

Guido Canale

**OPTION TO ARBITRATE: LE C.D.
CLAUSOLE IBRIDE O
ASIMMETRICHE**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche

GUIDO CANALE (*)

1. La clausola asimmetrica: natura e funzione. — 2. Uno sguardo oltre confine: le soluzioni offerte negli ordinamenti europei. — 3. *Segue*: e in quelli di *common law*. — 4. La posizione della dottrina e della giurisprudenza italiane. — 5. I principali problemi posti dalla clausola asimmetrica arbitrale. — 6. La contemporanea pendenza di un giudizio arbitrale e di uno innanzi al giudice togato. — 7. Osservazioni conclusive

1. I rapporti commerciali, ancor più se internazionali, impongono agli interpreti del diritto esigenze di regolamentazione dei rapporti caratterizzate dalla novità; è il c.d. *jus mercatorum* ⁽¹⁾. Negli ultimi decenni la sempre maggiore internazionalizzazione dei rapporti ha provocato un utilizzo più esteso delle clausole di determinazione sia della giurisdizione sia dell'arbitrato quale metodo di risoluzione delle future controversie; e tra di esse si è ampliata l'utilizzazione di quelle comunemente conosciute come ibride, unilaterali o asimmetriche. Si tratta di clausole con le quali una parte contraente accetta, in via pattizia, una determinata competenza giurisdizionale o l'arbitrato quale modalità di soluzione delle controversie; l'altra parte, invece, pur accettando negozialmente tale scelta, si riserva una libertà, più o meno ampia e regolata di volta in volta sulla base del contenuto dell'accordo, di "svincolarsi" da tale patto e di adire un'altra corte giurisdizionale o arbitrale. Entrambe, sia pur con le ineliminabili differenze strutturali e derivanti dalla specifica situazione, sono accomunate da una struttura simile.

(*) Professore ordinario nell'Università del Piemonte Orientale.

(1) IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, *passim*; Id., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 26; GALGANO *Lex Mercatoria*, Bologna, 2001, *passim*; MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale dell'economia* diretto da Galgano, Vol. XXX, Padova, 2003; SAPUTELLI, *The role of customary law and the new lex mercatoria in countries with a civil law tradition: the Italian case*, *Transnational Law & Contemporary Problems*, 25.2 (Summer 2015), 257 ss.; RESCIGNO, *Lex mercatoria*, in www.treccani.it/enciclopedia/lex-mercatoria.

I contratti, nei quali tali clausole sono inserite, hanno per lo più la caratteristica di regolare un rapporto del medesimo contenuto con più soggetti operanti in paesi diversi ⁽²⁾; e un patto di tale tenore risponde all'esigenza del proponente di poter scegliere tra giurisdizioni ovvero tra la soluzione arbitrale e quella giurisdizionale in ragione di molteplici fattori, tra i quali la minore o maggiore difficoltà di eseguire una decisione di un giudice o di un arbitro in un singolo ordinamento straniero ovvero l'utilità di radicare un giudizio nel foro della controparte, laddove ivi vi siano beni del debitore aggredibili anche in via cautelare. E se si allarga il panorama anche al di là del mercato europeo, a quello mondiale, ben si possono comprendere le esigenze, alle quali la clausola vuole offrire soluzione ⁽³⁾.

In caso di deroga giurisdizionale la clausola è sostanzialmente così strutturata: “per qualsiasi controversia derivante dal presente contratto o collegata ad esso sarà esclusivamente competente il Foro di XXXX. Tuttavia, in deroga a quanto stabilito sopra, A ha comunque la facoltà di portare la controversia innanzi al giudice competente presso la sede di B” oppure “presso qualsiasi giudice che abbia competenza secondo la legge applicabile” oppure, ancora, con individuazione della sola giurisdizione (ad esempio, quella inglese), senza indicazione del criterio in base al quale si dovrà individuare quale sia la corte inglese ad essere competente ⁽⁴⁾. In questo modo B (che di solito è l'agente o il broker) deve necessariamente adire i giudici del luogo prescelto (sovente la sede di A, che di solito è il proponente); quest'ultimo, invece, mantiene la facoltà di scegliere se litigare “in casa” oppure instaurare la causa innanzi ai diversi giudici previsti dalla clausola.

⁽²⁾ Prevalentemente la clausola è utilizzata in contratti di natura finanziaria, ma, di recente, anche in contratti di distribuzione, cfr. *Unilateral Jurisdiction Clauses in International Financial Contracts*, position paper prepared by the Legal Committee of the ICC Commission on Banking, 2015, reperibile in <http://www.iccwbo.org>.

⁽³⁾ BORTOLOTTI, *Drafting and negotiating international commercial contract, a practical guide*, Parigi, 2008; utile ed interessante è stata la lettura di una bella tesi di laurea dal titolo *Asymmetric Jurisdiction Agreements in Light of the Brussels Recast Regulation* di una giovane dottoranda torinese, Susanna Marta.

⁽⁴⁾ Sul punto specifico giova sottolineare che la Corte di Cassazione, a s.u., (Cass., S.U., R.g. 27632/2017, Ud. 15.1.2019, - C.C. - Pubbl. 6/02/2019 - Racc. Gen. Ord. 3522/2019 - Rel. Conti) ha recentissimamente statuito che “nella specie i contraenti hanno inserito all'interno del testo contrattuale una clausola — specifica e valida — che, pur nella sua essenzialità, indica in modo chiaro e univoco la scelta delle stesse di optare per la competenza giurisdizionale del foro inglese non rilevando, ai fini dell'individuazione della giurisdizione, la mancata specificazione in sede di stipulazione del contratto del criterio da seguire per la determinazione della Corte inglese competente. Come già affermato dalle SU, una volta accertato il difetto di giurisdizione del giudice italiano in virtù di una clausola contrattuale di proroga in favore del giudice straniero, l'individuazione, nell'ambito dell'ordinamento straniero, del giudice che dovrà conoscere della controversia non configura una questione di validità della clausola medesima, bensì una questione di competenza che il giudice straniero adito potrà essere chiamato a risolvere”.

Analogamente, per il caso di opzione di arbitrato, i contraenti pattuiscono che una parte sia vincolata a sottoporre la controversia ad arbitrato, mentre l'altra parte resti libera di affrancarsi dal procedimento arbitrale e di adire giudizi nazionali, già individuati o individuabili; ovvero, e la questione è in questo caso più complessa, i contraenti pattuiscono che una parte sia vincolata a sottoporre la controversia ad una corte di un individuato ordinamento, mentre l'altra parte resta libera di sottoporre la questione ad arbitrato, per il quale la prima presta il proprio consenso. La clausola è di norma così strutturata: "tutte le controversie derivanti dal presente rapporto o relative allo stesso, incluse quelle di natura extracontrattuale, saranno risolte mediante arbitrato amministrato dalla Camera Arbitrale di XXXX secondo il suo Regolamento, da un collegio arbitrale. L'arbitrato sarà in lingua e avrà sede a XXXX. Tuttavia l'Impresa avrà facoltà di adire, in alternativa alla Camera Arbitrale di XXXX, il Tribunale di XXXX, ovvero il Giudice civile di primo grado dello Stato in cui ha sede il Broker, che sia territorialmente competente" (5).

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

La questione è se queste clausole siano valide: in sostanza, se la disparità delle posizioni sia accettabile e in linea con i principi generali dei vari ordinamenti; e se il problema è in parte analogo, quando la clausola pone l'alternativa tra giurisdizione e arbitrato si pongono alcuni problemi ulteriori e diversi (6). Sebbene oggetto del presente lavoro siano le clausole asimmetriche in tema di arbitrato, è tuttavia utile un sia pur breve

(5) Oppure, nel caso inverso la clausola sarà così strutturata: "per qualsiasi controversia derivante dal presente contratto o collegata ad esso sarà esclusivamente competente il Foro di XXXX. Tuttavia, in deroga a quanto stabilito sopra, l'Impresa avrà facoltà di adire la Camera Arbitrale di XXXX che risolverà mediante arbitrato amministrato secondo il suo Regolamento tutte le controversie derivanti dal presente rapporto o relative allo stesso".

(6) Un primo approccio al problema in van ZELST, *Unilateral Option Arbitration clause: An unequivocal choice for arbitration under ECHR*, in *Maastricht journal of European and Comparative law*, in www.journals.sagepub.com; ID., *UACs in the EU: A Comparative Assessment of the operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context*, 33 *Journal of International Arbitration*, 2016, 365-378; nonché USTINOV, *Unilateral arbitration clauses: legal validity*, Master's thesis Tilburg University, in www.academia.edu; BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, 2013, 4 ed., 19 e ss.; NESBITT, QUINLAN, *The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, in *Arbitration International*, 2006, vol. 22, 133 e ss.; REUBEN, *First Options, Consent to Arbitration, and the Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions*, consultabile in www.scholarship.law.missouri.edu/facpubs/334/; KARAYANIDI, *Reassessing the approach to jurisdiction in civil and commercial matters: party autonomy, categorical equality and sovereignty*, Dublin, 2018, Ph.D. law thesis, consultabile in www.tara.tcd.ie/handle/2262/82338; GARNETT, *Coexisting and Conflicting Jurisdiction and Arbitration Clauses* *Journal of Private International Law*, 3, 2013, 9, 361 NARDULLI, GIAMPIERI, *L'opzione di arbitrato nell'esperienza statunitense e italiana*, in questa *Rivista*, 1994, parte 1, 193 e ss. e, parte 2, 393 e ss.; FRIGNANI *Libertà delle parti e clausole patologiche nell'arbitrato internazionale*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008; MARTUSCELLI,

esame delle soluzioni accolte dalle varie corti anche in ordine alle clausole giurisdizionali asimmetriche.

Prima di entrare nel merito, occorre però una precisazione: la validità della clausola asimmetrica di giurisdizione pone un problema di sua compatibilità con l'ordinamento europeo e con il Regolamento di Bruxelles; al contrario, la clausola di opzione di arbitrato fuoriesce da questo problema, poiché, come noto, l'arbitrato non rientra nelle materie alle quali si applica il Regolamento.

2. Come anticipato, il tema è, per sua natura, transazionale; ed infatti si è presentato in molti ordinamenti, che hanno accolto soluzioni diverse tra loro. Proverò qui di seguito a dare un breve sguardo oltre confine (7), iniziando dagli ordinamenti europei.

In Francia la *Cour de cassation* ha avuto alcune occasioni per pronunciarsi (8) sulla validità della clausola asimmetrica giurisdizionale; se in passato la validità delle clausole asimmetriche era stata riconosciuta (9), in epoca più recente la Corte ha mutato, a più riprese, opinione. Con due successive pronunce la Suprema Corte francese (10) ha considerato non solo inefficace l'opzione di scelta riservata a una parte, bensì nulla l'intera clausola. Nella prima pronuncia, la ragione fondante la decisione era costituita dal rilievo che essa avesse un carattere potestativo per la parte favorita, che la poneva in contrasto con l'oggetto e la finalità della proroga

Mutualità e unilateralità della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato, in www.comparazionediritto.civile.it.

(7) Per un approfondimento e per l'esame anche di ulteriori ordinamenti, nei quali si è posto il problema, si rimanda agli scritti indicati alla nota 1, cui si aggiunge KLIUCHKOVSKIY, MARCHUKOV, VOLKOV, *Validity and Enforceability of the Asymmetric Dispute Resolution Clauses in Ukraine*, in *The European Middle Eastern and African Arbitration Review*, 2014, in www.globalarbitrationreview.com; PERENYIOVA, *Unilateral option clauses in commercial arbitration*, CEU Central European University, consultabile in www.etd.ceu.hu/2014/perenyiova_judita; MARTUSCELLI, *Mutualità ed unilateralità*, cit. che alla nota 14 riferisce l'esperienza australiana; MAYOMI, *One-Sided Right to Arbitration* consultabile in www.spajibade.com/OneSidedArbitration, che riferisce l'esperienza in Nigeria.

(8) Cour de Cassation, I chambre, 26 septembre 2012, n. 983; Cour de Cassation, I Chambre, 25 marzo 2015, in *Bulletin* 2015, I, n° 72 e consultabile sul sito www.legifrance.gouv.fr; per un approfondimento GDANSKI, ROBERT, *The validity of unilateral "hybrid jurisdiction" clauses has become less certain under French law* in www.nortonrosefulbright.com; PRUIJNER, *L'arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?*, in *Revue de l'arbitrage* 2005, 65 e ss.; BARBET, *Invalité en droit européen d'une clause optionnelle unilatérale offrant la faculté à une seule partie d'agir devant les juridictions de deux États différents, ainsi que devant « tout autre tribunal compétent »*; ID., *La Cour de cassation valide les clauses optionnelles unilatérales, sous réserve de prévisibilité*, entrambi consultabili sul sito www.lexenso.fr; MELIN, *Régime des clauses attributives de juridiction dans l'Union*, in www.dalloz-actualite.fr.

(9) Cour de Cassation, I chambre, 4 décembre 1990, consultabile in www.lexinter.net.

(10) Cour de Cassation, I chambre, 26 septembre 2012, n. 983; Cour de Cassation, I chambre, 25 marzo 2015, entrambe citate alla nota 8 che precede.

di competenza ammessa dall'art. 23 del regolamento Bruxelles I⁽¹¹⁾; nella seconda pronuncia, conforme, la Corte francese non ha più fatto riferimento alla natura potestativa della clausola, bensì al suo contrasto con l'art. 23 della Convenzione di Lugano, sotto il profilo della certezza e prevedibilità della scelta della corte competente.

Con la terza pronuncia⁽¹²⁾ la Corte francese ha mutato orientamento, ritornando all'opinione della validità delle clausole asimmetriche; ha infatti confermato, per vero con motivazione assai succinta, la decisione di appello impugnata⁽¹³⁾, che aveva sancito la validità della clausola in questione, ritenendo che essa consentisse una individuazione certa di quali fossero le corti competenti per l'eventuale futuro litigio, sia pur con facoltà di scelta a favore di una sola parte.

In Spagna la validità di queste clausole è stata negata a più riprese dalla giurisprudenza⁽¹⁴⁾; si sottolineava che esse fossero in contrasto con l'esigenza che il patto di deroga alla giurisdizione fosse chiaro e che individuasse con assoluta certezza il giudice, al quale riconoscere la giurisdizione. Di recente, a seguito della modifica della *Ley de Enjuiciamiento civil* e della *Ley de Arbitraje*⁽¹⁵⁾, la validità delle clausole che prevedano la facoltà alternativa per le parti di adire sia la via giurisdizio-

⁽¹¹⁾ HENKE, *La Corte di Cassazione francese e le clausole di proroga "asimmetrica"*, in *Int'lis*, No. 75, Vol. 2, 2013; SCHERER, LANGE S., *The French Rothschild Case: A Threat for Unilateral Dispute Resolution Clauses?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 2013, consultabile in <http://kluwerarbitrationblog.com/2013/07/18/the-french-rothschild-case-a-threat-for-unilateral-dispute-resolution-clauses/#fnref-7823-7>; per una critica cfr. HAUSMANN, *Invalidity of Unilateral Jurisdiction Clauses under Articles 23 Brussels I Regulation?*, in *The European Legal Forum*, Issue 2, 2013, 37-38.

⁽¹²⁾ Cour de Cassation, I chambre, 7 octobre 2015, n. 1053, consultabile sul sito www.courdecassation.fr/jurisprudence.

⁽¹³⁾ Cour d'Appel d'Angers, 10 septembre 2013, in www.legifrance.gouv.fr.

⁽¹⁴⁾ Per una ricostruzione del dibattito in Spagna cfr. 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)*, consultabile in www.uria.com, il quale sottolinea, a pag. 4, che la precedente giurisprudenza sottolineava l'invalidità di siffatte clausole poiché "la mancanza di commutabilità della clausola, l'assenza di un consenso bilaterale alla sottomissione e il fatto che la sottomissione contiene in realtà una condizione il cui adempimento è lasciato alla discrezione di una delle parti, in modo che non possa essere ammesso". Anzi, a pag. 9 sottolinea che erano considerate invalide le clausole asimmetriche sia con riferimento a quelle giurisdizionali sia a quelle simmetriche che prevedevano più fori alternativi.

⁽¹⁵⁾ Ley de Enjuiciamiento Civil è del gennaio del 2000 e la Ley de Arbitraje del 23 dicembre 2003; sul tema cfr. SORIANO, GARCIMARTIN ALFEREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigacion Internacional*, Civitas, Cizur menor, 2007, 316; sull'effetto di tali novità legislativa sul tema in esame cfr. LOPEZ DE ARGUMEDO, BALMASEDA, *La controvertida validez de las cláusulas*, cit., 9-10, sottolinea che prima della riforma la giurisprudenza riteneva invalide le clausole che prevedessero una sottomissione alternativa in qualunque forma, competenza compresa; Id., *Cláusulas híbridas en el arbitraje*, Expansion, 16 junio 2008, 41. Giova sottolineare che la nuova legge spagnola sull'arbitrato, all'art. 9, 5 co., prevede espressamente la legittimità di una domanda di arbitrato proposta in assenza di convenzione, qualora la controparte nulla eccepisca (così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato*, art. 806, Commentario diretto da CARPI, Bologna, 2016, 92, nota 347).

nale sia quella arbitrale è stata affermata dalla *Audiencia Provincial de Madrid* del 18 ottobre 2013 ⁽¹⁶⁾ sulla base dell'autonomia contrattuale delle parti; pronuncia che, tuttavia, non ha preso in esame il tema della asimmetria della clausola, limitandosi ad affermare la validità di una clausola nella quale la facoltà di scelta sia paritaria ⁽¹⁷⁾. E su posizione identica si è posta la giurisprudenza portoghese, nell'unico caso che risulta edito ⁽¹⁸⁾, che ha statuito la validità della clausola asimmetrica, poiché la sua invalidità potrebbe essere pronunciata solo in presenza di gravi inconvenienti o limiti per una delle parti, che nel caso specifico erano insussistenti.

Anche in Germania la validità delle clausole unilaterali contenenti un'opzione a favore di una sola parte è stata riconosciuta; si è però sottolineato che la loro validità dipende dalle circostanze di fatto che hanno condotto all'accordo tra le parti e che deve essere stato rispettato il principio di buona fede ⁽¹⁹⁾; e se l'opzione è a favore della parte convenuta, la giurisprudenza tedesca, in un unico precedente, ha affermato che essa deve essere esercitata prima che la controparte dia inizio alla controversia ⁽²⁰⁾.

La Russia ha affrontato il problema con riferimento ad una clausola contenente una convenzione di arbitrato con opzione unilaterale di adire la via giurisdizionale ⁽²¹⁾. La Suprema Corte Commerciale Russa (*Su-*

⁽¹⁶⁾ 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*, cit.; cfr. anche LOPEZ DE ARGUMEDO, *El acierto de reconocer las cláusulas híbridas*, in www.expansion.com; FERNANDEZ BALLESTEROS, *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Madrid, 2014, 92 e ss.; LLOPIS-LLOMBART, *Asimetría, separabilidad, sinalagma*, in www.egov.ufsc.br, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽¹⁷⁾ In dottrina, sulla base degli argomenti della decisione 18 ottobre 2013 della Audiencia Provincial de Madrid, conclude per la validità della clausola asimmetrica LOPEZ DE ARGUMEDO, BALMASEDA, *La controvertida validez de las cláusulas*, cit., 14.

⁽¹⁸⁾ Court of Appeal Lisboa, 12 luglio 2012, da me non letta, della quale riferisce DUARTE GORJAO HENRIQUES, *Asymmetrical arbitration clause under Portuguese law*, in *Yar Young Arbitration Review*, ottobre 2013, consultabile in www.yar.com.pt/review.

⁽¹⁹⁾ BGH, 24.09.1998 - III ZR 133-97 (Jena) in www.disarb.org/en/47/datenbanken; BGH, 10.10.1991 - III ZR 141/90 (Bremen) consultabile in www.jurion.de; BGH 26.1.1989 - XR 23/87 in www.dejure.de; per un panorama del sistema tedesco cfr. NESBITT, QUINLAN, *The status and Operations*, cit., 133 e ss.

⁽²⁰⁾ BGH, 24.09.1998 - III ZR 133-97 (Jena), cit., sottolinea che chi agisce in giudizio corre il rischio che la sua azione iniziata dinanzi al tribunale statale competente diventi in seguito inammissibile perché l'utente solleva l'eccezione di arbitrato. Questo rischio legato alla perdita di costi e di tempo non è ragionevole per il partner contrattuale. Può essere eliminato da una disposizione aggiuntiva che obbliga l'utente, in qualità di futuro convenuto, ad esercitare il suo diritto di voto su richiesta dell'altra parte già prima del processo e che disciplina anche le conseguenze di un voto rifiutato o ritardato; sul tema cfr. CLIFFORD, BROWNE, *Avoiding Pitfalls in Drafting and Using Unilateral Option Clauses*, consultabile in www.lw.com/thoughtLeadership/IA-News-in-Brief-Unilateral-Option-Clauses.

⁽²¹⁾ Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation, 19 giugno 2012, Case no. VAS - 1831/12; il caso concerneva due società russe che avevano concluso un contratto per la fornitura di beni mobili; detto accordo, da un lato, conteneva una clausola per arbitrato

preme *Arbitrazh Court* della Federazione Russa) 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 arbitrali. Di conseguenza, il *Presidium* ha concluso nel senso di conferire anche alla attrice il diritto a promuovere un’azione innanzi l’*Arbitrazh Court* di Mosca; la Suprema Corte non si è pronunciata sull’eventuale validità della pattuizione, relativa al diritto delle parti di sottomettere la controversia ad arbitrato ⁽²²⁾, ma ha deciso di riequilibrare la clausola unilaterale garantendo alle parti pari opportunità di iniziativa e consentire così, anche alla parte meno favorita, di agire in via arbitrale.

Infine, la Suprema Corte di Cassazione della Bulgaria ha dichiarato nulla una clausola arbitrale unilaterale contenuta in un contratto di finanziamento ⁽²³⁾. La Corte bulgara ha ritenuto — con un’argomentazione analoga a quella formulata dalla *Cour de Cassation* francese — che il diritto di una parte di poter scegliere, a propria discrezione, l’autorità (arbitrale o giudiziaria) competente a decidere la controversia costituisce un diritto potestativo. In quell’ordinamento i diritti potestativi (che consentono ad una parte di incidere unilateralmente sui diritti altrui, dovendo l’altra parte sopportarne le conseguenze) risultano essere soggetti ad una riserva legale e non possono essere contrattualmente creati dalle parti; la Suprema Corte bulgara ha così concluso per la nullità della clausola *de quo*, ai sensi dell’art. 26 par. 1 della Legge Bulgara sui contratti e le

amministrato ICC, con sede dell’arbitrato a Londra; dall’altro concedeva ad una sola di esse la facoltà di promuovere un’azione innanzi a qualsiasi foro competente.

⁽²²⁾ Riferiscono di questa decisione, da me non letta, USTINOV, *Unilateral Arbitration clauses*, cit., 23; USOSKIN, *Russia’s Supreme commercial Court Voids An Optional Arbitration Clause*, in <http://cisarbitration.com/2012/09/03/russias-supreme-commercialcourt-voids-an-optional-arbitration-clause>; SAMOYLOV, *The Evolution of Unilateral Arbitration Clauses in Russia*, Kluwer Arbitration Blog, consultabile in www.kluwerarbitrationblog.com/author/mikhail-samoylov/; DRAGUIEV, *Unilateral Jurisdiction Clauses: the Case for Invalidity, Severability or Enforceability*, in *Journal of International Arbitration* 31, n. 1, Kluwer Law International, 2014, 31; PERENYIOVA, *Unilateral option clause*, cit., 15.

⁽²³⁾ Corte di Cassazione Bulgaria, 2 settembre 2011, Judgement n. 71, Case 1193/210, consultabile, in lingua originale, in <http://domino.vks.bg/bcap/scc/webdata.nsf/Keywords/C8F68993563DD5FFC22578FF00499C60>. Nel caso si trattava di 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 bulgara oppure dinanzi qualsiasi altro istituto arbitrale) oppure di instaurare un giudizio davanti al Tribunale distrettuale di Sofia. Riferiscono di questa decisione, da me non letta, PERENYIOVA, *Unilateral option clause*, cit., 15; USTINOV, *Unilateral arbitration*, cit., 23; DRAGUIEV, *Unilateral jurisdiction*, cit., 12; CUNIBERTI, *Bulgarian Court Strikes Down One Way Jurisdiction Clause* in www.conflict-laws.net; FERRERO, *Le clausole di elezione di foro e le convenzioni arbitrali unilaterali*, in www.businessjus.it.

obbligazioni, in forza della quale è nullo ogni contratto in violazione o in frode alla legge, nonché i contratti contro il buon costume ⁽²⁴⁾.

3. Nei paesi di *common law*, nei quali, come tradizione, il problema si è posto con maggiore frequenza, l'orientamento, negli anni, si è indirizzato a favore della legittimità delle clausole asimmetriche ⁽²⁵⁾.

Nel Regno Unito la giurisprudenza inizialmente aveva affermato la necessità che la clausola arbitrale fosse simmetrica e bilaterale ed attribuisse ad entrambi i contraenti pari diritti, in modo che entrambi potessero dare inizio ad un arbitrato in caso di disputa ⁽²⁶⁾; la situazione è mutata nel 1986, quando la giurisprudenza inglese ha abbandonato il principio della necessaria simmetria ritenendo, da un lato, con riferimento ad una clausola asimmetrica di arbitrato, che il patto contrattuale fosse concluso validamente sebbene una parte avesse maggiori facoltà dell'altra, poiché nulla ostacolerebbe un accordo asimmetrico e affermando, dall'altro, che una clausola arbitrale di tal genere dovesse essere trattata come qualsiasi altra clausola del contratto che concedesse ad una parte un vantaggio ⁽²⁷⁾. Successivamente, negli anni 2000, due ulteriori decisioni ⁽²⁸⁾ hanno confermato quella appena ricordata ⁽²⁹⁾; e giova sottolineare che le due controversie sorgevano da due clausole sostanzialmente opposte, laddove, nella prima, una parte era vincolata ad agire innanzi alla giurisdizione inglese mentre l'altra poteva optare per la via arbitrale,

⁽²⁴⁾ Sul tema CUNIBERTI, *Bulgarian Court Strikes Down*, cit.

⁽²⁵⁾ NESBITT, QUINLAN, *The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses*, 22 *Arbitration International* (2006), 133; SMIT, *The unilateral Arbitration Clause: A Comparative Analysis*, 20 *American Review of International Arbitration* (2009), 391, 393; NIDAM, *Unilateral Arbitration Clauses in Commercial Arbitration*, 5 *Arbitration & Dispute Resolution Law Journal* (1996), 147.

⁽²⁶⁾ Cfr. BORN, *International commercial arbitration*, Kluwer Law Intl, 2014, 733, riporta due decisioni: *Baron v. Sunderland Corp*, del 1966 e *Tote Bookmakers Ltd v. Development an Property Holding c. Ltd* del 1985; ANDREWS, *The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Tubinga, 2008, 191 e ss.

⁽²⁷⁾ *Pittalis v. Sherefettin*, [1986], *QB* 868; successivamente, conforme, nel 2011, anche *Deutsche Bank AG. V. Tongkah Harbour Public Company Ltd y Deutsche Bank AG. V. Tungku Harbour Public Company Ltd*, *EWCH 2251* (QB), consultabile in www.bailii.org/ew/cases che nella motivazione premette il principio secondo il quale la clausola di opzione unilaterale di arbitrato è valida sulla base del diritto inglese (così BEVAN, *Optional arbitration agreements: the English position*, consultabile in www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/optional-arbitration-agreements-the-english-position).

⁽²⁸⁾ *Three Shipping Ltd v. Harbell Shipping Ltd*, [2004], *EWHC 509* (QB); *Law Debenture Trust Corporation Plc v. Elektrim Finance BV & Ors*, [2005], *EWHA 1412* (Ch). La prima decisione, per vero, non ha preso espressamente in esame la questione della validità della clausola asimmetrica arbitrale, essendo la discussione prevalentemente volta su profili ulteriori, inerenti la perdita della facoltà di esercitare l'opzione nel caso specifico; la seconda, invece, ha espressamente sancito la validità di tale clausola.

⁽²⁹⁾ FOSTER, *Asymmetric Arbitration Agreements: Are they Worth the Risk?*, in *The European, Middle Eastern and African Arbitration Review*, 2013, consultabile in <http://globalarbitrationreview.com/insight/the-european-middle-eastern-and-african-arbitration-review-2014/1036798/asymmetric-arbitration-agreements-are-they-worth-the-risk>.

mentre, nella seconda, una parte era vincolata alla scelta arbitrale mentre l'altra parte era libera di iniziare la lite innanzi ad una corte inglese ⁽³⁰⁾.

Infine, anche la High Court ha preso posizione nel 2013 ⁽³¹⁾, peraltro con riferimento ad una clausola asimmetrica giurisdizionale, confermandone la validità secondo la legge inglese, in quanto non contraria ai principi di ordine pubblico, poiché consente un accesso alla giustizia tra i fori scelti tra le parti, all'interno dei quali mai la posizione di una parte sarebbe "unequal" ⁽³²⁾.

Negli Stati Uniti la situazione è più complessa, sia perché molte delle decisioni sono state assunte in controversie con consumatori o lavoratori subordinati, che si caratterizzano per le esigenze di tutela sostanziale della parte ritenuta più debole ⁽³³⁾ sia per l'esistenza di orientamenti diversi tra le corti dei differenti Stati ⁽³⁴⁾. Cercando di riassumere l'evoluzione della giurisprudenza statunitense ⁽³⁵⁾ si può osservare che, inizialmente, le decisioni ritenevano invalida la clausola asimmetrica in base alla mancanza di reciprocità (*lack of mutuality*) ⁽³⁶⁾; successivamente, abbandonata la tesi della mancanza di reciprocità, le decisioni negative si sono fondate sulla incertezza o non chiarezza (*unconscionability*) ⁽³⁷⁾; e, sino agli inizi degli anni '90, la giurisprudenza prevalente riteneva che la clausola arbitrale unilaterale o asimmetrica fosse invalida ⁽³⁸⁾. In epoca successiva la giurisprudenza ha iniziato a "scomparire", anche su base geografica ⁽³⁹⁾,

⁽³⁰⁾ DRAGUIEV, *Unilateral Jurisdiction Clauses*, cit., 26.

⁽³¹⁾ *Mauritius Commercial Bank Ltd v Hestia Holdings Ltd*, [2013], EWHC 1328 e consultabile in <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff73160d03e7f57ea9688> e in www.bailii.org/cgi.

⁽³²⁾ Sul tema cfr. FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, Oxford, 2005, 83.

⁽³³⁾ *California Supreme Court, Armendaris v. Foundation Health Psychcare Services Inc.*, 24 Cal. 4th 83 (2000), 114-115, 119-121; USTINOV, *Unilateral arbitration clauses*, cit., 14 e DRAHOZAL, *Nonmutual Agreements*, 538, parlano di controversie con "little guys".

⁽³⁴⁾ Per un primo approccio "geografico" alla giurisprudenza su questo tema cfr. DRAHOZAL, *Nonmutual Agreements to Arbitrate*, 27 *Journal of Corporate Law* (2002), 537 e ss.; ID., *Unfair Arbitration clauses*, 2001, *Illinois. Law Review*, 695 al quale si rimanda anche per ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali; PERENYIOVA, *Unilateral option clauses*, cit., 32 e ss.; ulteriori riferimenti alla posizione della giurisprudenza nordamericana, sia ai sensi della legge federale sia di quella statale, in NARDULLI, GIAMPIERI, *L'opzione di arbitrato*, cit., parte I, 193.

⁽³⁵⁾ SCHNABL, *The Growing use of option to arbitrate*, in *N.Y. Law Journal*, Feb. 4, 1993, 5; DRAHOZAL, *Unfair Arbitration clauses*, cit., 695.

⁽³⁶⁾ *Hull v. Norcom Inc.*, U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit - 750 F.2d 1547 (11th Cir. 1985) Jan. 24, 1985, consultabile in www.law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/750/1547/389556; sul tema DRAHOZAL, *Nonmutual Agreements*, cit., 537; BÖRN, *International commercial arbitration*, Kluwer Law Intl, 2014, 733.

⁽³⁷⁾ *Unconscionability* significa un grado di irragionevolezza di un accordo che costringe una Corte a modificarlo o annullarlo; BLACKABY Partasides, *Redfern and Huntern on International Arbitration*, 6 ed., *Oxford law*, 2015, 146; DRAHOZAL, *Nonmutual Agreements*, cit., 542 e ss.

⁽³⁸⁾ NIDDAM, *Unilateral arbitration clauses in commercial arbitration*, 5 *Arbitration and dispute resolution law Journal* (1996), 147; DRAHOZAL, cit., 357; PERENYIOVA, *Unilateral option clauses*, cit., 32 e ss.; USTINOV, *Unilateral arbitration clauses*, 14 e ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. nota 34; cfr. specialmente DRAHOZAL, *Nonmutual Agreements*, cit., 548 e ss.

e così una parte di essa ha iniziato a prediligere la diversa tesi della validità di tali clausole, ritenendo che esse siano un accordo negoziale indipendente rispetto al contratto, al quale afferiscono, e che fondano la loro legittimità sull'accordo delle parti, di per sé sufficiente a vincolarle sia pure in modo asimmetrico⁽⁴⁰⁾. In conclusione, la risposta della giurisprudenza americana è quanto mai varia e non consente di individuare un orientamento prevalente, che varia da stato a stato⁽⁴¹⁾; tuttavia, giova sottolineare che in alcune decisioni si è ritenuto che il patto opzionale in discorso potrebbe essere anche eccepito dal convenuto al fine di impedire all'altra parte di proseguire il giudizio già avviato; si ritiene, infatti, che l'opzione sarebbe esercitabile a tempo indeterminato, salvo ritenere il comportamento contrario alla regola di buona fede⁽⁴²⁾.

4. In Italia il problema della validità delle clausole asimmetriche è stato posto all'attenzione della giurisprudenza di legittimità e di merito, sia con riguardo al profilo della giurisdizione sia a quello dell'arbitrato.

Sul primo tema la Corte Suprema è intervenuta varie volte. Di recente si può ricordare che nel 2012⁽⁴³⁾ i giudici di legittimità hanno ritenuto valida ed efficace la clausola asimmetrica giurisdizionale; successivamente, la Corte di Appello di Milano ha seguito l'orientamento⁽⁴⁴⁾ e la relativa decisione è stata a sua volta confermata dalla Suprema Corte

⁽⁴⁰⁾ *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967) e consultabile in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/395/>; *Hannon v. Original Gunit Aquatech Pools, Inc.*, 434 N.E.2d 611 (Mass. 1982); *Forbes v. A.G. Edwards & Sons, Inc.*, No. 08 Civ. 552 (TPG), 2009 U.S. Dist. LEXIS 12894 (S.D.N.Y. Feb. 18, 2009); *Harris v. Green Tree Fin Corp.*, 183 F.3d 173 (3d Cir 1999); *Tranchant v. Ritz Carlton Hotel Co.*, No. 2:10-cv-233-FtM-29DNF, 2011 U.S. Dist. LEXIS 35099 (M.D. Fla. March 31, 2012); *Barker v. Golf U.S.A., Inc.*, 154 F.3d 788 (8th Cir. 1998).

⁽⁴¹⁾ WATT, TIEDER, *Unilateral Arbitration Clauses: What Are They And Can They Be Enforced?* consultabile in www.watttieder.com/resources/articles/unilateral-arbitration-clauses-what-are-they, conclude il suo breve commento sottolineando che “*While unilateral arbitration clauses are mostly enforceable in the commercial arena in the United States, contracting parties should look carefully at the particular state’s jurisprudence to determine the validity of such provisions*”.

⁽⁴²⁾ Per un esame della evoluzione della giurisprudenza statunitense cfr. PERENYIOVA, *Unilateral option*, cit., 32 e ss.; MARTUSCELLI, *Mutualità*, cit., che alle note 12 e 13 riassume l'interessante controversia *NB Three Shipping v. Ferrel International Ltd*, [2005] 1 AER 200.

⁽⁴³⁾ Cass., S. U., 8 marzo 2012 n. 3624., in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 3, pag. 289, e per esteso in www.dejure.giuffre.it. 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*”; e poi Cass., 11 aprile 2012, n. 5075, in www.dejure.it, che ha sottolineato la legittimità della clausola ai sensi dell'art. 4 della l. 218/1995 in ragione della assoluta disponibilità dei diritti oggetto dell'accordo.

⁽⁴⁴⁾ App. Milano, 22 settembre 2011, inedita.

nel 2015 ⁽⁴⁵⁾. Queste decisioni, con motivazione peraltro succinta, hanno ritenuto valida la clausola che impegni una parte ad agire innanzi ad una giurisdizione individuata, lasciando l'altra parte libera di agire in ogni altra corte competente, sulla base della natura meramente privatistica delle finalità perseguite dalle parti, in alcun modo idonee a incidere, pregiudicandoli, su interessi di natura pubblicistica e come tale non in contrasto con l'art. 4 della l. 218/1995.

Anche il tema della validità di clausole asimmetriche in tema di arbitrato si è posto all'attenzione di dottrina e giurisprudenza già in tempi assai lontani. Infatti, la legittimità di tali clausole è stata affermata sin dall'epoca preunitaria dalla giurisprudenza, che in più occasioni e sia pur con qualche contrasto, ne ha affermato la compatibilità con il nostro ordinamento. Se la Corte di Cassazione di Torino ne aveva affermato la validità, escludendo che nella fattispecie si potesse configurare una condizione potestativa ⁽⁴⁶⁾, la Corte d'appello di Parma ne aveva, invece, sancito la nullità, poiché la facoltà di compromettere presuppone la necessità di una obbligazione bilaterale, mentre una clausola unilaterale costituirebbe una semplice riserva di poter stipulare un compromesso derivante da una obbligazione condizionale ⁽⁴⁷⁾.

In epoca successiva, la Corte di Cassazione, con due decisioni, ha ribadito la validità di una clausola arbitrale che impegni una parte alla via arbitrale lasciando la controparte libera nella scelta se adire il giudice o l'arbitro. Nel 1960 con la pronuncia n. 2837 e nel 1970 con la pronuncia n. 2096 ⁽⁴⁸⁾, la Corte Suprema ha ritenuto che la clausola compromissoria unilaterale sia inquadrabile nella figura dell'opzione, con la quale le parti convengono che una sola di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, con una applicazione delle norme sulla proposta irrevocabile; in entrambi i casi i giudici di legittimità hanno concluso così per la validità di tale clausola, della quale hanno altresì escluso la natura meramente potestativa. Di recente, poi, con riferimento ad una clausola unilaterale relativa ad un arbitrato irrituale, la Corte Suprema ⁽⁴⁹⁾ ha confermato che "non sembra esservi ragione per ritenere che la derogabilità unilaterale confligga con i margini

⁽⁴⁵⁾ Cass. 11 maggio 2015, n. 22992, in *www.dejure.it*.

⁽⁴⁶⁾ Cass. Torino, 17 marzo 1893, in *Giur. it.*, 1893, I, 1, 550 che ha riformato la decisione, di opposto tenore, di App. Milano, 28 marzo 1892, in *Mon. Trib.*, 1892, 573; successivamente, App. Milano, 21 novembre 1941, in *Giur. it.*, 1941, I, 2, 67 con nota (contraria) di PACCHIONI, *In tema di clausole compromissorie*; Cass. 19 febbraio 1946, n. 171, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 88 con nota critica di ANDRIOLI.

⁽⁴⁷⁾ App. Parma, 28 giugno 1910, in *Giur. it* 1910, I, 2, 579.

⁽⁴⁸⁾ Cass., 19 ottobre 1960, n. 2837, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1897; Cass., 22 ottobre 1970, n. 2096, in *Rep. Foro it.*, 1961, voce *Arbitrato*, n. 16.

⁽⁴⁹⁾ Cass., 22 maggio 2015, n. 10679 in *Giust. civ. Mass.*, 2015, rv 635416.

di esercizio dell'autonomia privata", concludendo così per la validità della clausola ⁽⁵⁰⁾.

Le appena ricordate decisioni hanno ovviamente destato l'interesse della dottrina che, per lo più, si è posta in posizione critica ⁽⁵¹⁾ e sulla medesima posizione si è posto il Consiglio di Stato nel parere consultivo del 13 aprile 1960 n. 151 ⁽⁵²⁾; si sottolineava che una clausola unilaterale altro non sarebbe che una riserva di poter stipulare un compromesso e che una simile riserva, non generando obbligazioni per una delle parti contraenti, non potrebbe stabilirle a carico dell'altra, divenendo così una clausola inadeguata ad adempiere alla funzione che le è propria ⁽⁵³⁾. Inoltre, si evidenziava sia la mancanza del necessario mutuo consenso delle parti alla scelta della via arbitrale ⁽⁵⁴⁾, sia la natura eminentemente processuale dell'accordo arbitrale, che impedirebbe l'applicazione di tutte le norme dei contratti ⁽⁵⁵⁾ e si concludeva sottolineando che una clausola di tale tenore provocherebbe uno stato di incertezza del tutto inaccettabile.

In epoca più recente sono aumentate le opinioni favorevoli, che richiamano, sempre, in primo luogo, la validità di un patto di opzione, la cui esecuzione dovrebbe comunque avvenire nel rispetto del principio di buona fede e senza abuso della prerogativa conferita ⁽⁵⁶⁾, e, in secondo luogo, l'ammissibilità della scomposizione del patto arbitrale in due mo-

⁽⁵⁰⁾ Sottolinea la Corte, in motivazione, che "Va infatti rilevato che la derogabilità unilaterale della clausola compromissoria per arbitrato irrituale è comunque espressione di una tendenza coerente con il sistema, cioè a favore del riconoscimento della giustizia pubblica quale forma primaria di soluzione dei conflitti. Pertanto la rinuncia all'attivazione della forma arbitrale irrituale, che è "strumento strettamente negoziale" di soluzione delle controversie, corrisponde a un'opzione che non contraddice norme vigenti, né alcun valore immanente nell'ordinamento".

⁽⁵¹⁾ VECCHIONE, *Sulla validità della clausola compromissoria unilaterale*, in *Giur. it.*, 1963, IV, 66-67; nonché, con qualche rilievo critico ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 779; DE NEAPOLI, *Considerazioni sul nuovo capitolato di appalto sulle opere pubbliche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1464; BASSANO, *Arbitrato unilateralmente facoltativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, II, 105; PACCHIONI, *In tema di clausole compromissorie*, in *Giur. it.*, 1942, I, 2, 67 e ss.; in senso negativo già CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, 308 e ss.; E.F. RICCI, *Compromesso*, in *Nov.ss.mo dig. it.*, Torino, 1981, 14. Sul tema già MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di Procedura civile*, Milano, 1923, III, 103; più di recente PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, 2 ed., I, 332 (nota 45) e 366 (nota 139); RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Padova, 1991, 152; ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 425; in senso favorevole PINI, *Arbitrato e lavori pubblici*, Milano, 1974, 6 e ss.

⁽⁵²⁾ In *Riv. giur. edil.*, 1962, I, 453 nonché in *Giur. it.*, 1963, IV, 65, nota 1.

⁽⁵³⁾ Richiamando così le motivazioni contenute nella decisione di App. Parma, 28 giugno 1910, cit.

⁽⁵⁴⁾ PACCHIONI, *op. cit.*, 68.

⁽⁵⁵⁾ ANDRIOLI, *Commento*, cit., 779; VECCHIONE, *Sulla validità*, cit., 65; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1983, 131.

⁽⁵⁶⁾ NARDULLI, GIAMPIERI, *L'opzione di arbitrato*, cit., 399; da ultimo FABBI, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, in *Int'llis*, n. 4, 2014, 194.

menti distinti e successivi, il primo costituente la proposta, quale negozio unilaterale recettizio, e il secondo avente natura di accettazione, tramite il quale vi sarebbe l'incontro delle volontà idoneo a formare la convenzione di arbitrato ⁽⁵⁷⁾.

5. La validità della clausola contenente una *option to arbitrate* deve essere verificata sulla base delle regole e dei principi del nostro ordinamento. Innanzitutto può accadere che l'alternativa sussista tra giurisdizione italiana e arbitrato "domestico"; inoltre, il contratto può essere stato concluso in Italia o comunque assoggettato, per scelta delle parti, alla legge italiana; infine, anche in caso di arbitrato internazionale giova ricordare che, secondo l'art. 5, 1 comma, lett. a) della Convenzione di New York del 10 giugno 1958, la validità della convenzione di arbitrato è regolata dalla legge scelta dalle parti o, in mancanza di scelta, dalla legge del paese nel quale la decisione arbitrale è stata pronunciata (la c.d. *lex fori*) ⁽⁵⁸⁾.

Se è stato utile offrire il brevissimo panorama oltre confine in ordine alle clausole asimmetriche, sia giurisdizionali sia in tema di arbitrato, è però opportuno focalizzare ora l'attenzione sul profilo arbitrale, poiché in questo caso la clausola asimmetrica pone alcuni problemi specifici, tra i quali mi pare che tre siano quelli da segnalare e porre sul terreno del dibattito.

Il primo è quello noto e sul quale si registra il contrasto di opinioni, del quale si è dato atto nelle pagine che precedono: se una clausola così strutturata integri quel necessario mutuo consenso in forma scritta alla deroga della giurisdizione a favore dell'arbitrato e se l'asimmetria confligga con i principi generali del nostro ordinamento.

Il secondo consiste nelle modalità dell'esercizio dell'opzione e se dunque essa possa essere fatta valere in ogni momento e anche in via di eccezione, al fine di paralizzare l'altrui domanda.

Il terzo, infine, concerne la soluzione da applicare ogniqualvolta una parte (quella obbligata) dia inizio al giudizio nelle forme e avanti all'autorità secondo il vincolo che la astringe e l'altra eserciti la propria facoltà di scelta, dando inizio ad un secondo giudizio nella diversa forma, arbitrale o avanti il giudice togato, che le è consentita, generando così un problema di duplicità di giudizio sulla stessa pretesa ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁷⁾ BARTOLOMUCCI, *Clausola compromissoria. Capacità*, in *Dizionario dell'arbitrato* a cura di IRTI, Torino, 1997, 210; ORICCHIO, *L'arbitrato*, Napoli, 1994, 30; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, 42.

⁽⁵⁸⁾ E, secondo l'art. 5, 2 comma, lett. b) il riconoscimento o l'esecuzione della decisione arbitrale può essere negata ove contraria all'ordine pubblico del Paese nel quale è richiesta.

⁽⁵⁹⁾ Questi ultimi due problemi si sono posti anche in presenza di una clausola asimmetrica giurisdizionale, dando luogo a variegate decisioni giurisdizionali nei vari ordinamenti; e in

La convenzione di arbitrato è un contratto con effetti processuali, al quale possono essere applicate le norme sui contratti, sia pur non in modo acritico ⁽⁶⁰⁾. In assenza di una norma positiva, che vieti la formazione progressiva dell'accordo compromissorio, non vi è dubbio, quanto meno a mio avviso, che non vi sia necessità di unità di contesto per la conclusione della convenzione di arbitrato e che quest'ultima possa formarsi progressivamente ⁽⁶¹⁾; e se la clausola asimmetrica si limitasse unicamente a vincolare una parte alla scelta arbitrale, lasciando l'altra libera di adire l'autorità giurisdizionale (secondo i normali criteri e senza alcun patto specifico), o viceversa, non vi sarebbe molto da dire, poiché lo squilibrio contrattuale non sarebbe certo tale da invalidare il contratto tra operatori economici ⁽⁶²⁾ ed il richiamo all'istituto dell'opzione sarebbe ben comprensibile. A favore di una parte verrebbe negozialmente riconosciuto un diritto potestativo di accettare la proposta (i.e., di esercitare l'opzione) e concludere così il patto arbitrale, al quale corrisponderebbe una situazione di soggezione in capo alla parte oblata ⁽⁶³⁾; ed il patto mi pare valido, salvo ipotesi limite nelle quali esso renda, senza alcuna apprezzabile ragione, oltremodo onerosa la tutela del diritto ⁽⁶⁴⁾.

Le clausole al nostro esame sono invece più complesse, poiché dapprima formano un vincolo sulla scelta della giurisdizione o della via arbitrale e poi attribuiscono ad una parte soltanto la facoltà di scegliere l'altra via. L'idea che si tratti di una obbligazione alternativa *ex uno latere*,

particolare sul secondo si è assistito ad un ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale meglio conosciuto come *Italian Torpedo* (sulla quale infra nota 84).

⁽⁶⁰⁾ PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 331; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, 154; BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in questa *Rivista*, 1988, 688.

⁽⁶¹⁾ Per tutti PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 329 e ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, 156; SALVANESCHI, *op. cit.*, 88, in giurisprudenza Cass, 11 luglio 2014, n. 15993, in *Giust. civ. Mass.* 2014, rv 632076; Cass., 8 maggio 2014, n. 10000, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, rv 631080. D'altronde è oramai conosciuta l'ammissibilità degli arbitrati derivanti dai c.d. BITS intra europei, nei quali l'offerta di arbitrato è contenuta in un provvedimento di legge; e a questa offerta possono aderire gli investitori che ritengano di avvalersi della forma arbitrale per la loro controversia (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 157; da ultimo sul tema, anche per i necessari riferimenti bibliografici, ANDOLFI, *Il difficile equilibrio tra primauté del diritto dell'Unione e autonomia dell'arbitrato: riflessioni all'indomani della sentenza Achmea*, in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019); e anche il d.lgs. 179/2007 prevede l'obbligatorietà della convenzione in capo al solo professionista, con riferimento al c.d. arbitrato Consob (sul punto cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. ult. cit.*, 92 e ss.).

⁽⁶²⁾ Diverso sarebbe il profilo in contratti con consumatori o con lavoratori; ipotesi delle quali qui non mi occupo.

⁽⁶³⁾ Cass., 5 agosto 2011, n. 17059, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, 1153, secondo la quale "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, il quale resta, di conseguenza, libero di avvalersene o di rinunciarvi, sia prima che dopo il non avveramento della stessa, senza possibilità per la controparte di ostacolarne la volontà".

⁽⁶⁴⁾ In dottrina si è fatto l'esempio di un contratto concluso tra imprese aventi entrambe sede nell'Unione europea, da eseguirsi all'interno dell'Unione e che preveda per la parte oblata il foro di un paese oltreoceano, privo di alcun collegamento; così FERRERO, *Le clausole di elezione*, cit., 16.

con facoltà di scelta all'altra parte, non convince e, inoltre, esporrebbe la clausola a tutte quelle critiche di "indeterminatezza" che hanno indotto molti ordinamenti a ritenerla invalida. A mio avviso, la prima parte della clausola è perfetta e vincolante, ma destinata a venir meno per effetto della scelta di una delle parti; mi pare dunque che a questo contraente si attribuisca un duplice diritto: dapprima quello di recedere *ad nutum* dal patto concluso ⁽⁶⁵⁾ e, poi, quello di accettare l'opzione e così concludere il diverso patto, arbitrale o giurisdizionale esso sia ⁽⁶⁶⁾.

Orbene, a me pare si debba tenere distinta l'ipotesi che il patto concluso sia quello arbitrale, dal quale la parte receda per adire una corte giurisdizionale secondo le ordinarie regole, da quella nella quale il patto concerne l'individuazione di una giurisdizione, dalla quale la parte si sciogla per dare corso ad un arbitrato. Nel primo caso, infatti, la rinuncia ad avvalersi della convenzione di arbitrato non è vincolata a forme particolari, ben potendo conseguire al comportamento concludente della parte, che rinunci alla relativa eccezione in giudizio ⁽⁶⁷⁾; e non occorre alcun patto specifico per dare corso alla lite innanzi al giudice che abbia giurisdizione e/o competenza secondo i criteri generali, poiché l'altra parte può accedere alla scelta omettendo di sollevare la relativa eccezione; in questo caso, dunque, la parte che dia inizio alla lite manifesta con il proprio comportamento il recesso (convenzionalmente pattuito) dal patto arbitrale, senza necessità, almeno mi pare, di ulteriori formalità.

Nel secondo caso, invece, la situazione è diversa: vi è un accordo tra le parti per la devoluzione della lite ad una giurisdizione (o a una corte specifica) individuata e manca un patto arbitrale, rispetto al quale è obbligata una sola parte; occorre porsi il problema relativo alla conclusione della convenzione di arbitrato, mediante accettazione della parte non obbligata dell'offerta integrante l'opzione, che deve avvenire in forma scritta prevista *ad substantiam* ⁽⁶⁸⁾, e al venir meno dell'accordo "giurisdizionale".

⁽⁶⁵⁾ Ritene ammissibile l'applicazione dell'art. 1373 c.c. alla convenzione di arbitrato, ove prevista dalle parti, CARPI, ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato*, cit., 68; con diversa motivazione vi consente BOVE, *L'estinzione del patto*, cit., 688; ulteriori riferimenti in OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, 103.

⁽⁶⁶⁾ Né si potrebbe porre un problema di una inammissibilità per rinuncia preventiva alla giurisdizione, come talora paventato (MARTUSCELLI, *Mutualità ed unilateralità*, cit., 9), essendo sul punto sufficiente richiamare CEDU, 24 marzo 2016, n. 31069, in *questa Rivista*, 2016, 2, 293 con nota di ZARRA, *Rinuncia preventiva all'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali e compatibilità con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, e Cass., 28 settembre 2005, n. 18919, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7/8.

⁽⁶⁷⁾ Cass., 29 gennaio 1993, n. 1142, in *Foro it.*, 1993, I, 1091; sul tema, ampiamente, BOVE, *L'estinzione del patto*, cit., 685.

⁽⁶⁸⁾ Questa è la tesi che mi pare preferibile (cfr., per tutti, SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di CHIARLONI, Bologna, 2014, 66 e ss. e 86 e ss.; TIZI, *La forma dell'accordo arbitrale rituale*, in *questa Rivista*, 2004, 629; BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 403 e spec. 422; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2000, 43 e ss.) anche se vi è chi sostiene che, con

Nessuna questione può sorgere se la parte comunica negozialmente la propria volontà di sciogliersi dal patto sulla giurisdizione e di aderire alla convenzione di arbitrato prima di avviare il procedimento; se invece, come sovente accade, ciò non avvenga e la parte proponga direttamente la domanda di arbitrato, si pone il problema, già affrontato da dottrina e giurisprudenza, della ammissibilità della conclusione dell'accordo arbitrale per *facta concludentia* ⁽⁶⁹⁾, proprio e solo attraverso la domanda di arbitrato ⁽⁷⁰⁾.

L'opinione che prevale in giurisprudenza ⁽⁷¹⁾ e in dottrina ⁽⁷²⁾ ritiene che l'accordo arbitrale si possa formare anche e solo a seguito della domanda di arbitrato, della contestuale o successiva nomina degli arbitri e del contegno processuale della parte che, nella prima difesa innanzi agli arbitri, ometta di sollevare alcun rilievo sulla inesistenza o nullità della convenzione; la domanda di arbitrato, la nomina degli arbitri e il silenzio della parte convenuta costituirebbero, nel loro insieme, elementi integranti un contegno giuridicamente rilevante per la conclusione del patto arbitrale ⁽⁷³⁾; l'inequivocità del comportamento deriverebbe non solo dalla nomina dei rispettivi arbitri, ma anche della tacita rinuncia a sollevare alcuna eccezione nel rigoroso termine previsto dall'art. 817 c.p.c. ⁽⁷⁴⁾.

riferimento alla sola clausola compromissoria, la forma scritta sia richiesta soltanto *ad probationem*, (cfr. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 355 e ss.).

⁽⁶⁹⁾ Alcuni regolamenti arbitrali prevedono che una parte possa adire l'Ente e l'altra parte vi possa aderire, entro un tempo determinato, pur in assenza di convenzione arbitrale (così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 154, che ricorda il regolamento Consob 29 dicembre 2008 e il regolamento del c.d. Ombudsam).

⁽⁷⁰⁾ Così espressamente PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 351 e anche nota 104.

⁽⁷¹⁾ Cass, 11 luglio 2014, n. 15993, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, rv 632076; Cass., 8 maggio 2014, n. 10000, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, rv 631080; Cass. 2 febbraio 2007, n. 2256, in questa *Rivista*, 2007, 237 con nota di D'ALESSANDRO, *Conclusione dell'accordo mediante atti di nomina degli arbitri?*; Cass., 22 febbraio 2000, n. 1989, in questa *Rivista*, 2001, 35 con nota di Amadei, *Lo scambio degli atti di nomina come stipulazione del compromesso*.

⁽⁷²⁾ ANDRIOLI, *Commento al codice*, cit., 933; BOVE, *Il patto compromissorio*, 422, LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in questa *Rivista*, 1995, 16; AMADEI, *Note in tema di inesistenza di accordo compromissorio per arbitrato rituale e impugnazione per nullità del lodo*, in questa *Rivista*, 2002, 305; D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, secondo comma e 829, n. 1, c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2006, 679 e spec. 691; SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 566; ATTERITANO, *L'esperienza del forum prorogatum negli arbitrati in Italia e all'estero*, in questa *Rivista*, 2008, 177 e ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato*, cit., 92 e ss. con qualche riserva se si possa parlare di una vera e propria conclusione di una convenzione di arbitrato o di una mera preclusione processuale.

⁽⁷³⁾ D'ALESSANDRO, *Conclusione dell'accordo*, cit., 243 e 247, che sottolinea come questa tesi si ponga in assonanza con la tesi espressa da parte della dottrina civilistica secondo la quale sarebbe ammessa la conclusione per tacito consenso anche dei contratti per i quali la forma scritta è prevista *ad substantiam* (sulla quale per tutti Bianca, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 288).

⁽⁷⁴⁾ Condivido pienamente le osservazioni di D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, 245 e ss., che non ritiene sufficiente la sola nomina degli arbitri, poiché essa potrebbe essere funzionale proprio ad ottenere una declinatoria per inesistenza o invalidità della clausola, con ciò andando, giustamente, in diverso avviso da quanto sostenuto dalle pronunce citate alla precedente nota 67 e in particolare a Cass., 2 febbraio 2007, n. 2256 nonché da parte della dottrina (AMADEI, *Note*

Nel caso in esame la situazione è assai semplificata: la parte che si è vincolata con l'opzione, negozialmente convenuta, ha già manifestato espressamente e per iscritto la propria volontà di deferire le eventuali liti ad un collegio arbitrale, sicché, ove l'altra parte dia inizio all'arbitrato, si viene a formare la convenzione di arbitrato per comportamento concludente; e poiché la domanda d'arbitrato ha per sua natura forma scritta, null'altro occorre per ritenere che il patto arbitrale si sia validamente concluso. Stando così le cose, non rimane che prendere atto che la domanda di arbitrato contiene in sé sia l'effetto sostanziale - negoziale di recedere dall'accordo sulla giurisdizione e di concludere la convenzione di arbitrato sia quello processuale di dare inizio alla lite.

Diversa, invece, è l'ipotesi inversa, nella quale l'iniziativa venga assunta dalla parte che ha concesso l'opzione; in questo caso, infatti, due sono le ipotesi. La prima: se la parte avvia un arbitrato, essa si espone all'eccezione di inesistenza dell'accordo arbitrale, rispetto al quale manca il consenso della controparte; quest'ultima, tuttavia, potrebbe "sanare" la situazione procedendo alla nomina del proprio arbitro ed omettendo di sollevare la relativa eccezione, applicandosi così la regola poc'anzi descritta.

La seconda è quella probabilmente più frequente (e ragionevole): la parte inizia la lite innanzi al giudice togato convenzionalmente individuato nell'accordo concluso; e in questo caso si pone il problema se (i) l'altra parte possa ancora esercitare l'opzione a favore dell'arbitrato nonostante la pendenza della lite, (ii) quali siano gli effetti di questa opzione e se (iii) vi sia un limite temporale al suo esercizio.

Talvolta (ma è raro) l'esercizio dell'opzione viene disciplinato nella convenzione di arbitrato, con facoltà di interpello della parte, che viene così invitata a dichiarare se voglia esercitare o meno l'opzione; ed in questi casi credo che, in applicazione dei principi di correttezza e buona fede, anche un eventuale silenzio della parte interpellata sia preclusivo ad un successivo esercizio dell'opzione a lite iniziata. Quando ciò non è previsto (o comunque non accade ⁽⁷⁵⁾) il problema esiste e la soluzione non è agevole, in assenza di qualsivoglia riferimento normativo.

È noto che si ritiene che il patto arbitrale possa essere concluso dalle parti anche lite pendente; e in questo caso si pongono alcuni problemi specifici, sui quali non vi è qui spazio per soffermarsi ⁽⁷⁶⁾. A me pare,

in tema di inesistenza, 310; ID., *Lo scambio degli atti di nomina come stipulazione del compromesso*, in questa *Rivista*, 2001, 37).

⁽⁷⁵⁾ Credo infatti che, anche ove non negozialmente previsto, ciò sarebbe possibile, con i medesimi effetti; NARDULLI, GIAMPIERI, *op cit.*, 399, ritengono che la parte avrebbe la possibilità di imporre un termine per l'esercizio dell'opzione rivolgendosi al giudice ai sensi dell'art. 1331 c.c.

⁽⁷⁶⁾ Per i quali rimando a ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 241 e ss.; sull'ammissibilità della conclusione del compromesso lite pendente cfr. MORTARA, *op. cit.*, III,

tuttavia, che la situazione al nostro esame sia assai diversa: non si tratta dell'accordo tra le parti che sopraggiunga *ex novo* lite pendente, ma della scelta unilaterale di una parte che, ad un certo punto della lite (arbitrale o giurisdizionale), decida di farla venir meno esercitando l'opzione; sicché, non credo che sia applicabile tale principio e, per converso, ritengo che l'esercizio dell'opzione abbia un limite e non possa essere esercitato in ogni momento della lite pendente ⁽⁷⁷⁾, bensì debba avvenire in *limine litis*.

Il problema è dunque comprendere quale sia il termine ultimo per l'esercizio dell'opzione e, di conseguenza, se sia possibile fare valere l'opzione in via di eccezione; e l'alternativa si pone — a mio avviso — tra l'inizio della lite (i.e., la sua pendenza) e la prima difesa innanzi al giudice. Due sono i principi che devono essere coordinati: da un lato vi è l'esigenza di non creare ostacoli alla parte che chiede tutela e di rispettare il principio che gli eventi successivi alla proposizione della domanda non devono avere effetto sulla giurisdizione, dall'altro evitare che il concedente l'opzione possa rendere inefficace, per sua stessa iniziativa, il patto cui a suo tempo aveva consentito, impedendo così alla controparte la facoltà di scelta ⁽⁷⁸⁾. Il primo principio conduce a ritenere che la notificazione della domanda precluda la facoltà di scelta; il secondo a ritenere che la facoltà di scelta possa essere esercitata anche a proposizione di domanda avvenuta, ma entro la prima udienza o la prima difesa, se antecedente.

Sebbene entrambe le soluzioni appaiano sostenibili, tuttavia la mia preferenza va alla prima soluzione, poiché l'esercizio dell'opzione, in coerenza e rispetto dei canoni di buona fede e correttezza e tenuto conto della sua asimmetria, dovrebbe essere tale da non creare ostacoli alla parte che chieda tutela ⁽⁷⁹⁾; inoltre, vi è il rilievo che lo scioglimento dal patto non può, a mio avviso, avvenire lite pendente ⁽⁸⁰⁾. A sostegno di questa lettura si può ricordare che, se si parla di un patto arbitrale che

55; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, 55; Cass. 6 agosto 1951, n. 2397, in *Giur. it.*, 1952, I, 491.

⁽⁷⁷⁾ Così, invece, pare sostenere MARTUSCELLI, *Mutualità e unilateralità*, cit., 6 (con riferimento all'esperienza inglese) e 8, sia pur con qualche limite, anche per il nostro ordinamento; l'autore afferma che "non appare sensato ritenere che il procedimento giudiziale già instaurato dalla parte concedente l'opzione paralizzi il diritto di adire gli arbitri da parte di chi gode del diritto di opzione, poiché altrimenti il concedente potrebbe rendere inefficace per sua stessa iniziativa il patto cui a suo tempo aveva consentito. Appare dunque giocoforza ritenere che la causa giudiziale intentata dal concedente l'opzione di arbitrato venga dichiarata improcedibile in ragione della decisione dell'opzionario di avviare un contenzioso arbitrale".

⁽⁷⁸⁾ È infatti evidente che può accadere che la proposizione della domanda giunga inattesa e, ove non preceduta da alcuna intimazione, impedirebbe di fatto l'esercizio dell'opzione.

⁽⁷⁹⁾ E sul punto si ricorda il precedente della giurisprudenza tedesca ricordato alla nota 19; qualche riflessione sul punto anche in NARDULLI, GIAMPIERI, *op cit.*, 399.

⁽⁸⁰⁾ Sul tema cfr. BOVE, *L'estinzione del patto*, 688, dove affronta il tema del venir meno del patto per scelta unilaterale delle parti.

faccia venire meno la giurisdizione, vi osta il principio della *perpetuatio*, che comporta che gli eventi successivi all'introduzione della lite siano irrilevanti (ai sensi dell'art. 5 c.p.c. e degli artt. 4 e 8 l. 218/1995); se si parla di una convenzione di arbitrato, non è consentito sciogliersi dalla convenzione che abbia già avuto esecuzione con la domanda di arbitrato e la nomina dell'arbitro.

In conclusione credo che il termine ultimo, entro il quale la parte deve esercitare l'opzione, sia quello rappresentato dalla notifica della domanda innanzi al giudice o all'arbitro.

La scelta della parte favorita negozialmente può dunque essere fatta valere in via di eccezione, al fine di paralizzare la domanda della controparte che abbia dato inizio alla lite innanzi alla corte o al collegio arbitrale per il quale esiste il vincolo contrattuale, soltanto qualora essa sia già stata formulata sul piano negoziale ed extraprocessuale in un momento antecedente.

6. Residua il terzo tema d'indagine, sul quale la risposta può essere rinvenuta con esclusivo riferimento al nostro ordinamento. Quando una parte (quella obbligata) dia inizio al giudizio nelle forme e avanti all'autorità secondo il vincolo che la astringe e l'altra eserciti la propria facoltà di scelta dando inizio ad un secondo giudizio nella diversa forma, arbitrale o avanti il giudice togato, che le è consentita, sorge un problema di contemporanea pendenza di due giudizi sulla medesima pretesa.

In caso di clausola asimmetrica giurisdizionale si genera un problema di "litispendenza" se le due controversie avanti il giudice togato pendono in Italia o di *lis pendens* se l'una o l'altra hanno sede in un altro ordinamento; e sul tema della *lis pendens* tra procedimenti promossi innanzi a diverse giurisdizioni è noto che la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni ⁽⁸¹⁾. Secondo i giudici europei vi è *lis pendens* ⁽⁸²⁾ quando i due giudizi pendono tra le stesse parti ed hanno la medesima *cause of action* ⁽⁸³⁾; con una interpretazione più estesa, o se si preferisce più fluida, di quella a noi nota per l'individuazione della litispendenza; la giurisprudenza della Corte europea, in più di una occasione, ha risolto il problema attraverso l'istituto della sospensione del

⁽⁸¹⁾ Cfr. in particolare *Gasser v. Misat*, Case C-116/02, decisa dalla Corte di Giustizia con sentenza consultabile in eur-lex.europa.eu/legal-content; sul tema tra i molti cfr. Jonas STEINLE and Evan VASILIADES, *The Enforcement of Jurisdiction Agreements under the Brussels I Regulation: Reconsidering the Principle of Party Autonomy* *Journal of Private International Law* 2010, 6, 565, 571.

⁽⁸²⁾ Vigé qui la Convenzione di Bruxelles II (o Brussel Recast), art. 29 e ss., che, sinteticamente, fissa il principio noto come "*first come, first served*".

⁽⁸³⁾ Per tutti si veda la nota controversia *Gubisch Maschinenfabrik v. Palumbo*, Case 144/86, 8 dicembre 1987, decisa dalla Corte di Giustizia con sentenza consultabile in eur-lex.europa.eu/legal-content.

giudizio introdotto per secondo ⁽⁸⁴⁾, e giova ricordare che anche le c.d. *antisuit injunctions*, pronunciate da un giudice a tutela di una convenzione arbitrale, sono state dichiarate incompatibili con la normativa europea ⁽⁸⁵⁾.

Se la contemporanea pendenza si pone tra un giudizio arbitrale ed uno innanzi al giudice togato, il problema si pone, almeno per il nostro ordinamento, in modo affatto diverso ⁽⁸⁶⁾. Infatti, secondo il nostro diritto positivo, non si può discutere della sospensione di un processo arbitrale in attesa che sia deciso quello per primo iniziato innanzi al giudice, poiché, sebbene vi sia litispendenza o pregiudizialità - dipendenza tra le due azioni ai sensi dell'art. 295 c.p.c., gli arbitri non potranno dare corso alla sospensione del giudizio, poiché, secondo la (condivisibile) opinione dominante, i casi disciplinati all'art. 819 *bis* c.p.c. sono tassativi e non estensibili in via di analogia ⁽⁸⁷⁾.

Gli arbitri, dunque, potranno conoscere e decidere la lite, salvo il coordinamento tra i due giudizi secondo il principio delle c.d. vie parallele, che caratterizza oggi, a seguito della riforma del 2006, il rapporto tra il

⁽⁸⁴⁾ Si è assistito ad un ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale meglio conosciuto come *Italian Torpedo* (come noto le c.d. azioni "Italian Torpedo" sono iniziative giudiziarie instaurate in Italia dal presunto contraffattore di un brevetto al fine di avvantaggiarsi della nota lentezza dei nostri Tribunali. Tramite l'instaurazione di un giudizio per l'accertamento negativo dell'avvenuta contraffazione di un brevetto, il contraffattore blocca così le azioni di accertamento positivo che il titolare della privativa voglia instaurare nei suoi confronti dinanzi a Corti più veloci (quali quelle tedesche ad esempio), che saranno indotte a sospendere il procedimento in attesa della pronuncia del giudice italiano); su questo profilo per tutti FRANZOSI, *Italian Torpedo: perché un cavallo bianco non è un cavallo*, in *Il dir. ind.*, 2004, 435; CONSOLO, *La Italian Torpedo non fa naufragare per la seconda volta la petroliera Erika e la buona fede processual-internazionalistica (grazie al "ricarburato" e non più vituperando nostro regolamento di giurisdizione*, in *Int'Lis*, 2003, 97; SPEDICATO, *Azioni cross border. Il fenomeno dell'Italian Torpedo alla luce della nuova sentenza delle SSUU della Cassazione* in www.lanuovaprocedura.civile.it.; DRAETTA, *Italy as a Place for International Arbitrations: the Myths of the "Italian torpedo", the "Irritual" Arbitration et alia*, in *Revue De Droit Des Affaires Internationales*, 2013 (2), 159; PANIGHETTI, *Has London outmaneuvered the Italian Torpedo*, in *Arbitration Law Review*, 2013, 5; qualche ulteriore riferimento in BUONCRISTIANI, *La cautela di regolamento*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, 92 (n. 56); Trib. Milano, 14 dicembre 2016, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; Cass., S.U., 10 giugno 2013, n. 14508, in *Diritto e Giustizia online*, 2013; e, soprattutto, il celebre caso Gasser v. Misat, Case C116/2, sentenza del 9 dicembre 2003, in 2003, ECR I-14693, consultabile in eur-lex.europa.eu/legal-content.

⁽⁸⁵⁾ Sul punto per i necessari riferimenti e per un approfondimento cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 239 e ss.

⁽⁸⁶⁾ Per un primo esame del problema della *lis pendens* nell'arbitrato commerciale internazionale, cfr. Kubat *Jurisdictional Disputes in Parallel Proceedings: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings Before National Courts and Arbitral Tribunals*, 213 e ss., consultabile in [www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/4226/\\$FILE/dis4226](http://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/4226/$FILE/dis4226); il tema della litispendenza nell'arbitrato è anche affrontato, con ampi riferimenti bibliografici da MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, 198 e ss.

⁽⁸⁷⁾ SALVANESCHI, *Art. 819 e 819 bis*, op. cit., 641 e ss.; TRISORIO LIUZZI, *Questioni pregiudiziali e sospensione del giudizio arbitrale*, in *Sull'arbitrato*, Studi offerti a Giovanni Verde, Napoli, 2010, 843.

giudizio arbitrale e quello innanzi al giudice togato ⁽⁸⁸⁾. Il principio generale introdotto con la riforma del 2006 riconosce infatti agli arbitri il potere di decidere su ogni questione insorta nel giudizio innanzi a loro o comunque utile alla pronuncia del lodo, senza che l'eventuale pendenza di un processo innanzi al giudice togato possa costituire un limite.

7. L'istituto della *option to arbitrate* è di sicuro interesse e tende ad offrire soluzione a problemi che sempre più si pongono in un mondo globalizzato, nel quale la circolazione delle decisioni, arbitrali o giurisdizionali esse siano, può essere complessa, soprattutto nei confronti di ordinamenti assai lontani da quelli occidentali. Tuttavia, la clausola deve essere redatta con particolare attenzione; l'attenzione deve essere rivolta non solo al suo contenuto, ma anche alle concrete modalità e tempi di esercizio della facoltà di scelta garantita dall'opzione, che devono rispondere a requisiti di chiarezza e certezza della scelta e, soprattutto, garantire alla controparte la possibilità di adire la "giusta" autorità alla quale devolvere la lite, senza essere esposta a eccezioni che potrebbero rendere oltremodo difficile o gravosa, anche economicamente, la tutela dei propri diritti.

This paper presents a study of the so-called 'unilateral' ('optional', 'hybrid') jurisdiction clauses combining arbitration and choice of court options, which business tends to favour as such clauses seek to designate a method of dispute resolution that provides a more favourable position for one of the parties to an agreement and ensure better enforcement against a debtor's assets. 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. However, in most jurisdictions these clauses are upheld and enforceable, but courts of some countries have invalidated them, thus leaving the party vested with the option with the forum he sought to prevent.

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 even if 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.

Finally, this study addresses issues that arise at the time of execution of the option choice.

⁽⁸⁸⁾ Per un approfondimento su questo profilo cfr. SALVANESCHI, *Art. 817, op. cit.*, 591 e ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 219.