio di opposizione che liquida in euro 9.515,00 per compensi, oltre spese generali ed oneri di legge.

Genova, 10/6/2020

Il Presidente  
Dott. Maria Teresa BONAVIA

Il Consigliere estensore  
Dott. Marcello BRUNO