

Civile Sent. Sez. 1 Num. 19311 Anno 2015

Presidente: NAPPI ANIELLO

Relatore: CAMPANILE PIETRO

Data pubblicazione: 29/09/2015

S E N T E N Z A

Ud. 10.3.2015

sul ricorso proposto da:

PROMOZIONE ALBERGHIERA S.C.A.R.L.

Elettivamente domiciliata in Roma, via Zanardelli,
n. 20, nello studio dell'avv. Luigi Albisinni, che
la rappresenta e difende unitamente all'avv. Mi-
chele Sesta, giusta procura speciale a margine del
ricorso. - C.F.:00143670404 -

ricorrente

contro

COOPTUR EMILIA ROMAGNA SCARL IN L.C.A.

435
2015

Elettivamente domiciliata in Roma, via Sant'Evaristo, n. 157, nello studio dell'avv. Andrea Assogna, che la rappresenta e difende, giusta procura speciale in calce al controricorso.

controricorrente

avverso la sentenza della Corte di appello di Bologna, n. 732, depositata in data 13 giugno 2007;

sentita la relazione svolta all'udienza pubblica del 10 marzo 2015 dal consigliere dott. Pietro Campanile;

Sentito per la ricorrente l'avv. Giacomo Tartaglione, munito di delega;

Sentito per la controricorrente l'avv. Andrea Assogna;

Udite le richieste del Procuratore Generale, in persona del sostituto dott. Pierfelice Pratis, il quale ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

1 - Con determinazione in data 6 agosto 1996 il collegio arbitrale nominato sulla base di clausola compromissoria prevedente arbitrato irrituale per dirimere la controversia fra la s.c. a r.l. Cooptur Emilia Romagna e la s.c. a r.l. Promozione Alberghiera in merito alle dedotta violazione del patto di non concorrenza previsto dall'art. 9 dei patti

2

parasociali, condannava la Promozione Alberghiera, limitatamente alla violazione del divieto di concorrenza, al pagamento, a titolo di penale, della somma di cento milioni di lire, rigettava la domanda avente ad oggetto il risarcimento dei danni e poneva le spese del procedimento a carico della parte soccombente.

1.1 - Con sentenza depositata il 17 ottobre 2002 Il Tribunale di Rimini rigettava l'impugnazione proposta dalla Promozione Alberghiera, con la quale si chiedeva che detta determinazione arbitrale fosse annullata per violazione del principio del contraddittorio e perché inficiata da errore di fatto, nonché in relazione al regolamento delle spese processuali.

1.2 - Avverso tale decisione proponeva appello la Promozione Alberghiera, ribadendo l'eccezione relativa alla violazione del principio del contraddittorio, per non esservi stata alcuna forma di oralità e per aver il Collegio deciso la controversia senza alcuna dialettica fra le parti, e rappresentando la carenza di terzietà in capo all'arbitro Zucchi, per aver personalmente depositato una memoria proveniente dal difensore di Cooptur.



Con ulteriori motivi si deduceva che la determinazione era inficiata da errore di fatto e si riproponeva l'eccezione relativa alla condanna alle spese.

1.3 - La Corte di appello di Bologna, con la sentenza indicata in epigrafe, ha rigettato il gravame, osservando, con riferimento alla dedotta violazione del contraddittorio, che pur essendo tale principio immanente anche nell'arbitrato irrituale, la sua violazione rileva soltanto come errore che, provenendo da violazione dei limiti del mandato conferito agli arbitri, abbia inficiato la volontà da loro espressa. Nel caso di specie - ha osservato la corte territoriale - le parti avevano dispensato gli arbitri da ogni formalità di procedura, avevano ricevuto comunicazione delle riunioni arbitrali ed erano state invitate a depositare memorie, mentre, quando alla dedotta carenza di terzietà in capo all'arbitro Zucchi, la doglianza, secondo uno specifico orientamento di legittimità all'uopo richiamato, avrebbe dovuto essere proposta esclusivamente mediante l'azione prevista dall'art. 1726 cod. civ. E' stato poi escluso che la determinazione arbitrale fosse inficiata da errore di fatto, rilevandosi che la società appellante non aveva contestato la



ricostruzione della vicenda operata dagli arbitri, ma soltanto l'interpretazione dell'art. 9 dei patti parasociali. Doveva quindi escludersi che ricorresse l'errore essenziale attinente alla formazione della volontà degli arbitri, predicabile soltanto nell'ipotesi, nelle specie non ricorrente, in cui gli stessi abbiano avuto una falsa percezione della realtà.

1.4 - Si è osservato, infine, che l'impugnazione del capo relativo alle spese realizzava, in sostanza, una domanda di riforma in tal senso della determinazione arbitrale, non consentita in tema di lodo irrituale.

1.5 - Per la cassazione di tale decisione la Promozione Alberghiera propone ricorso, affidato a tre motivi, illustrati da memoria, cui la Cooptur resiste con controricorso.

Motivi della decisione

2 - Deve preliminarmente rilevarsi la fondatezza del rilievo, formulato dalla ricorrente, circa l'inammissibilità - in ogni caso rilevabile d'ufficio - del controricorso, a causa della tardività della sua notificazione. Invero, poiché quella relativa al ricorso era stata effettuata in data 15 dicembre 2007, il controricorso è stato consegnato



all'ufficiale giudiziario in data 21 febbraio 2008, ben oltre il termine di cui all'art. 170 cod. proc. civ., scaduto il 24 gennaio 2008.

Secondo il consolidato orientamento di questa Corte (Cass., 11 febbraio 2011, n. 3325; Cass., 13 maggio 2010, n. 11619), l'inammissibilità del controricorso non pregiudica la partecipazione del difensore - come, in effetti, si è verificato - alla discussione orale.

3 - Con il primo motivo la ricorrente deduce, sotto un primo profilo, violazione e falsa applicazione degli artt. 1427, 1429, 1711 e 1726 cod. civ.; 24 Cost.; 112 e 808-ter cod. proc. civ., : la Corte di appello avrebbe erroneamente disconosciuto la fondatezza del rilievo inerente a una pluralità di violazioni del principio del contraddittorio da parte degli arbitri, i quali in tal modo, come si specifica nel quesito conclusivo, non avrebbero rispettato il mandato loro conferito.

Sotto diverso aspetto si denuncia la violazione del principio del contraddittorio in relazione alla circostanza inerente alla consegna, da parte dell'arbitro Zucchi, di una memoria redatta nell'interesse della Cooptur, così venendo meno al dovere di imparzialità e realizzando quella lesione

del principio in esame, anche alla luce dell'art. 808 ter cod. proc. civ..

3.1 - La censura è infondata sotto tutti i profili sopra indicati.

3.2 - Vale bene premettere, in linea generale, che, allorché le parti non abbiano previsto l'applicazione nel procedimento arbitrale del rispetto delle forme del giudizio ordinario, la questione della lesione del contraddittorio deve essere esaminata non sotto l'aspetto della violazione, sul piano formale, di una prescrizione preordinata alla realizzazione di tale principio, ma nell'ambito di una ricerca volta all'accertamento di una effettiva negazione della possibilità di dedurre e di contraddire, onde verificare se l'atto abbia egualmente raggiunto lo scopo di instaurare un regolare contraddittorio e se, comunque, l'inosservanza non abbia causato pregiudizio alla parte (Cass., 8 gennaio 2014, n. 131; Cass., 31 gennaio 2007, n. 2201).

3.3 - Giova richiamare, del resto, con riferimento al giudizio ordinario, le tendenze evolutive manifestatesi negli ultimi tempi nella giurisprudenza di questa Corte in merito alle conseguenze della violazione di specifiche disposizioni di natura



processuale. Si ritiene, in proposito, che l'art. 360 c.p.c., n. 4, nel consentire la denuncia di vizi che comportino la nullità della sentenza o del procedimento, non sia inteso a tutelare l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma presidi e tutelati, per converso, un diritto all'eliminazione di eventuali "vulnera" subiti in concreto dal diritto di difesa della parte in dipendenza del denunciato "error in procedendo". Ne consegue che la nullità della sentenza e del procedimento debbono essere dichiarate solo ove, nell'impugnazione, alla denuncia del vizio idoneo a determinarle, segua l'indicazione dello specifico pregiudizio che esso abbia arrecato al diritto di difesa (Cass. 30 dicembre 2011, n. 30652; Cass. 21 febbraio 2008, n. 4435; Cass. 27 luglio 2007, n. 16630).

3.4 - Nell'ambito dell'arbitrato, poi, e con riferimento alla disciplina anteriore alle modifiche introdotte con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, assume pregnante rilevanza il rapporto fra la libertà delle forme che ispira, di regola, tale procedimento (soprattutto quando, come nella specie, non si sia stabilito di assoggettarlo alle regole del giudizio ordinario) e l'esigenza di salvaguar-



dare, nel corso del suo svolgimento, l'effettivo rispetto del contraddittorio. In tale prospettiva, questa Corte ha affermato che nel giudizio arbitrale il principio del contraddittorio deve dirsi osservato quando le parti hanno avuto la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di conoscere le prove e le risultanze del processo ed hanno ottenuto il termine per presentare memorie e repliche e di conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse (cfr. la citata Cass. n. 2201/2007, in motivazione).

Ancora più recentemente, si è affermato che nel procedimento arbitrale l'omessa osservanza del principio del contraddittorio (sancito dall'art. 816 bis, primo comma, cod. proc. civ., già in precedenza ricondotto all'art. 816 cod. proc. civ.) non è un vizio formale, ma di attività. Ne consegue che, ai fini della declaratoria di nullità, è necessario accertare la menomazione del diritto di difesa, tenendo conto della modalità del confronto tra le parti (avuto riguardo alle rispettive pretese) e delle possibilità, per le stesse, di esercitare, nel rispetto della regola "audiatur et altera pars", su un piano di uguaglianza le facoltà pro-



cessuali loro attribuite (Cass., 27 dicembre 2013, n. 28660).

3.5 - Ove poi si ponga mente alla peculiare natura dell'arbitrato libero, pur non potendosi dubitare che gli aspetti di natura procedimentale ad esso inerenti debbano essere ispirati al sostanziale rispetto del principio del contraddittorio, non può omettersi di rilevare, in primo luogo, che questa Corte (Cass., 24 marzo 2014, n. 6830, in motivazione) ha già affermato che lo specifico motivo di impugnazione previsto dall'art. 808-ter cod. proc. civ. (inerente, per l'appunto, alla inosservanza del principio del contraddittorio) non trova applicazione, ai sensi dell'art. 27 del D.lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006, ai procedimenti arbitrali che - come quello in esame - abbiano avuto inizio prima della sua entrata in vigore.

Va altresì osservato che, sulla base della natura negoziale della c.d. determinazione costituente il risultato dell'arbitrato irrituale, questa Corte costantemente affermato che l'eventuale inosservanza del principio del contraddittorio, come, del resto, ribadito anche nell'impugnata decisione, poteva essere dedotta - come motivo di impugnazione del lodo - ai sensi dell'art. 1429 cod. civ., non come



vizio del procedimento rilevante ex se, ma come violazione del contratto di mandato (Cass., 10 agosto 2007, n. 17636; Cass., 9 agosto 2004, n. 15353; Cass., 7 marzo 2003, n. 3399).

3.6 - Alla luce dei principi sopra richiamati, appare paradossale la deduzione di un eccesso di mandato da parte degli arbitri (cui pure si accenna nel quesito di diritto), per essersi attenuti a quella libertà di forme che costituiva uno degli aspetti salienti della clausola compromissoria, così come riportata nella decisione impugnata e nello stesso ricorso ("Il Collegio arbitrale .. giudicherà quale amichevole compositore in via inappellabile, con dispensa da ogni formalità di procedura, secondo il rito dell'arbitrato irrituale").

In effetti, nel dedurre che gli arbitri non avrebbero "disposto la trattazione orale, esperito il tentativo di conciliazione, assegnato termini per la precisazione delle conclusioni, fissato udienza di discussione, e, soprattutto consentito di visionare e replicare alle produzioni e difese avversarie", si richiamano, ad eccezione dell'ultimo aspetto, omissioni di cadenze procedurali del tutto inessenziali ai fini del rispetto del principio del contraddittorio, in alcun modo determinanti



l'attribuzione a una delle parti di una posizione privilegiata rispetto all'altra.

Il riferimento all'esame dei documenti prodotti dall'altra parte, nonché alla possibilità di replicare, è del tutto generico, e non attinge con riferimenti specifici le circostanze poste in rilievo della corte felsinea (" .. le parti ricevettero comunicazione delle varie riunioni arbitrali, furono invitate a depositare memorie illustrative, nonché a produrre documentazione"), laddove nello stesso ricorso si fa presente che, dopo che all'udienza del 23 marzo 1996 erano comparsi il Presidente di Promozione Alberghiera e l'avv. Meluzzi, mentre "nessuno interveniva per parte Cooptur", entro il successivo termine del 13 aprile 1996 "entrambe le parti provvedevano al deposito di memorie contenenti istanze istruttorie e documenti". Manca, a ben vedere, qualsiasi indicazione di un concreto pregiudizio al diritto di difesa nei termini sopra indicati (cfr. la citata Cass., n. 28660 del 2013).

3.7 - A non diverse conclusioni deve pervenirsi in merito al deposito di una memoria difensiva, per conto del difensore di Cooptur, da parte dell'arbitro Zucchi: non essendosi dedotto che di



tale memoria la difesa del ricorrente non avrebbe avuto notizia, né che non avrebbe avuto possibilità di replicare (in effetti l'episodio, di certo non commendevole, si sarebbe verificato nella riunione del Collegio Arbitrale tenutasi in data 29 febbraio 1996, cui seguirono altre udienze e atti di deposito di memorie da parte della Promozione Alberghiera), la vicenda non attiene tanto alla violazione del principio del contraddittorio, ma, eventualmente, al tema dell'imparzialità nell'arbitrato irrituale, per il quale valga il principio (già affermato da Cass., 29 maggio 2000, n. 7045) circa l'esperibilità del rimedio di cui all'art. 1726 cod. civ..

4 - Il secondo motivo, con il quale si denuncia omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ., in relazione alle affermazioni della corte territoriale circa l'insussistenza di una violazione del principio del contraddittorio da parte del Collegio arbitrale, non è ammissibile.

Venendo in considerazione la deduzione di un "error in procedendo" - in relazione al quale valgano le superiori considerazioni - deve ribadirsi che, potendo in tal caso il giudice di legittimità cono-



scere direttamente il fatto (processuale) e verificare la ricorrenza o meno della violazione denunciata, non rileva in alcun modo la motivazione resa al riguardo dal giudice del merito (Cass., 31 luglio 2012, n. 13683; Cass., 19 dicembre 2008, n. 29799; Cass., 8 marzo 2007, n. 5351).

5 - Con il terzo mezzo, denunciando violazione o falsa applicazione degli artt. 1711 cod. civ. e 112 cod. proc. civ., la ricorrente sostiene che la sentenza impugnata avrebbe erroneamente valutato il motivo di impugnazione della determinazione arbitrale concernente il regolamento delle spese processuali, ritenendo che fosse stata chiesta una diversa ripartizione dei compensi, laddove era stata dedotta una violazione del principio fondato sulla soccombenza.

5.1 - La censura presenta due distinti profili di inammissibilità. Avuto riguardo all'indirizzo secondo cui l'art. 814 cod. proc. civ. trova applicazione, sia pure in via analogica, anche nei confronti dell'arbitrato irrituale (Cass., 3 settembre 2004, n. 17808; Cass., 8 agosto 2003, n. 11963), non potrebbe prescindersi dall'orientamento, del tutto consolidato (cfr. per tutte, Cass., 20 febbraio 2004, n. 3383), secondo cui la liquidazione



effettuata dagli arbitri ha il valore di mera proposta contrattuale, e, quindi, diviene vincolante solo nel caso in cui venga accettata da tutti i contendenti.

Sotto altro profilo, deve rilevarsi che la Promozione alberghiera era comunque rimasta soccombente, ragion per cui non può venire in considerazione, soprattutto in questa sede, il giudizio, di natura meramente discrezionale, riservato al giudice del merito, circa una compensazione totale o parziale delle spese processuali.

6 - Le spese relative al presente giudizio di legittimità seguono la soccombenza, e si liquidano come da dispositivo.

P. Q. M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali relative al presente giudizio di legittimità, liquidate in euro 4.200,00, di cui euro 4.000,00 per compensi, oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Prima Sezione Civile, in data 10 marzo 2015.