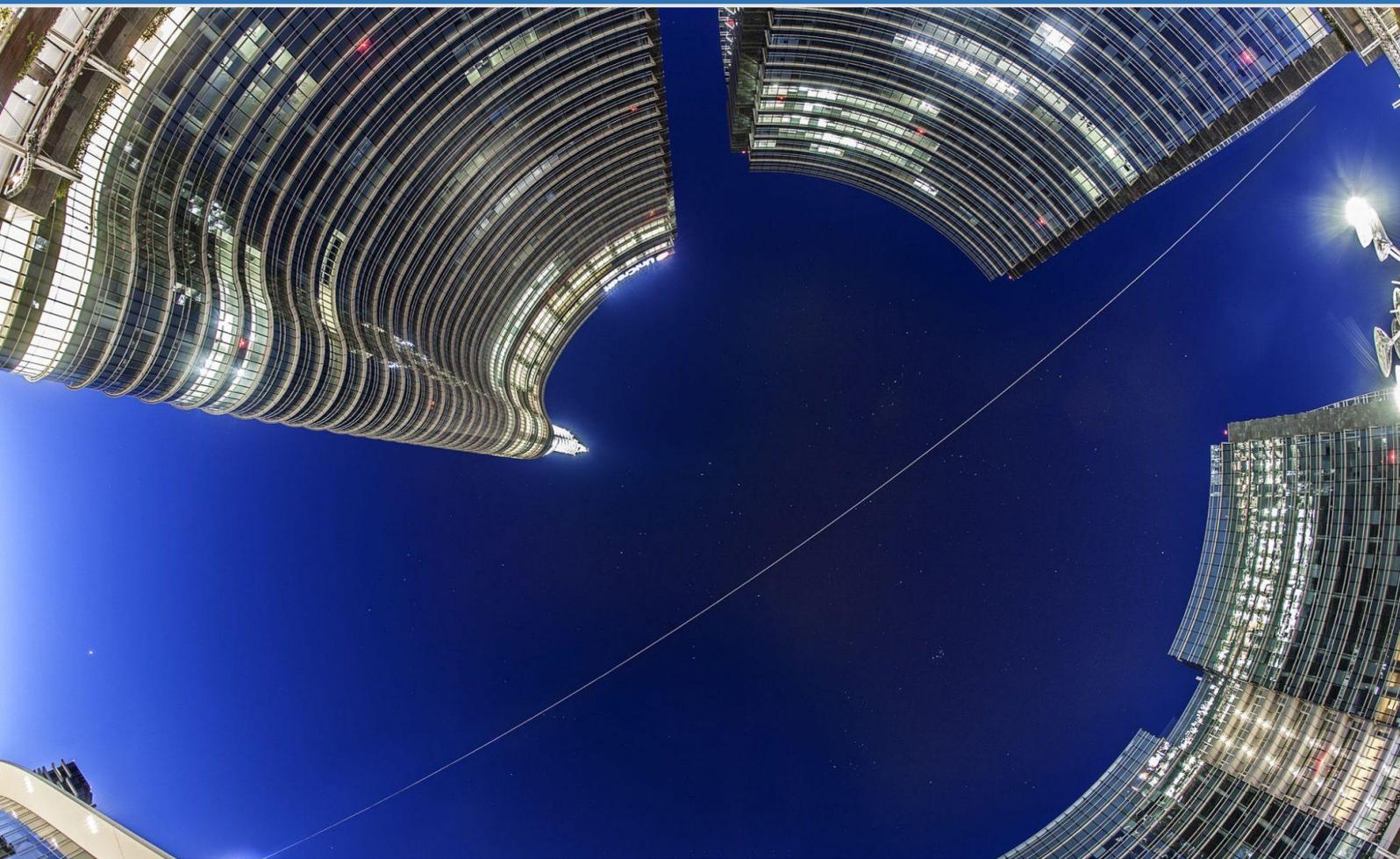


Vol. 1 (2015)



# Arbitrato in Italia

Notizie sull'arbitrato domestico e  
internazionale in Italia

Vol. 1 (2015)

# Arbitrato in Italia

Notizie sull'arbitrato internazionale e  
domestico in Italia

Pubblicato nel maggio 2020 da  
**Arbitration in Italy Ltd**  
61 Bridge Street  
HR5 3DJ Kington  
United Kingdom

I provvedimenti richiamati in questa rivista pubblicati nel corso dell'anno 2015 sono disponibili *online* sul sito *web* della rivista: <https://www.arbitratoinitalia.it>

## INDICE

Arbitrato e fallimento .....	3
Regole del procedimento .....	6
Interpretazione della clausola compromissoria.....	8
Arbitrato e impugnazione di bilancio.....	10
Riconoscimento di lodo straniero.....	13
Compensi degli arbitri .....	16
Arbitrato e finanziamento soci.....	18
Sull'interpretazione di una clausola compromissoria statutaria.....	20
Sull'impugnativa del lodo irrituale .....	22
Ancora su arbitrato e fallimento .....	24
Rinuncia alla clausola compromissoria .....	28
Arbitrato e decadenze.....	30
Clausola compromissoria: il caso della preposizione di troppo .....	32
Clausola compromissoria e decreto ingiuntivo.....	34
Contratto preliminare e clausola compromissoria.....	36
Impugnazione per nullità .....	38
Arbitrato societario: no al doppio binario .....	40
Arbitrato facoltativo .....	42
Arbitrato ed embargo .....	45
Impugnazione per <i>errores in iudicando</i> .....	48
Ancora sull'impugnazione nel merito .....	50
Arbitrato societario e provvedimenti d'urgenza .....	52

\*\*

## Arbitrato e fallimento di Roberto Oliva

Uno dei settori in cui tuttora sussiste, a livello di politica legislativa, un certo disfavore per l'arbitrato è quello fallimentare. Da un lato, la *vis attractiva concursus* di cui all'art. 24, co. 1, l.fall. (*“Il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore”*) e dall'altro lato il disposto dell'art 83/*bis* l.fall. (*“Se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito”*) congiurano nel ridurre significativamente l'ambito delle controversie arbitrabili in cui sia parte un imprenditore soggetto a procedura concorsuale. E ciò fanno anche con buona pace del principio dell'autonomia della clausola compromissoria, come emerge chiaramente dalla relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante la riforma organica della legge fallimentare: *“(..). È previsto in particolare che il procedimento arbitrale già pendente non possa essere proseguito allorquando il contratto contenente la clausola arbitrale viene sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione IV. Ciò al fine di evitare che il giudizio arbitrale sopravviva al regolamento di interessi convenzionali travolto dal fallimento e che era destinato a risolvere”*.

Sul rapporto tra arbitrato (nella fattispecie concreta, arbitrato estero) e fallimento, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono recentemente soffermate, nell'ordinanza n. 10800 del 26 maggio 2015.

Questa, in estrema sintesi, la vicenda. Nel 2007, una società di trasporto aereo e una società di gestione aeroportuale concludono un contratto di servizi, che contiene una clausola compromissoria, ai sensi della quale le controversie che dovessero insorgere tra le parti vengono deferite a un arbitrato amministrato dalla London Court of International Arbitration (LCIA).

Scaduto il rapporto contrattuale, la società di gestione aeroportuale (nel frattempo ammessa alla procedura di concordato preventivo) ha chiesto e ottenuto da un Tribunale italiano una ingiunzione europea di pagamento, contro la quale è insorta la società di trasporto aereo, rilevando innanzi tutto la carenza di giurisdizione del giudice italiano, giacché le parti avevano pattuito un arbitrato estero. Durante il giudizio di opposizione, interviene il fallimento della società di gestione aeroportuale; il procedimento viene quindi riassunto e infine la

società di trasporto aereo ricorre alla Suprema Corte, perché venga definita la questione di giurisdizione.

La pronuncia delle Sezioni Unite è interessante sotto molteplici profili.

Innanzitutto, a fronte dell'eccezione del fallimento controricorrente, secondo il quale la clausola compromissoria oggetto di controversia prevederebbe un arbitrato irrituale e quindi sarebbe inidonea a configurare una questione di giurisdizione (con conseguente inammissibilità del ricorso), la Cassazione ha rilevato – dando seguito al suo orientamento – che *“l'arbitrato internazionale non può essere che rituale”*, poiché *“la distinzione tra arbitrato rituale e irrituale, ben conosciuta dal nostro diritto vivente [oltre che dal codice di procedura civile, n.d.s.], è invece poco praticata in ambito internazionale”*.

Superata questa questione pregiudiziale, la Corte di Cassazione ha poi offerto una lettura restrittiva dell'art. 83/bis l.fall.: *“(…) non si può trarre alcuna conseguenza interpretativa di carattere sistematico – nel senso, cioè, dell'improcedibilità del procedimento arbitrale – dal disposto dell'art. 83/bis l.fall. essendo, invece, legittimo il ragionamento contrario. Invero sebbene la norma cit. (…) affermi la natura accessoria della clausola compromissoria con riferimento alla sola ipotesi presa in considerazione dalla stessa (e, cioè, quella di un giudizio arbitrale pendente e di scioglimento del contratto su iniziativa del curatore ai sensi dell'art. 72 l.fall.), sulla scorta della medesima previsione si deve pervenire alla conclusione, secondo la quale, nell'ipotesi di subentro da parte del curatore nelle situazioni giuridiche attive derivanti dal contratto contenente la clausola compromissoria, questa conservi piena efficacia anche nei confronti del curatore: diversamente opinando, infatti, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del contratto di cui pure chiede l'adempimento”*. Le Sezioni Unite aggiungono, poi, che *“non rileva che, nello specifico, il contratto fosse scaduto e non rinnovato al momento della proposizione del ricorso per ingiunzione, dal momento che l'applicabilità della clausola arbitrale risponde all'esigenza di regolare le situazioni già insorte da quel contratto secondo la procedura ivi stabilita”*.

Un particolare profilo di interesse deriva, infine, dalla circostanza che la società di trasporto aereo ha formulato, nei confronti della società insolvente, una domanda riconvenzionale. Tale domanda, nella prospettiva del fallimento controricorrente, non potrebbe essere conosciuta dagli arbitri (in effetti, secondo Cass., SS.UU., 6 giugno 2003, n. 9070, *“l'effetto attributivo della cognizione agli arbitri, che è proprio della clausola compromissoria, è in ogni caso (…) paralizzato dal prevalente effetto, prodotto dal fallimento, dell'avocazione dei giudizi aventi ad oggetto l'accertamento di un credito verso l'impresa sottoposta alla procedura concorsuale allo speciale procedimento di verifica dello stato passivo, inderogabilmente demandato all'ufficio fallimentare”*). Nella pronuncia in commento della Suprema Corte si intravede invece un (sia pur parziale) indebolimento della *vis attractiva concursus*, accompagnato dalla riaffermazione, anche in questa materia, del principio *Kompetenz-Kompetenz*: *“(…) è estranea al presente regolamento la questione dell'azionabilità o meno in via riconvenzionale nella procedura arbitrale (…) del controcredito opposto in compensazione al Fallimento; invero, una volta esclusa la giurisdizione del giudice italiano, per effetto della deroga in favore di arbitrato straniero, sulla controversia avente ad oggetto il credito fatto valere dal Fallimento, le regole che tali arbitri dovranno adottare nella decisione esulano dalla questione di giurisdizione”*.

*ormai conclusa con declaratoria dell'insussistenza della stessa da parte del giudice italiano, rientrando invece esclusivamente nella giurisdizione degli arbitri stranieri?*

Forse potremo leggere nuovamente di questa vicenda, quando verrà chiesto il riconoscimento del lodo LCIA in Italia.

La massima della pronuncia in commento redatta dall'Ufficio del massimario non brilla purtroppo per chiarezza, anche perché si focalizza su un passaggio dell'ordinanza delle Sezioni Unite, che però in realtà non ne rappresenta la *ratio decidendi*. In ogni caso, tale massima è la seguente: *“Nel caso di convenzione contenente una clausola compromissoria stipulata prima della dichiarazione di fallimento di una delle parti (nella specie, una clausola di arbitrato internazionale), il mandato conferito agli arbitri non è soggetto alla sanzione dello scioglimento prevista dall'art. 78 legge fall., configurandosi come atto negoziale riconducibile all'istituto del mandato collettivo e di quello conferito anche nell'interesse di terzi. Tale interpretazione trova indiretta conferma nel disposto dell'art. 83 bis legge fall., atteso che, se il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito nel caso di scioglimento del contratto contenente la clausola compromissoria, deve, di contro, ritenersi che detta clausola conservi la sua efficacia ove il curatore subentri nel rapporto, non essendo consentito a quest'ultimo recedere da singole clausole del contratto di cui chiede l'adempimento”* (Cass., Sezioni Unite, ordinanza n. 10800 del 26 maggio 2015, massima Rv. 635360).

\*  
\*\*

## Regole del procedimento

di Roberto Oliva

**L**a disciplina codicistica concernente le regole di svolgimento del procedimento arbitrale trova la sua chiave di volta nell'art. 816/*bis*, co. 1, cod. proc. civ.: *“Le parti possono stabilire nella convenzione di arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all’inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell’arbitrato. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell’arbitrato nel modo che ritengono più opportuno. Essi debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa (...)”*.

Non è però frequente che la clausola compromissoria contenga una disciplina compiuta ed esaustiva del procedimento. A ben vedere, tale disciplina neppure si rinviene in caso di arbitrato amministrato, poiché i regolamenti arbitrali – saggiamente – non costringono il procedimento, e in particolare l'istruttoria, entro limiti predeterminati: le istituzioni arbitrali prediligono infatti, in materia, la soft law. Si pensi, ad esempio, alle Note sulla consulenza tecnica recentemente adottate dalla Camera Arbitrale di Milano. Ebbene, queste note precisano di non voler *“essere una nuova regolamentazione della materia arbitrale ma (...) un ausilio per i consulenti tecnici”* – e per gli arbitri, *ça va sans dire*.

La libertà che le parti (e le istituzioni arbitrali) concedono agli arbitri in punto gestione del procedimento trova però il suo limite invalicabile nel rispetto del principio del contraddittorio.

Ecco che quindi i casi concreti, sottoposti al vaglio delle Corti di Appello e della Corte di Cassazione, hanno consentito di definire i punti (o almeno, alcuni dei punti) in cui corre questo confine invalicabile.

In materia, nella giurisprudenza della Suprema Corte, la fattispecie più recente è quella decisa dalla Seconda Sezione con sentenza n. 10809 del 26 maggio 2015. La parte ricorrente in Cassazione (attrice e parzialmente soccombente nel procedimento arbitrale) ha lamentato, tra le altre cose, una lesione del contraddittorio consistente in questo: il consulente tecnico nominato nel corso del procedimento arbitrale avrebbe *“utilizzato un documento (...) non prodotto*

*ritualmente in causa e non allegato alla consulenza tecnica d'ufficio, ma verosimilmente consegnato al C.T.U. dal tecnico di parte*” della convenuta.

L'utilizzo di un documento così acquisito al procedimento non è però sufficiente a comportare la nullità del lodo, nonostante essa abbia contribuito a determinare il contenuto della decisione arbitrale. Invero, poiché nel corso del procedimento arbitrale le parti avevano potuto esprimere le loro posizioni su questo documento consegnato al CTU, e in particolare sulla sua ammissibilità, e poiché inoltre il contenuto del documento in parola era senz'altro conosciuto alla parte contro la quale era stato prodotto, non sussiste la lamentata lesione del contraddittorio: *“le circostanze evidenziate dalla Corte territoriale dimostrano come l'impugnante principale abbia avuto conoscenza della esibizione dei documenti in questione al consulente tecnico d'ufficio e del loro contenuto, e sia stata, pertanto, in grado di svolgere al riguardo le opportune difese”*.

La sentenza in commento è stata così massimata: *“In tema di arbitrato, qualora le parti non abbiano determinato, nel compromesso o nella clausola compromissoria, le regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo che ritengano più opportuno, anche discostandosi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, con l'unico limite del rispetto dell'inderogabile principio del contraddittorio, posto dall'art. 101 cod. proc. civ., il quale, tuttavia, va opportunamente adattato al giudizio arbitrale, nel senso che deve essere offerta alle parti, al fine di consentire loro un'adeguata attività difensiva, la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di esaminare ed analizzare le prove e le risultanze del processo, anche dopo il compimento dell'istruttoria e fino al momento della chiusura della trattazione, nonché di presentare memorie e repliche e conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse”* (Cass., Sez. II Civ., 26 maggio 2015, n. 10809, massima Rv. 635441).

Non si rinvencono massime di segno contrario; tra i molti precedenti conformi, la stessa pronuncia indica Cass., 26 settembre 2007, n. 19949; Cass., 6 novembre 2006, n. 23670; Cass., 27 ottobre 2004, n. 20828; Cass., 2 febbraio 2001, n. 1496; Cass., 13 luglio 1994, n. 6579. Con riferimento all'utilizzabilità, nell'ambito di una consulenza tecnica disposta in un procedimento avanti il Giudice statale, si segnala invece Cass., 28 gennaio 2015, n. 1611, ad avviso della quale *“(...) il C.T.U. ai sensi dell'art. 194 cod. proc. civ. può acquisire ogni elemento necessario per rispondere ai quesiti, ancorché risultante da documenti non prodotti dalle parti, a condizione che si tratti di fatti accessori, rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza e costituenti presupposto necessario per rispondere ai quesiti formulati, e non già di fatti e situazioni che, in quanto posti direttamente a fondamento delle domande o delle eccezioni delle parti, debbano essere necessariamente provati dalle stesse (...)”*.

\*  
\*\*

## Interpretazione della clausola compromissoria

di Roberto Oliva

La formulazione della clausola compromissoria dovrebbe essere effettuata con particolare attenzione, atteso che essa costituisce la fonte della *potestas indicandi* degli arbitri e che non sempre potrà porsi rimedio a suoi eventuali vizi a controversia insorta.

Tuttavia, capita che a tale clausola non venga dedicata l'attenzione necessaria, vuoi perché essa viene inserita all'ultimo momento in un contratto (non a caso, si parla di *midnight clause*), vuoi perché, raggiunto talvolta dopo estenuanti negoziazioni l'accordo sul resto del contenuto contrattuale, si sottovaluta il rischio che, proprio su quel contratto, possa sorgere una controversia.

Sull'interpretazione di una clausola compromissoria, dalla formulazione non particolarmente felice, si è espresso il Tribunale di Milano con ordinanza del 19/22 gennaio 2015.

Il Tribunale era stato adito, in via cautelare, per ottenere la sospensione degli effetti di una delibera adottata dall'assemblea di una società per azioni.

La società resistente si era costituita nel procedimento cautelare sollevando, tra le altre cose, *exceptio compromissi*.

La clausola, contenuta nello statuto della società, era del seguente tenore: *“Qualunque controversia insorgente tra i soci e la società, ivi comprese quelle relative alla validità delle delibere assembleari (...) avente ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, potrà essere devoluta ad un Arbitro Unico”*.

Ebbene, il Tribunale di Milano è giunto alla conclusione che *“la clausola in questione concede ai soci la facoltà di adire gli arbitri, senza imporre loro un obbligo in tal senso”*; in altri termini, *“le parti hanno la facoltà di adire l'arbitro, ma se una dissente rimane obbligata la scelta della giurisdizione ordinaria”*. In proposito, il giudice del cautelare ha rilevato che *“l'uso del verbo «potere» è inusuale in clausole arbitrali, dove l'obbligo di adire gli arbitri è espresso, se non addirittura con l'uso dell'ausiliare «dovrà», con l'uso del verbo «devolvere» all'indicativo o al futuro”* (in effetti, la clausola modello per arbitrati societari predisposta dalla Camera Arbitrale di Milano prevede che

*“Tutte le controversie aventi ad oggetto rapporti sociali, comprese quelle relative alla validità delle delibere assembleari, promosse da o contro i soci, da o contro la società, da o contro gli amministratori, da o contro i sindaci, da o contro i liquidatori, saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano. Il Tribunale Arbitrale sarà composto da un arbitro unico/tre arbitri, nominato/i dalla Camera Arbitrale. L’arbitrato sarà rituale e gli arbitri decideranno secondo diritto”*).

Mi pare che la conclusione cui è pervenuto il Tribunale di Milano (sussistenza della propria competenza) sia corretta, anche se non condivido taluni passaggi del percorso argomentativo. Innanzi tutto, a ben vedere, l’esistenza e la portata della clausola compromissoria statutaria erano, nel caso di specie, del tutto irrilevanti. Infatti, costituisce ormai *jus receptum* il principio secondo il quale, sino alla costituzione del tribunale arbitrale, il giudice statale è competente a conoscere delle istanze cautelari delle parti. Di ciò, peraltro, dà atto lo stesso Tribunale di Milano nell’ordinanza in commento.

Inoltre, mi sembra veramente eccessiva, e frutto forse di un certo sfavore per l’arbitrato, l’affermazione del giudice della cautela, secondo la quale *“le parti hanno la facoltà di adire l’arbitro, ma se una dissente rimane obbligata la scelta della giurisdizione ordinaria”*. A mio avviso, invece, la clausola in parola può essere interpretata nel senso che è consentito all’attore di scegliere la modalità di soluzione delle controversie (giudice statale o arbitro) che preferisce e ciò poiché tale clausola, per l’appunto, prevede la facoltà (la mera facoltà e non l’obbligo) di deferire le controversie a un tribunale arbitrale, sicché non sarà necessaria una nuova manifestazione di consenso al procedimento arbitrale della parte convenuta: tale consenso in effetti è già contenuto nella clausola.

Una fattispecie molto simile è stata decisa dal Tribunale di Bari, con la sua sentenza n. 2379 del 5 luglio 2011 (richiamata nell’ordinanza in commento del Tribunale di Milano): in quella occasione, l’impiego dell’ausiliare *“potere”* ha indotto il giudice a ritenere che *“le parti abbiano previsto la mera facoltà di esperire l’arbitrato, restando salva la scelta di adire l’autorità giudiziaria ordinaria”*.

\*\*

## Arbitrato e impugnazione di bilancio di Roberto Oliva

**I**l Tribunale di Milano è tornato sul tema del rapporto tra giurisdizione statale e competenza arbitrale in relazione all'impugnazione del bilancio di esercizio di una società (nella specie, una società per azioni) il cui statuto prevede una clausola compromissoria (Trib. Milano, 28 luglio 2015, n. 9115).

Questa sentenza è a mio avviso interessante, sotto due profili.

Innanzitutto, la sezione specializzata milanese afferma il principio secondo il quale, in materia di impugnazioni di bilancio, possono essere devolute alla cognizione arbitrale le controversie in cui si lamenta l'invalidità della delibera per un vizio procedurale, mentre restano di competenza esclusiva del giudice statale le controversie in cui il vizio della delibera discende dal carattere viziato del contenuto (ad esempio, non chiaro o non veritiero) del bilancio di esercizio: *“Il principio della non compromettibilità in arbitri delle delibere in materia di bilancio (...) attiene in realtà (propriamente ed esclusivamente) alla inderogabilità dei principi normativi di redazione del bilancio quale documento obbligatorio rivolto non solo ai soci ma alla generalità dei terzi e come tale non riguarda affatto eventuali vizi relativi alla procedura di formazione della volontà assembleare (...) ma propriamente ed esclusivamente vizi (sostanziali) di chiarezza e verità del bilancio”*.

La stessa sezione, in passato, ha offerto una differente interpretazione dell'ambito dell'arbitrabilità delle controversie societarie, che veniva considerato più ampio, sino a ricomprendere anche i vizi per così dire sostanziali del bilancio (si veda, ad esempio, Trib. Milano, 10 maggio 2013, n. 6595).

La Corte di Cassazione ha però ritenuto che l'orientamento del Tribunale di Milano non fosse corretto: avverso la pronuncia appena citata, in effetti, è stato proposto regolamento di competenza e la Suprema Corte ha affermato la competenza del giudice statale, ritenendo che non sarebbe compromettibile in arbitri la controversia relativa alla validità della delibera di approvazione di bilancio, ove vengano lamentati vizi inerenti il suo contenuto (Cass., Sez. VI, 10 giugno 2014, n. 13031, pure richiamata dalla sentenza in commento).

Potrebbe quindi essere destinato a risolversi il contrasto sul punto tra l'interpretazione di talune Corti di merito (tra le quali, per l'appunto, quella di Milano) e quella della Corte di legittimità; contrasto che certo non ha contribuito alla diffusione dell'arbitrato societario.

Va però detto – *amicus Plato sed magis amica veritas* – che la precedente interpretazione del Tribunale di Milano mi sembrava preferibile.

Nella pronuncia del 2013, il Tribunale aveva infatti affermato l'arbitrabilità delle controversie in materia di impugnazione di bilancio, ponendo luce sulla circostanza che le norme inderogabili non necessariamente comportano il sorgere di diritti indisponibili: *“Non va confusa la inderogabilità delle norme, quali – per altro con alcuni significativi spazi di discrezionalità – quelle sul bilancio, con la indisponibilità dei diritti che ne nascono: la inderogabilità significa che l'ordinamento esige la applicazione di determinate discipline, eliminando spazi di autonomia privata, la quale può solo aderire o meno ad uno schema processuale prefissato. La indisponibilità significa che il privato non può con il proprio consenso o dissenso determinare la applicazione di un diritto, come avviene ad esempio in materia di filiazione. In questo senso se inderogabile è la norma, il diritto che ne nasce può essere disponibile, come sono inderogabili, a titolo di esempio, le norme di tutela dell'acquisto del consumatore, senza che ciò significhi che il suo acquisto sia un atto indisponibile, anzi la inderogabilità è posta proprio a tutela del suo atto volontario di acquisto. In materia societaria vi sono poi materie inderogabili e indisponibili – ad esempio la società a oggetto illecito che non può essere stipulata a pena di nullità – ma così non è per il bilancio, laddove il socio è chiamato a dare, o negare, il proprio consenso al progetto predisposto dagli amministratori”*.

Ebbene, se quest'ultima osservazione (il fatto che sul bilancio d'esercizio il socio è chiamato a dare o negare il proprio consenso dimostra il carattere disponibile del diritto in questione) consente di ritenere arbitrabili le liti in materia di impugnazione di bilancio, non mi pare convincente l'argomentazione seguita dalla Corte di legittimità per arrivare al risultato opposto.

La Suprema Corte ha infatti dato continuità al suo orientamento, formatosi prima della riforma del diritto societario, e ha affermato espressamente che le ragioni del suo risalente convincimento *“nulla hanno a che vedere con gli strumenti processuali posti a disposizione dei soci e dei terzi a protezione dei loro interessi”*.

Le caratteristiche dell'azione *ex art. 2379 cod. civ.*, che mal si adattano alla tutela di diritti indisponibili, sono quindi irrilevanti per la Cassazione, secondo la quale la nozione di diritto indisponibile ricomprende *“tutte le situazioni sostanziali sottratte alla regolamentazione dell'autonomia privata, ovvero disciplinate da un regime legale che escluda qualsiasi potere di disposizione delle parti, nel senso che esse non possono derogarvi, rinunciarvi o comunque modificarlo”*. In altri termini, si riaffaccia pericolosamente l'equiparazione, a mio avviso erronea, tra norma inderogabile e natura indisponibile del diritto che in tale norma trova la sua fonte.

I giudici di legittimità proseguono poi affermando che *“il socio o il terzo possono rinunciare all'impugnazione della delibera di approvazione del bilancio redatto in violazione dei principi di chiarezza, verità e correttezza, ma non possono concordare con l'amministratore*

*se ed in quale misura quei principi debbano trovare applicazione, né rinunciare a che vengano rispettati, se non rendendosi corresponsabili dell'illecito".* Il ragionamento della Cassazione, sul punto, non è particolarmente chiaro. Non comprendo infatti come le conseguenze del *pactum sceleris* immaginato dalla Suprema Corte possano smentire che il socio che approvasse un bilancio viziato, perché ad esempio non chiaro o non veritiero, disporrebbe del suo diritto a veder rispettate le norme inderogabili in materia di contenuto del bilancio d'esercizio (e ciò di certo non costituirebbe di per sé un illecito).

Tornando alla sentenza in commento del Tribunale di Milano, il suo ulteriore profilo di interesse è rappresentato dal fatto che essa costituisce una realizzazione concreta del principio delle vie parallele, di cui agli artt. 817 e 819/*ter* cod. proc. civ. La stessa deliberazione, in effetti, era stata impugnata sia in sede arbitrale sia avanti il giudice statale (la doppia impugnazione ben si spiega, alla luce delle incertezze giurisprudenziali in punto arbitrabilità dell'impugnazione di bilancio). I due giudizi sono proseguiti, per l'appunto parallelamente, e hanno avuto esiti tra loro complementari: gli arbitri si sono pronunciati sui vizi procedurali della deliberazione impugnata, ossia quelli ritenuti arbitrabili dal Tribunale di Milano, il quale invece ha conosciuto dei vizi concernenti il contenuto del bilancio.

\*\*

## Riconoscimento di lodo straniero

di Roberto Oliva

**L**a Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata (Sez. I Civ., sentenza n. 16901 del 9 luglio / 19 agosto 2015) in una vicenda concernente il riconoscimento e l'esecuzione in Italia di un lodo pronunciato nello Stato della Città del Vaticano, respingendo le doglianze svolte dalla parte soccombente in arbitrato, ad avviso della quale, da un lato, la controversia decisa dagli arbitri non avrebbe potuto essere oggetto di compromesso e, dall'altro lato, il lodo avrebbe pure contenuto disposizioni contrarie all'ordine pubblico.

Un particolare profilo di interesse della pronuncia in parola è rappresentato dalla circostanza che essa, adottando un condivisibile approccio non formalistico, ha confermato la sentenza della Corte di Appello di Roma, che aveva dichiarato esecutivo il lodo vaticano nell'ambito di un procedimento “*sbagliato*”, ossia di un procedimento *ex art. 67 l. 31 maggio 1995, n. 218* (che regola il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere), anziché *ex art. 839 cod. proc. civ.* (che invece regola il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri).

Il lodo arbitrale era stato pronunciato il 17 dicembre 2007 e con esso era stato accertato che il contratto di locazione stipulato tra l'Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme e l'Hotel Columbus s.r.l. sarebbe scaduto il 31 dicembre 2007, condannando quindi Hotel Columbus s.r.l. al rilascio dell'immobile e al pagamento delle spese di lite.

Il lodo aveva resistito alle impugnazioni promosse avanti il Tribunale di Prima Istanza e la Suprema Corte di Cassazione del Vaticano.

Come accennato, il riconoscimento in Italia del lodo in parola era stato richiesto dall'Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme ai sensi dell'art. 67 l. n. 218/1995, anziché ai sensi dell'art. 839 cod. proc. civ. e, a fronte dell'eccezione della parte convenuta, la Corte di Appello di Roma aveva affermato che a suo avviso quella attivata era la procedura corretta, ritenendo in sostanza che il lodo fosse stato in qualche modo assorbito dalla sentenza straniera che ne aveva affermato la legittimità (o, più precisamente, che aveva negato la fondatezza dei dedotti motivi di illegittimità).

Questo erroneo ragionamento della Corte di Appello ha offerto a Hotel Columbus s.r.l. un motivo di ricorso in cassazione; motivo che però è stato respinto dalla Suprema Corte. Oggetto di riconoscimento in Italia è senz'altro il lodo e quindi il procedimento promosso in Italia (*ex art. 67 l. n. 218/1995*) non era quello corretto. Ma, come ricorda la Cassazione, *“la denuncia di vizi fondati sulla violazione di norme processuali non va vista in funzione autoreferenziale di tutela dell'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce, solo, l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte per effetto della violazione denunciata”*. Ora, nel caso di specie, Hotel Columbus s.r.l. aveva conseguito dalla violazione processuale non un pregiudizio, bensì un vantaggio: era stato promosso infatti un procedimento (per l'appunto, quello *ex art. 67 l. n. 218/1995*) a contraddittorio immediato, quindi con il suo immediato coinvolgimento, anziché un procedimento (quello *ex art. 839 cod. proc. civ.*) a contraddittorio differito. Non solo: in tale procedimento erano stati precisamente denunciati taluni tra i vizi che, ai sensi degli artt. 839 e 840, impediscono il riconoscimento in Italia del lodo straniero (e, nello specifico, la non compromettibilità della controversia e la contrarietà del lodo all'ordine pubblico). La Suprema Corte ha quindi escluso *“la sussistenza di alcun interesse difensivo di ordine sostanziale della ricorrente a far valere il vizio di procedura”*.

La Cassazione ha pure ritenuto infondata la doglianza secondo la quale il lodo avrebbe pronunciato su controversia che non potrebbe formare oggetto di compromesso secondo la legge italiana.

Il lodo, come detto, era stato reso il 17 dicembre 2007 e aveva accertato che il contratto di locazione concluso tra le parti dell'arbitrato sarebbe scaduto il 31 dicembre 2007. Ad avviso di Hotel Columbus s.r.l. il lodo avrebbe quindi pronunciato una convalida di licenza per finita locazione; pronuncia che però sarebbe riservata al solo giudice statale: di qui la sua doglianza in punto non compromettibilità della controversia. Al riguardo, la Cassazione ha rilevato che la riserva di competenza del giudice statale *“si giustifica limitatamente alla prima fase a cognizione sommaria, non sussistendo, invece, alcuna preclusione che, nella fase successiva, a cognizione piena, la causa sia decisa da arbitri, come nella specie è accaduto, tanto più in considerazione della natura giurisdizionale dell'arbitrato, quale delineata all'esito delle innovazioni di cui alla l. n. 25 del 1994 ed al d.lgs. n. 40 del 2006”*.

Hotel Columbus s.r.l. lamenta poi una duplice violazione dell'ordine pubblico italiano: in particolare, dell'art. 79 della l. 27 luglio 1978, n. 392 (poiché la data del 31 dicembre 2007, accertata dagli arbitri quale termine del contratto di locazione, sarebbe stata invalidamente pattuita in un accordo transattivo concluso il 23 gennaio 1988, che escludeva la rinnovazione alla scadenza del contratto di locazione) e dell'art. 2 del d.l. 6 giugno 1956, n. 476, convertito in l. 25 luglio 1956, n. 786 (poiché il suddetto accordo transattivo avrebbe pure consentito l'esportazione di capitali all'estero in violazione della relativa disciplina).

Anche queste violazioni sono state ritenute insussistenti dalla Corte di Cassazione.

Quanto alla violazione dell'art. 79 della l. 392/1978, la Suprema Corte osserva che, in virtù dell'accordo transattivo del 1988, non si era creato un nuovo rapporto di locazione, ma si era invece concordata l'ultima proroga di un contratto già esistente (da un altro passo della sentenza, si apprende che il rapporto di locazione era iniziato nel 1958).

Quanto invece alla violazione dell'art. 2 del d.l. 476/1956, convertito in l. 786/1956, la Cassazione sottolinea che la Corte di Appello ha già *“ritenuto insussistente la dedotta esportazione di capitali all'estero, in relazione agli elementi di fatto considerati, e tale valutazione è incensurabile in sede di legittimità”*.

Va infine detto che, alla luce della motivazione della sentenza di Cassazione, pare che le doglianze di Hotel Columbus s.r.l. riguardassero la contrarietà all'ordine pubblico non tanto (o non solo) del lodo, bensì (a monte) del contratto oggetto di cognizione da parte degli arbitri (*“La censura con cui si deduce la contrarietà all'ordine pubblico italiano (...) della pattuizione con cui era stata prevista la scadenza del 31.12.2007 della locazione (...)”*).

I due profili tendono senz'altro a coincidere in punto violazione dell'art. 79 della l. 392/1978 (il lodo, accertando la scadenza del contratto di locazione, avrebbe dato attuazione a una intesa asseritamente contraria all'ordine pubblico, in quanto volta a precludere la rinnovazione alla prima scadenza del contratto di locazione). Per quanto invece riguarda la violazione della normativa concernente l'esportazione all'estero di capitali, questa coincidenza pare rinvenirsi nella pretesa nullità dell'accordo transattivo del 1988; nullità le cui conseguenze (nella prospettazione di Hotel Columbus s.r.l.) sul contratto di locazione oggetto della cognizione del Tribunale arbitrale non sono però esplicitate nella motivazione della sentenza della Cassazione.

\*  
\*\*

## Compensi degli arbitri di Roberto Oliva

**L**a Corte di Cassazione, con la sentenza n. 17956 dell'11 settembre 2015, ha fornito (a quanto mi consta, per la prima volta) la sua interpretazione dell'art. 816/*septies* cod. proc. civ. in tema di compensi degli arbitri, specificando il suo ambito e le sue condizioni di operatività.

Ai sensi dell'art. 816/*septies* cod. proc. civ., *“Gli arbitri possono subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili. (...)”* (co. 1). Il secondo comma dello stesso articolo prevede inoltre che *“Se una delle parti non presta l'anticipazione richiestale, l'altra può anticipare la totalità delle spese. Se le parti non provvedono all'anticipazione nel termine fissato dagli arbitri, non sono più vincolate dalla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale”*.

Di questa norma ha fatto applicazione (erronea, ad avviso della Corte di Cassazione) un collegio arbitrale che, preso atto del mancato pagamento dell'acconto richiesto alle parti (relativo alla metà dei compensi a titolo anche di onorari), aveva da ciò dedotto la loro volontà di sciogliere il vincolo compromissorio e dichiarato quindi l'improcedibilità dell'arbitrato.

Il lodo, impugnato avanti la Corte di Appello di Napoli, è stato dichiarato nullo da quest'ultima, con pronunzia confermata dalla Cassazione.

La Suprema Corte, innanzi tutto, ha rilevato che l'art. 816/*septies* cod. proc. civ. (con le sue gravi conseguenze) non si applica sol perché gli arbitri hanno richiesto il pagamento di una anticipazione entro un determinato termine ed entro questo termine il pagamento non è intervenuto. Invero, secondo la Cassazione è pure necessaria *“una specifica manifestazione della volontà di condizionare la prosecuzione del procedimento al versamento delle somme dovute a titolo di anticipazione delle spese prevedibili”* (che nel caso di specie mancava).

La Corte di Cassazione aggiunge poi che in ogni caso il riferimento alle *“spese prevedibili”* contenuto nell'art. 816/*septies* cod. proc. civ. non può essere interpretato in maniera estensiva: esso riguarda solo le spese e non anche gli

onorari. Si tratta, in effetti, dell'opinione prevalente pure in dottrina, sia pure occasionalmente contraddetta da qualche Tribunale arbitrale.

Sul punto, può essere utile anche un confronto con il Regolamento della Camera Arbitrale di Milano. La disposizione che ci interessa è l'art. 38 del Regolamento arbitrale: *“Se una parte non deposita l'importo richiesto, la Segreteria Generale può richiederlo all'altra parte e fissare un termine per il pagamento ovvero può, se non lo abbia già stabilito in precedenza, suddividere il valore della controversia e richiedere a ciascuna parte un importo correlato al valore delle rispettive domande, fissando un termine per il deposito. In ogni caso di mancato deposito entro il termine fissato, la Segreteria Generale può sospendere il procedimento, anche limitatamente alla domanda per la quale vi è inadempimento. La sospensione è revocata dalla Segreteria Generale, verificato l'adempimento. Decorso un mese dalla comunicazione del provvedimento di sospensione previsto dal comma 2 senza che il deposito sia eseguito dalle parti, la Segreteria Generale può dichiarare l'estinzione del procedimento, anche limitatamente alla domanda per la quale vi è inadempimento, senza che con ciò venga meno l'efficacia della convenzione arbitrale”*.

La disposizione del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano ha un ambito di applicazione più ampio dell'art. 816/*septies* cod. proc. civ.: essa riguarda infatti tutti i costi del procedimento, compresi quindi gli onorari della Camera Arbitrale, del Tribunale arbitrale e degli eventuali consulenti tecnici d'ufficio. A questo ampliamento fa però da contrappeso il carattere meno grave della sanzione collegata al mancato pagamento: non più la caducazione della convenzione arbitrale (sia pur limitatamente all'oggetto del contendere), ma la mera estinzione del procedimento arbitrale.

\*\*

## Arbitrato e finanziamento soci di Roberto Oliva

**S**ono devolute alla cognizione degli arbitri, in presenza di una clausola compromissoria statutaria, anche le controversie tra (ex) socio e società relative alla restituzione di un finanziamento soci, in quanto concernenti il rapporto sociale (pure nel caso in cui esso sia nel frattempo cessato). Questa, in estrema sintesi, è la *ratio decidendi* della sentenza della Terza Sezione del Tribunale di Roma, n. 18316 del 17 settembre 2015.

Un (ex) socio di una società cooperativa sociale, dopo aver esercitato il diritto di recesso, ha ottenuto dal Tribunale di Roma un decreto ingiuntivo nei confronti della società stessa per la restituzione di somme versate a titolo di finanziamento soci.

La società ha proposto opposizione avverso questo decreto ingiuntivo, eccependo tra le altre cose l'incompetenza del giudice statale, in forza dell'art. 35 del suo statuto, ai sensi del quale *“Tutte le controversie derivanti dal presente Statuto, dai regolamenti approvati dall'assemblea e più in generale dal rapporto sociale, ivi comprese quelle relative alla validità, all'interpretazione e alla applicazione delle disposizioni statutarie e regolamentari o delle deliberazioni adottate dagli organi sociali e quelle relative al recesso od esclusione dei soci, che dovessero insorgere tra la società cooperativa ed i soci, o tra i soci, e che abbiano ad oggetto diritti disponibili, anche quando sia oggetto della controversia la qualità di socio (fermo restando il disposto dell'art. 10 circa la decisione dei soci in caso di diniego dell'organo amministrativo all'ammissione di nuovo socio), devono essere rimesse alla decisione di un Collegio Arbitrale (...)”*.

Il Tribunale di Roma, rilevando che il finanziamento concesso alla società dall'ex socio creditore/convenuto opposto *“fosse scaturente dal rapporto sociale e, quindi, che la pretesa creditoria trovi la sua ragione proprio nel rapporto sociale, pur cessato”*, ha ritenuto fondata l'eccezione sollevata dalla società. Il giudice ha inoltre osservato che la cessazione della qualità di socio in capo al creditore/convenuto opposto era nel caso di specie irrilevante, giacché la clausola compromissoria statutaria sopra citata rimette alla competenza arbitrale pure controversie *“in cui certamente una delle parti in causa non è più socio (...) (ad esempio, ...quelle relative al recesso od esclusione dei soci...)”*.

Il giudice non ha però dichiarato la propria incompetenza in favore del Tribunale arbitrale previsto dalla clausola compromissoria statutaria: l'arbitrato disciplinato da quest'ultima, infatti, è un arbitrato irrituale. Il rapporto tra arbitri e giudice statale, quindi, nel caso di specie non si declina secondo i canoni della competenza/incompetenza; si verte invece, come osservato dal Tribunale di Roma, in una ipotesi di improponibilità della domanda avanti il giudice statale.

Nonostante la soccombenza di una parte su una questione preliminare, il giudice ha compensato le spese processuali, osservando che – a suo avviso – l'iniziativa dell'ex socio creditore non sarebbe stata improponibile ad origine, ma lo sarebbe divenuta solo dopo che la società debitrice ha sollevato eccezione di compromesso. Si tratta forse di una interpretazione un po' troppo ampia dell'art. 92 cod. proc. civ., che nel testo applicabile *ratione temporis* prevedeva che la compensazione delle spese fosse possibile, oltre che per il caso di soccombenza reciproca, solo in presenza di “*altre gravi ed eccezionali ragioni*”.

\*\*

## Sull'interpretazione di una clausola compromissoria statutaria

di Roberto Oliva

Con la recente pronuncia n. 10610 del 22 settembre 2015, il Tribunale di Milano si è dichiarato incompetente a conoscere di una causa di impugnazione di una delibera di una società cooperativa, fornendo una interpretazione estensiva dell'ambito di operatività della clausola compromissoria contenuta nello statuto di tale società.

Una socia di una società cooperativa ha impugnato, avanti il Tribunale di Milano, la delibera con la quale era stata esclusa dalla compagine sociale.

La società convenuta ha eccepito l'incompetenza del Tribunale di Milano, per essere invece competente il collegio arbitrale di cui all'art. 35 del suo statuto, ai sensi del quale *“qualsiasi controversia insorta tra soci e la società o tra i soci tra di loro che abbia ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, nonché le controversie promosse da Amministratori componenti dell'Organo di Controllo e liquidatori o nei loro confronti sono demandate, ai sensi dell'art. 34 del Decreto Legislativo 17 gennaio 2003 n. 5 alla decisione di un collegio arbitrale composto da tre membri nominati su richiesta di una delle parti, dal Presidente del Tribunale ove ha sede la società che indica anche l'arbitro al quale è attribuita la funzione di Presidente. La clausola compromissoria è vincolante per gli amministratori, per i componenti dell'organo di controllo e per i liquidatori a seguito dell'accettazione dell'incarico”*.

Nella prospettazione dell'attrice, il giudizio arbitrale di cui all'art. 35 dello statuto sarebbe meramente facoltativo (e quindi il giudice statale conserverebbe la sua competenza), per un duplice ordine di ragioni. Innanzi tutto, l'arbitrato sarebbe meramente facoltativo nei rapporti tra soci e società poiché la clausola compromissoria statutaria, che pure prevede espressamente il suo carattere vincolante per gli amministratori, i componenti dell'organo di controllo e i liquidatori a seguito dell'accettazione dell'incarico, nulla invece dispone per i singoli soci. Inoltre, l'arbitrato sarebbe facoltativo anche perché, ai sensi dell'art. 12 dello statuto, *“il socio escluso può proporre opposizione al collegio arbitrale (...)”*, rimettendo quindi al socio la scelta tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale.

Il Tribunale di Milano ha ritenuto che entrambi questi argomenti fossero infondati.

In primo luogo, la specificazione secondo la quale la clausola compromissoria statutaria è vincolante nei confronti di amministratori, membri dell'organo di controllo e liquidatori solo dopo l'accettazione dell'incarico non rappresenta altro se non l'esplicitazione *“di un principio recepito in via pressoché unanime da dottrina e giurisprudenza”*, che non esclude affatto l'obbligatorietà per tutti i soci dell'arbitrato societario; obbligatorietà che in effetti deriva *“direttamente dal rapporto sociale regolato dallo statuto che contiene la clausola in esame”*.

Il Tribunale di Milano riconosce poi che la formulazione dell'art. 12 dello statuto, più sopra richiamato, può far sorgere un dubbio interpretativo: poiché essa impiega l'ausiliare *“potere”* (*“il socio escluso può proporre opposizione al collegio arbitrale (...)”*), parrebbe concedere una facoltà al socio più che imporgli un obbligo. In effetti lo stesso Tribunale di Milano ha recentemente ritenuto che una clausola statutaria ai sensi della quale *“Qualunque controversia (...) potrà essere devoluta ad un Arbitro Unico”* attribuisse ai soci la facoltà di adire gli arbitri, senza tuttavia imporre alcun obbligo in tal senso.

Nel caso deciso con la sentenza in commento, invece, il giudice ha preferito una interpretazione estensiva del perimetro di applicazione della clausola compromissoria statutaria, adottando come parametro interpretativo l'art. 808/quarter cod. proc. civ., ai sensi del quale *“nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione di riferisce”*.

Il Tribunale di Milano, pertanto, si è come detto dichiarato incompetente, declinando la competenza a decidere della controversia in favore del collegio arbitrale previsto dalla clausola compromissoria statutaria.

\*\*

## Sull'impugnativa del lodo irrituale

di Maria Elena Armandola

**I**l Tribunale di Milano ha recentemente pronunciato una sentenza in cui ha affrontato il tema dell'errore rilevante ai fini della invalidità del lodo pronunciato in un arbitrato irrituale, ribadendo che deve trattarsi di errore su circostanze di fatto e non di un errore di valutazione da parte degli arbitri delle stesse circostanze di fatto, né di un errore di diritto relativo alla disciplina applicabile al caso concreto.

Il procedimento concluso con la sentenza in commento era un procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, promosso dal debitore/ingiunto cui era stato ordinato il pagamento di una somma di danaro oggetto di condanna in un lodo arbitrale irrituale; lodo che, a dire dell'opponente, sarebbe stato nullo o comunque invalido.

L'opposizione a decreto ingiuntivo è stata respinta dal giudice.

Il Tribunale di Milano ha richiamato la giurisprudenza della Suprema Corte, secondo la quale *“il lodo arbitrale irrituale – come la perizia contrattuale – per la sua natura, quoad ad effectum, negoziale, essendo volto ad integrare una manifestazione di volontà negoziale con funzione sostitutiva di quella delle parti in conflitto, e per esse vincolante, è impugnabile soltanto per i vizi che possono vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale, con conseguente inoppugnabilità per nullità ai sensi dell'art. 828 cod. proc. civ.”*.

Sempre secondo l'orientamento della Cassazione, condiviso dal giudice milanese, *“l'errore del giudizio arbitrale, per essere rilevante, secondo la previsione dell'art. 1428 cod. civ., deve essere sostanziale – o essenziale – e riconoscibile – artt. 1429 e 1431 cod. civ. – e cioè, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, devono essere gli arbitri incorsi in una falsa rappresentazione o alterata percezione degli elementi di fatto determinata dall'aver ritenuto esistenti fatti che certamente non lo sono e viceversa, ovvero contestati fatti che tali non sono – analogamente all'errore revocatorio contemplato, per i provvedimenti giurisdizionali, dall'art. 395 cod. proc. civ., n. 4”* (così Cass., Sez. III Civ., 1 dicembre 2009, n. 25268; nello stesso senso, tra le tante, Cass., Sez. I Civ., 19 dicembre 2008, n. 29772; Cass., Sez. I Civ., 15 settembre 2004, n. 18577; Cass., Sez. I Civ., 18 settembre 2001, n. 11678).

Il Tribunale di Milano ha quindi rigettato le censure formulate nei confronti del lodo irrituale, in quanto relative “*non tanto ad un errore di fatto avente le connotazioni ex art. 395, n. 4), cpc, ma piuttosto al convincimento raggiunto dagli arbitri dopo aver interpretato ed esaminato gli elementi acquisiti (...) In altre parole, la difesa di parte opponente censura il criterio di valutazione applicato dagli arbitri, che però costituisce il punto d’arrivo di un’indagine ermeneutica, e non la conseguenza di fatti o di circostanze in realtà insussistenti, essendo accertato che gli arbitri non hanno percepito dati materiali diversi da quelli ad essi sottoposti dalle parti, ma li hanno interpretati in modo che l’opponente ritiene erroneo*”.

Dal testo della sentenza emerge pure che le parti, nei loro scritti difensivi finali, hanno discusso la questione dell’invalidità del patto di opzione (ossia del patto il cui inadempimento aveva condotto alla condanna del debitore/opponente), per una asserita violazione del divieto del patto leonino.

Anche questo profilo di censura è stato però respinto dal Tribunale di Milano. Il giudice ha innanzi tutto osservato che “*si verte in ipotesi di patto leonino solo nei casi in cui l’esclusione di un socio dalle perdite o dagli utili sia assoluta e costante e non risponda a interessi meritevoli di tutela*” (in tal senso, Cass., Sez. I Civ., 29 ottobre 1994, n. 8927, richiamata dal giudice milanese; si veda anche Cass., Sez. II Civ., 21 gennaio 2000, n. 642). Ebbene, nel caso sottoposto al suo esame, il Tribunale di Milano ha ritenuto che l’esclusione dalle perdite di un socio (realizzata tramite il meccanismo di funzionamento di una opzione *put*) aveva una durata limitata nel tempo e quindi non era assoluta e costante. Inoltre, sempre secondo il Tribunale, la pattuizione non poteva neppure essere ritenuta immeritevole di tutela, posto che l’opzione in parola “*rientrava – secondo quanto pare incontestato in causa – in una complessa operazione finalizzata a consentire l’integrazione societaria ed industriale (...) al fine di un auspicato rafforzamento della dimensione patrimoniale (...)*”, con lo scopo di dotare la società le cui quote erano oggetto dell’opzione “*delle risorse patrimoniali, finanziarie e di know how necessarie per incrementare la sua quota di mercato sul mercato domestico e per competere efficacemente sul mercato internazionale*”.

\*  
\*\*

## Ancora su arbitrato e fallimento

di Roberto Oliva

**L**a Corte di Cassazione, in due recenti pronunzie, è tornata sul tema del rapporto tra arbitrato e fallimento.

La prima sentenza (Cass., Sez. I Civ., 24 giugno 2015, n. 13089) riafferma l'antico e consolidato principio secondo il quale *“in sede arbitrale non possono essere fatte valere ragioni di credito vantate verso una parte sottoposta a fallimento o ad amministrazione straordinaria, giacché l'effetto attributivo della cognizione agli arbitri (...) è in ogni caso (...) paralizzato dal prevalente effetto (...) dell'avocazione dei giudizi, aventi ad oggetto l'accertamento di un credito verso l'impresa sottoposta alla procedura concorsuale, allo speciale, ed inderogabile, procedimento di verifica dello stato passivo”*.

Maggiormente interessante è la seconda sentenza (Cass., Sezioni Unite Civili, 21 luglio 2015, n. 15200), che ha affrontato il tema del rapporto tra arbitrato e fallimento nel caso in cui il procedimento arbitrale penda all'estero e quindi vengano in rilievo le disposizioni di cui al Regolamento (CE) n. 1346 del Consiglio del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza.

Ai sensi del Regolamento (CE) n. 1346/2000, la legge dello Stato membro in cui è stata aperta una procedura d'insolvenza determina, tra le altre cose, anche gli effetti della procedura stessa sulle azioni giudiziarie individuali, salvo che per i procedimenti pendenti (art. 4, lett. f)). Gli effetti della procedura su questi ultimi sono invece disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro nel quale essi pendono (art. 15).

Alcuni giudici comunitari hanno ritenuto che le disposizioni appena citate concernano esclusivamente i procedimenti esecutivi individuali (che quindi potrebbero continuare, ove consentito dall'ordinamento ove sono pendenti, nonostante lo spossessamento derivante dal fallimento: così la High Court of Ireland, nella sua decisione 2005 IEHC 274).

Altri giudici, invece, hanno manifestato il convincimento secondo il quale gli artt. 4 lett. f) e 15 del Regolamento (CE) n. 1346/2000 troverebbero applicazione anche con riferimento a giudizi di merito, ivi compresi procedimenti arbitrali

(così la High Court of Justice britannica, nella sua decisione 2008 EWHC 2155 (Comm), confermata dalla Supreme Court of Judicature, 2009 EWCA Civ 677).

Il dubbio interpretativo dovrebbe essere infine sciolto dal Regolamento (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 848 del 20 maggio 2015, il cui art. 18, che troverà applicazione a partire dal 26 giugno 2017, prevede che *“Gli effetti della procedura d’insolvenza su un procedimento giudiziario o arbitrale pendente relativo a un bene o a un diritto facente parte della massa fallimentare di un debitore sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro in cui il procedimento è pendente o ha sede il collegio arbitrale”*.

La Corte di Cassazione, con la sentenza delle Sezioni Unite in commento, è invece giunta a un ben diverso approdo.

Nell’agosto 2000, una società italiana (Valtur) e una società egiziana (Nesco) hanno stipulato un accordo con il quale la seconda ha concesso in locazione alla prima due strutture alberghiere.

Nel dicembre 2010, è sorta contestazione tra le parti in relazione a un preteso inadempimento di Valtur, che avrebbe avuto come conseguenza la risoluzione del contratto. Sempre nel dicembre 2010, la locatrice Nesco ha promosso nei confronti di Valtur l’arbitrato ICC previsto dal contratto di locazione.

Nelle more del procedimento arbitrale, alla fine del 2011, Valtur è stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria e dichiarata insolvente dal Tribunale di Milano.

Nesco si è quindi insinuata al passivo con domanda depositata nel febbraio 2012, rilevando la pendenza dell’arbitrato ICC (ossia di un arbitrato di diritto francese) e, richiamando l’art. 15 del Regolamento (CE) n. 1346/2000 e la normativa processuale francese a suo dire applicabile, ha chiesto l’ammissione al passivo con riserva del credito oggetto del procedimento arbitrale, condizionando l’ammissione all’esito di tale procedimento.

Nel giugno 2012, il Tribunale di Milano ha ammesso al passivo Nesco, come da sua domanda, in via condizionata ex art. 55, co. 3, l.fall.

Il provvedimento del Tribunale di Milano è stato opposto da Nesco nell’ottobre 2012, per motivi riguardanti il grado di preferenza riconosciuto al suo credito nell’ambito dello stato passivo. La procedura concorsuale di Valtur, costituitasi nel procedimento di opposizione nell’aprile 2013, ha domandato in via riconvenzionale l’accertamento della giurisdizione esclusiva del giudice italiano anche in ordine alla determinazione del credito oggetto di insinuazione.

Nesco, con ricorso del febbraio 2014, ha quindi chiesto alla Corte di Cassazione di dichiarare la giurisdizione esclusiva del collegio arbitrale ICC in relazione alla determinazione dell’entità e dell’esistenza del suo credito oggetto di ammissione

al passivo con riserva nel procedimento di amministrazione straordinaria di Valtur pendente avanti il Tribunale di Milano.

Ad avviso di Nesco, innanzi tutto, la legge che governa la questione di giurisdizione in parola (riparto tra giudice statale, nella specie giudice fallimentare, e tribunale arbitrale estero) non sarebbe la legge fallimentare italiana, bensì il Regolamento (CE) n. 1346/2000. In particolare, ai sensi degli artt. 4 lett. f) e 15 del citato Regolamento, più sopra richiamati, il sopravvenire di una procedura concorsuale in uno Stato membro dell'Unione (nel caso di specie, in Italia) non inciderebbe in alcun modo sulla giurisdizione del diverso Stato membro (nel caso di specie, la Francia) in cui già pendeva una lite, spettando esclusivamente alla legge di tale ultimo Stato membro disciplinare gli effetti che il sopravvenire della procedura concorsuale produce sul giudizio pendente. E secondo la legge francese, ove il collegio arbitrale sia già costituito al momento della dichiarazione di insolvenza, il giudizio arbitrale può proseguire a condizione che il creditore depositi istanza di ammissione al passivo condizionata all'esito del procedimento arbitrale stesso: condizioni, tutte, soddisfatte nella vicenda in parola.

La Suprema Corte ha però ritenuto che il ricorso di Nesco fosse inammissibile, per più ragioni. Innanzi tutto, il regolamento preventivo di giurisdizione è stato ritenuto inammissibile perché promosso in un momento successivo alla decisione del giudice di merito, identificata dalla Cassazione nel decreto di formazione ed esecutività dello stato passivo di Valtur, emesso dal Tribunale di Milano nel giugno 2012 (mentre il ricorso di Nesco è del febbraio 2014). Inoltre, secondo la Suprema Corte la questione a essa sottoposta da Nesco non sarebbe una questione di giurisdizione in senso tecnico, bensì una questione concernente gli effetti della dichiarazione di insolvenza sulla procedura arbitrale pendente al momento della dichiarazione di insolvenza o comunque sull'efficacia della clausola compromissoria posta a fondamento della *potestas iudicandi* del Tribunale arbitrale.

Nonostante la declaratoria di inammissibilità del ricorso di Nesco, la Cassazione offre nelle ultime pagine della motivazione della sentenza la sua interpretazione dell'art. 15 del Regolamento (CE) n. 1346/2000, che la porta a riaffermare la competenza esclusiva e inderogabile del foro fallimentare.

Il Regolamento in parola secondo la Cassazione non sarebbe in realtà neppure applicabile, posto che esso è volto a disciplinare *“esclusivamente i rapporti derivanti da una procedura concorsuale che si instaura tra parti che hanno la propria residenza o sede all'interno dell'Unione Europea”* (Nesco invece è come visto una società egiziana).

Pure ove il Regolamento (CE) n. 1346/2000 fosse applicabile, esso comunque disciplinerebbe, per quel che interessa, *“soltanto gli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento pendente in sede extrafallimentare, ma non anche gli effetti di tale procedimento sulla competenza giurisdizionale relativa alla procedura fallimentare: gli artt. 4 e 15 del Regolamento non hanno direttamente ad oggetto detta competenza, pur disciplinando l'individuazione della legge che disciplina gli effetti della procedura concorsuale sui procedimenti collegati e previamente instaurati”*.

La conclusione cui perviene la Suprema Corte è quindi che la fattispecie sottoposta al suo esame (procedimento arbitrale pendente in Francia da data anteriore rispetto all'apertura della procedura di insolvenza in Italia) *“diversamente da quanto opinato, con dovizia di pur pregevoli argomentazioni da parte ricorrente (...) non è regolata dalla disciplina speciale di cui agli artt. 4, lettera f, e 15 del Regolamento CE n. 1346/2000”*.

Pare quindi di intendere che, ad avviso della Suprema Corte, l'art. 15 del vigente Regolamento riguarderebbe solo gli effetti dell'apertura della procedura di insolvenza sul procedimento pendente in altro Stato membro: in altri termini, la possibilità che, in tale Stato membro, esso continui e le eventuali condizioni perché possa continuare. Se poi il provvedimento reso all'esito di questo procedimento potrà essere opposto alla massa fallimentare, sembrerebbe essere questione rimessa al giudice fallimentare che deciderà secondo la *lex concursus*. In effetti, la Cassazione rammenta *“che, per consolidata giurisprudenza di legittimità, in sede arbitrale non possono essere fatte valere ragioni di credito vantate verso una parte sottoposta a fallimento o ad amministrazione straordinaria, giacché l'effetto attributivo della cognizione agli arbitri, proprio del compromesso o della clausola compromissoria, è in ogni caso paralizzato dal prevalente effetto, prodotto dal fallimento o dall'apertura della procedura in amministrazione straordinaria, dell'avocazione dei giudizi aventi ad oggetto l'accertamento di un credito sottoposto alla procedura concorsuale allo speciale e inderogabile procedimento di verifica dello stato passivo”*.

Rimane, a questo punto, il dubbio su quale possa essere la ratio (e la concreta utilità) della disciplina regolamentare.

\*\*

## **Rinuncia alla clausola compromissoria**

di Roberto Oliva

**I**l Tribunale di Roma (sentenza n. 19215 del 28 settembre 2015) si è pronunciato nell'ambito di una complessa vicenda riguardante i rapporti tra una società a responsabilità limitata e un suo ex amministratore: in una prima causa, la società ha svolto l'azione sociale di responsabilità; in una seconda causa (che è quella definita con la sentenza in commento) l'amministratore ha agito in via monitoria per ottenere il saldo dei compensi a suo dire dovuti. Tutto ciò, nonostante lo statuto della società contenesse, all'art. 26, una clausola compromissoria: "*Tutte le controversie sorte fra i soci oppure tra i soci e la società, gli amministratori, i liquidatori o i sindaci, aventi ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, sono risolte da un arbitro unico nominato dal Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti nel cui ambito ha sede la società (...)*". E in effetti nell'azione di responsabilità l'ex amministratore convenuto in giudizio ha sollevato nei confronti della società l'*exceptio compromissi*; eccezione che, specularmente, è stata sollevata dalla società nei confronti dell'ex amministratore nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

Si è quindi posta la questione di una eventuale rinuncia delle parti alla clausola compromissoria, in conseguenza delle loro iniziative processuali.

Innanzitutto, il Tribunale di Roma ha richiamato l'antico e consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale l'esistenza di una clausola compromissoria non esclude la competenza del giudice ordinario ad emettere un decreto ingiuntivo: grava infatti sul debitore ingiunto l'onere di sollevare, nell'atto di citazione introduttivo del giudizio di opposizione, l'*exceptio compromissi*, rilevando l'improponibilità della domanda (in caso di arbitrato irrituale) o il difetto di competenza del giudice statale (in caso di arbitrato rituale), che non sono rilevabili d'ufficio, ma sempre e solo su eccezione (in senso stretto) della parte interessata (tra le molte, si vedano ad esempio Cass., Sez. I Civ., 9 luglio 1989, n. 3246; Cass., Sez. I Civ., 28 luglio 1999, n. 8166; Cass., Sez. I Civ., 30 maggio 2007, n. 12684; Cass, Sez. II Civ., 4 marzo 2011, n. 5265).

Inoltre, il giudice ha pure ricordato che l'*exceptio compromissi* non può ritenersi abbandonata (e quindi la clausola compromissoria rinunciata) neppure in conseguenza dell'eventuale proposizione di una domanda riconvenzionale

(domanda che presupporrebbe la competenza del giudice avanti il quale è formulata) o dell'instaurazione di altra e distinta controversia in relazione allo stesso rapporto: *“non si è in presenza di alcuna rinuncia (tacita e meno che mai espressa) da parte dell'opponente alla compromettibilità in arbitri dell'odierna controversia né con riferimento alla proposizione di domanda riconvenzionale in questo giudizio né, a maggior ragione, con riferimento ad altre iniziative giudiziarie dell'attrice nei confronti del medesimo convenuto”*. Sul punto, il Tribunale di Roma ha richiamato una recente sentenza della Suprema Corte (Cass., Sez. II Civ., 20 febbraio 2015, n. 3464): *“In tema di arbitrato, la clausola compromissoria è riferibile a tutte le controversie civili o commerciali attinenti a diritti disponibili nascenti dal contratto cui essa accede, sicché la rinuncia ad avvalersene in occasione di una controversia insorta tra i contraenti non implica, di per sé, una definitiva e complessiva abdicazione alla stessa in relazione ad ogni altra controversia, a meno che le parti – con accordo la cui validità presuppone il rispetto della condizioni di forma e di sostanza proprie di un patto risolutivo degli effetti del patto compromissorio – non abbiano rinunciato definitivamente alla clausola compromissoria nel suo complesso”*.

Esclusa quindi la sussistenza di una rinuncia delle parti ad avvalersi della clausola compromissoria statutaria nella controversia sottoposta al suo esame, il giudice si è interrogato sulla sua compromettibilità.

Anche questo interrogativo è stato sciolto in senso positivo, sia pure con motivazione che (forse per il suo carattere sintetico) pare assimilare i concetti di disponibilità/indisponibilità del diritto con quelli – in realtà differenti – di derogabilità/inderogabilità delle norme che si pongono a fondamento del diritto in questione: *“È pertanto necessario accertare caso per caso, in base all'oggetto della controversia, la disponibilità o l'indisponibilità del diritto, verificando in concreto se il diritto in questione sia o meno protetto mediante la predisposizione di norme inderogabili e la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento, svincolata da una qualsiasi iniziativa di parte. Nel caso di specie non pare dubitabile che si tratti di normali questioni patrimoniali, che le parti ben possono liberamente regolarizzare o estinguere attraverso propri atti negoziali (...)”*.

Il Tribunale di Roma ha quindi revocato il decreto ingiuntivo opposto e dichiarato l'improponibilità della domanda azionata in via monitoria: in ragione del fatto che la clausola compromissoria in parola prevede un arbitrato irrituale, ha quindi da un lato riqualificato l'eccezione formulata dall'opponente (volta a far *“dichiarare il difetto di giurisdizione ovvero, in subordine, l'incompetenza”*), mentre dall'altro lato non ha fissato alcun termine per la riassunzione del giudizio avanti il costituendo Tribunale arbitrale, ritenendo di non poter applicare l'art. 819/ter cod. proc. civ. (che invece, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 19 luglio 2013, prevede un meccanismo di *translatio iudicii* nei rapporti tra arbitrato rituale e giudizio statale).

\*\*

### **Arbitrato e decadenze**

di Roberto Oliva

**L**a Prima Sezione della Corte di Cassazione (con ordinanza n. n. 20101 del 7 ottobre 2015) ha chiesto al Primo Presidente della Corte di rimettere alle Sezioni Unite la questione relativa al rapporto tra l'arbitrato e una particolare decadenza: quella di cui all'art. 2527, co. 3, cod. civ., ossia la norma che – prima della riforma del diritto societario – prevedeva che il socio escluso da una società cooperativa avesse l'onere di impugnare la delibera di esclusione entro trenta giorni dalla sua comunicazione (la norma attualmente vigente è l'art. 2533, co. 3, cod. civ., che ha innalzato il termine a sessanta giorni; disciplina analoga, con riferimento alla società semplice, è prevista dall'art. 2287, co. 2, cod. civ.).

Un ormai risalente orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione ritiene che il termine di decadenza appena richiamato sarebbe incompatibile con il procedimento arbitrale (in particolare, in ragione della tempistica richiesta per la costituzione del Tribunale arbitrale). Pertanto, il deferimento ad arbitri in forza di una clausola compromissoria statutaria (anche) delle controversie relative al provvedimento di esclusione comporterebbe il superamento e l'eliminazione del suddetto termine decadenziale (l'ordinanza in commento richiama sul punto Cass., Sez. I Civ., 30 marzo 1984, n. 2084, Cass., Sez. I Civ., 7 marzo 1995, n. 2657 e Cass., Sez. I Civ., 12 novembre 1998, n. 11436).

A parere del Collegio della Prima Sezione questo orientamento sarebbe però meritevole di essere attentamente riveduto.

Innanzitutto, appare difficilmente giustificabile questa differente disciplina (in punto sussistenza o no del termine decadenziale) in ragione del metodo di soluzione delle controversie scelto dalle parti (Tribunale arbitrale in luogo del giudice statale).

Inoltre – ed è questo il cuore dell'ordinanza della Cassazione – deve essere tenuta presente la natura giurisdizionale, ormai indubitabilmente giurisdizionale, dell'arbitrato.

Non a caso, l'atto introduttivo del giudizio arbitrale non si limita a interrompere la prescrizione (art. 2943, co. 4, cod. civ., come modificato dall'art. 25 l. 5 gennaio 1994, n. 25), ma produce anche l'effetto interruttivo-sospensivo (art. 2945, co. 4, cod. civ., sempre come modificato dall'art. 25 l. 5 gennaio 1994 n. 25); effetto che è proprio soltanto della domanda giudiziale e che rappresenta un tipico effetto sostanziale dell'azione giudiziaria.

E ancora, in seguito all'intervento della Corte costituzionale (sentenza n. 223 del 19 luglio 2013), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 819/ter, co. 2, cod. proc. civ., nella parte in cui non prevede che, nei rapporti tra arbitrato e processo, trovino applicazione regole corrispondenti a quella contenuta nell'art. 50 cod. proc. civ. (ossia la *translatio iudicii*), può affermarsi la piena equivalenza, rispetto agli effetti sostanziali della domanda, dell'azione intrapresa avanti il giudice statale e di quella promossa in sede arbitrale.

La Cassazione conclude il suo ragionamento osservando che neppure pare corretto sostenere che il (breve) termine di decadenza di cui agli artt. 2527, co. 3 (ora 2533, co. 3) e 2287, co. 2, cod. civ. sarebbe incompatibile con il procedimento arbitrale; a ben vedere, l'attività che deve essere compiuta entro il termine per evitare la decadenza non sarebbe infatti la costituzione del Tribunale arbitrale, bensì la notificazione dell'atto con cui si manifesta l'intenzione di promuovere il giudizio arbitrale.

Un aspetto non affrontato dall'ordinanza della Cassazione in commento è la modalità della tutela cautelare del socio escluso, nelle more della costituzione del Tribunale arbitrale: a mio modo di vedere, essa potrà essere concessa dal giudice statale, così come avviene quando a essere impugnata è una delibera assembleare. Tra le numerose pronunzie sul punto, si veda ad esempio Trib. Milano, 28 febbraio 2014, che ha pure negato l'applicazione analogica (invece affermata da altre Corti) del termine di decadenza di cui agli artt. 2287 e 2533 cod. civ. in caso di esclusione da società a responsabilità limitata, ritenendo invece applicabile esclusivamente il (maggior) termine di cui all'art. 2479/ter, co. 1, cod. civ. di novanta giorni dalla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci.

\*  
\*\*

## **Clausola compromissoria: il caso della preposizione di troppo**

di Roberto Oliva

Una recente pronuncia della Cassazione (la n. 18707 del 22 settembre 2015) si è occupata di una fattispecie per alcuni versi singolare: era infatti sorta contestazione tra le parti sulla validità ed efficacia di una clausola compromissoria, a causa di una preposizione di troppo (per la precisione, un “*dì*”) in essa contenuta.

Va subito detto che la Cassazione (così come già aveva fatto il giudice di merito) ha evitato eccessi formalistici: per fortuna non si è quindi ripetuta la vicenda antica, citata da Gaio, di quel tale che – per aver sbagliato una parola di una *legis actio* – aveva perso la sua causa.

Un contratto stipulato nel 2009 tra due società prevedeva che ogni questione relativa alla sua validità, efficacia, interpretazione ed esecuzione fosse demandata a un arbitrato amministrato dalla “*Camera Arbitrale di Padova, presso la Camera di Commercio di Padova*”, secondo il regolamento vigente al momento della proposizione della domanda arbitrale.

Senonché la Camera Arbitrale di Padova non esisteva più dal primo gennaio 2004, allorquando era confluita – insieme alla Camera Arbitrale Veneta – nella Camera Arbitrale Padova (senza “*dì*”).

Inoltre, il regolamento di quest’ultima (Camera Arbitrale Padova – senza “*dì*”) prevedeva pure che le eventuali clausole compromissorie stipulate in data successiva alla sua istituzione e contenenti l’indicazione della volontà delle parti di vedere il procedimento arbitrale amministrato da una delle due Camere confluite nel nuovo organismo, non avrebbero potuto essere intese come riferite alla Camera Arbitrale Padova (senza “*dì*”). Si tratta della disposizione contenuta nel preambolo del vigente regolamento della Camera Arbitrale Padova (Sezione “*La camera arbitrale*”, punto 2).

In questo contesto, una delle parti contraenti ha richiesto e ottenuto dal Tribunale di Padova un decreto ingiuntivo nei confronti dell’altra parte. Quest’ultima si è opposta, sollevando l’*exceptio compromissi*. Il creditore/convenuto opposto ha replicato a tale eccezione, sostenendo che in

realtà la clausola compromissoria – in ragione del riferimento in essa contenuto alla Camera Arbitrale di Padova (con il “*di*”) – sarebbe stata nulla o comunque inefficace. A supporto di tale sua affermazione, ha pure rilevato che lo stesso Presidente della Camera Arbitrale Padova aveva espresso, in una sua nota scritta, la sua opinione secondo la quale la clausola compromissoria in parola sarebbe stata nulla.

Il Tribunale di Padova ha però dichiarato la propria incompetenza, in favore del Tribunale arbitrale. La decisione del giudice statale è quindi stata impugnata con regolamento di competenza e la Cassazione ha reso la pronunzia in commento.

La Suprema Corte ha confermato la decisione del Tribunale di Padova, alla luce del ragionamento di seguito brevemente illustrato.

Innanzitutto, appare improbabile che – in un contratto concluso nel 2009 – le parti avessero voluto scegliere, per amministrare la procedura arbitrale, una camera arbitrale non più esistente dal 2003. Il “*di*” aggiuntivo oggetto del contendere appare quindi con ogni probabilità un mero refuso.

La volontà delle parti di volersi riferire non alla camera arbitrale cessata dal 2003, ma a quella allora esistente, è d'altronde confermata dalla circostanza che la clausola compromissoria richiamava pure il “*regolamento vigente al momento in cui è presentata la domanda*”: quindi, di necessità, il regolamento della Camera arbitrale operativa.

Quanto poi alla diversa interpretazione fornita dalla stessa Camera Arbitrale Padova, essa non può indurre ad affermare l'invalidità o l'inefficacia della clausola compromissoria: soccorre infatti sul punto l'art. 832 cod. proc. civ., ai sensi del quale “*se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione di arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo*”.

La vicenda, nonostante il suo carattere quasi paradossale, costituisce una ulteriore conferma dell'attenzione che deve essere dedicata alla redazione della clausola compromissoria.

\*\*

## Clausola compromissoria e decreto ingiuntivo

di Roberto Oliva

**C**apita alle volte, quando si inserisce in un contratto una clausola compromissoria, che una delle parti voglia riservarsi la possibilità di agire in via monitoria, nella speranza di riuscire a ottenere un decreto ingiuntivo che, ove concesso provvisoriamente esecutivo, rappresenterebbe una energica (e anche abbastanza rapida) modalità di tutela delle sue ragioni di credito.

Le conseguenze di una simile scelta possono però essere diverse da quelle attese: se ne è occupata recentemente la Sesta Sezione della Corte di Cassazione, nella sua ordinanza n. 21666 del 23 ottobre 2015.

Tra una associazione e un suo associato è insorta controversia in relazione al pagamento della quota associativa.

L'associato non ha atteso l'iniziativa dell'associazione e, anzi, ha promosso, avanti il giudice statale, un giudizio di accertamento negativo del diritto vantato dall'associazione.

Quest'ultima ha sollevato *exceptio compromissi*: ha invero rilevato che l'art. 36 del suo statuto conteneva una clausola compromissoria.

Il giudice statale ha accolto l'eccezione e, con ordinanza, ha dichiarato la propria incompetenza.

Questa ordinanza è stata impugnata dall'associato, il quale ha rilevato che sì l'art. 36 dello statuto associativo conteneva una clausola compromissoria, ma altra disposizione del medesimo statuto (e precisamente l'art. 10, ultimo comma) escludeva dall'ambito di operatività della clausola compromissoria l'attività di recupero in sede giudiziale dei crediti dell'associazione aventi ad oggetto le quote associative. Tale esclusione, ad avviso dell'associato, non riguarderebbe soltanto il recupero in via monitoria dei contributi associativi, ma anche l'accertamento negativo del relativo diritto di credito.

La Corte di Cassazione ha confermato il provvedimento del giudice di merito, che aveva declinato la competenza a conoscere della controversia in favore del Tribunale arbitrale previsto dallo statuto associativo.

In primo luogo, la Cassazione ha rilevato che il carattere estremamente chiaro della clausola compromissoria statutaria sottoposta al suo esame non lasciava adito a dubbi circa l'effettiva volontà delle parti di deferire le loro controversie alla decisione degli arbitri.

A conclusioni diverse, secondo la Corte di Cassazione, non si può pervenire neppure alla luce dell'esclusione, dall'ambito di operatività della clausola compromissoria, delle azioni volte al recupero dei crediti relativi alle quote associative. Secondo la Suprema Corte, *“La ratio di questa deroga risiede infatti nell'importanza della funzione svolta dai contributi come principale fonte di finanziamento dell'attività confederale e nelle esigenze di celerità proprie della loro riscossione, la quale, richiedendo l'impiego di strumenti processuali, quali il decreto ingiuntivo, non utilizzabili in sede arbitrale, risulterebbe gravemente ostacolata dall'impossibilità di farvi ricorso, anche nel caso in cui non siano contestati l'esistenza e l'ammontare del credito”*. La Cassazione aggiunge che, in ogni caso, *“Ciò non significa peraltro che le predette azioni restino definitivamente sottratte alla competenza arbitrale, la cui inoperatività ai fini del procedimento monitorio non impedisce all'intimato di eccepire, in sede di opposizione, l'esistenza della clausola compromissoria, al fine di determinare la dichiarazione di nullità del decreto ingiuntivo e la remissione della controversia al giudizio degli arbitri”*.

Devo rilevare che, sul punto, la motivazione dell'ordinanza della Suprema Corte non mi pare del tutto soddisfacente.

Infatti, l'*exceptio compromissi* è eccezione in senso proprio, che in quanto tale non può essere rilevata d'ufficio. Conseguentemente, la presenza di una clausola compromissoria non impedisce la pronuncia di un decreto ingiuntivo (avverso il quale si potrà però proporre opposizione, per l'appunto rilevando l'incompetenza del giudice statale ovvero l'improponibilità della domanda, a seconda della natura – rituale o irrituale – dell'arbitrato oggetto della clausola compromissoria). In tal senso si era già pronunciata la Cassazione, nei precedenti che pure sono richiamati dall'ordinanza in commento (Cass., Sez. II Civ., 4 marzo 2011, n. 5265; e Cass., Sez. I Civ., 28 giugno 1999, n. 8166).

In altri termini, anche quando il titolo devolve agli arbitri la cognizione delle controversie tra le parti, queste possono sempre agire in via monitoria, senza necessità di ulteriori pattuizioni che le autorizzino a far ciò. Ritengo pertanto che, ove simili pattuizioni siano presenti, ci si debba interrogare approfonditamente su quale fosse la volontà espressa (magari in maniera non immediatamente intellegibile) dai contraenti.

\*\*

## Contratto preliminare e clausola compromissoria

di Roberto Oliva

**I**l contratto preliminare conteneva una clausola compromissoria, che però non viene riprodotta nel definitivo. Nondimeno, le controversie relative a quest'ultimo sono devolute alla cognizione arbitrale. In tal senso, si è recentemente espressa la Corte di Appello di Venezia (C. Appello Venezia, Sez. I Civ., 12 ottobre 2015, n. 2361).

Era insorta, tra le parti di un contratto di cessione di quote sociali, una controversia relativa alla determinazione del saldo del prezzo dovuto dall'acquirente ai venditori.

I venditori hanno quindi promosso il procedimento arbitrale previsto dall'art. 7 del contratto preliminare; procedimento che si concludeva con la condanna dell'acquirente a pagare il saldo del prezzo della cessione, così come determinato dal Tribunale arbitrale.

L'acquirente ha impugnato il lodo, deducendo svariati motivi di nullità: carenza di *potestas iudicandi* in capo al Tribunale arbitrale, contraddittorietà della motivazione, ultrapetizione e conseguente violazione del contraddittorio.

Tra i temi sollevati, il più interessante – e non a caso quello su cui più lungamente si sofferma la Corte di Appello – è relativo alla pretesa carenza di *potestas iudicandi* del Tribunale arbitrale, che sarebbe conseguenza del fatto che la clausola compromissoria, contenuta nel contratto preliminare, non era stata riprodotta nel definitivo.

La sentenza della Corte di Appello non chiarisce se la parte impugnante avesse già contestato nel corso del procedimento arbitrale l'incompetenza del Tribunale arbitrale, siccome è suo onere fare ai sensi dell'art. 817, co. 2, cod. proc. civ. (“(...) *La parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile*”). Poiché però la Corte esamina il motivo di impugnazione in parola, che rigetta in quanto infondato nel merito, immagino che la relativa eccezione fosse stata tempestivamente formulata nel corso del procedimento arbitrale.

La doglianza – come accennato – è stata respinta dalla Corte di Appello di Venezia. Quest’ultima, infatti, ha seguito l’orientamento della Suprema Corte, la quale ritiene che *“la validità e, quindi, anche l’efficacia, della clausola compromissoria devono essere valutate in modo autonomo rispetto al contratto al quale essa si riferisce. Ne consegue che la clausola compromissoria contenuta in un preliminare di compravendita sopravvive, sebbene non riprodotta nel contratto definitivo, trattandosi di contratto autonomo avente funzione distinta dal contratto preliminare”* (Cass., Sez. I Civ., 31 ottobre 2011, n. 22608).

Nella vicenda sottoposta all’esame della Cassazione e decisa con la pronunzia appena richiamata, una volta escluso, in astratto, che la mera mancata riproduzione nel contratto definitivo della clausola compromissoria contenuta nel preliminare fosse circostanza di per sé idonea a privare di efficacia tale clausola, era pure stato appurato, in concreto, che la controversia decisa con il lodo impugnato rientrava nell’ambito oggettivo della clausola compromissoria. Questa verifica è invece assente nella sentenza in commento e, in effetti, essa ben potrebbe essere ritenuta pleonastica, in ragione del *favor arbitrati* di cui all’art. 808/*quater* cod. proc. civ. (*“Nel dubbio, la convenzione d’arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce”*).

\*  
\*\*

## Impugnazione per nullità di Roberto Oliva

**L**a Corte di Cassazione, con la sentenza della Sez. I Civ. n. 22007 del 28 ottobre 2015, è tornata sul tema della disciplina dell'impugnazione per nullità di lodi pronunciati in procedimenti retti da clausole compromissorie concluse prima della riforma dell'arbitrato contenuta nel d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

Prima della riforma, ai sensi del previgente art. 829, co. 2, cod. proc. civ., *“L'impugnazione per nullità [era] (...) ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità, o avessero dichiarato il lodo non impugnabile”*. Con la riforma, si è invece scelta una interpretazione diametralmente opposta del silenzio delle parti sul punto. Infatti, ai sensi del vigente art. 829, co. 3, cod. proc. civ., *“L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. (...)”*.

L'intento perseguito dal legislatore della riforma è chiaro, ed è quello di conferire maggior stabilità ai lodi arbitrali, limitando il novero di quelli impugnabili per violazione delle regole di diritto applicabili al merito. E per far ciò ha sfruttato la naturale tendenza a lasciare invariato lo status quo, ben indagata in sede di analisi economica del diritto.

Senonché, la disciplina transitoria contenuta nell'art. 27 del d.lgs. 40/2006 pare imporre l'applicazione della nuova norma, che di regola esclude l'impugnazione per violazioni di diritto nel merito, anche ai lodi pronunciati in procedimenti arbitrali che traggono la loro origine in clausole compromissorie stipulate nel vigore della vecchia disciplina, ossia quando al silenzio dei paciscenti veniva attribuito un significato diametralmente opposto.

Una simile opzione – che pur potrebbe essere giustificata alla luce del principio processuale del *tempus regit actum* – nel contempo comporterebbe però una modifica della clausola compromissoria e quindi, in definitiva, si risolverebbe in una applicazione retroattiva della nuova disciplina dell'impugnazione per nullità.

Nella giurisprudenza della Suprema Corte si sta quindi consolidando una lettura costituzionalmente orientata della normativa transitoria sopra menzionata; lettura da ultimo confermata dalla sentenza in commento.

Ritiene infatti la Cassazione che *“Le modifiche apportate all’art. 829 c.p.c. dalla legge di riforma di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 sono volte a delimitare l’ambito d’impugnazione del lodo arbitrale, laddove le convenzioni concluse prima della sua entrata in vigore continuano ad essere regolate dalla legge previgente, che disponeva l’impugnabilità del lodo per violazione della legge sostanziale, a meno che le parti non avessero stabilito diversamente; ne consegue che, in difetto di una disposizione che ne sancisca la nullità o che obblighi le parti ad adeguarle al nuovo modello, la salvezza di tali convenzioni deve ritenersi insita nel sistema, pur in difetto di un’esplicita previsione della norma transitoria”*.

La pronuncia in commento richiama, quali precedenti conformi, Cass., Sez. I Civ., 19 aprile 2012, n. 6148; Cass., Sez. I Civ., 3 giugno 2014, n. 12379; Cass., Sez. I Civ., 18 giugno 2014, n. 13898 e Cass., 19 gennaio 2015, n. 745. Dà inoltre atto dell’esistenza anche di un precedente di segno contrario, ossia Cass., Sez. VI Civ., 17 settembre 2013, n. 21205.

\*\*

## Arbitrato societario: no al doppio binario

di Roberto Oliva

La Corte di Cassazione, con la sentenza della Sez. I Civ., n. 22008 del 28 ottobre 2015, ha confermato il suo orientamento contrario al c.d. doppio binario nell'arbitrato societario, ribadendo che l'unica clausola compromissoria che può essere validamente inserita in uno statuto è quella di cui all'art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

All'indomani della riforma (anche processuale) del diritto societario di cui ai decreti legislativi n. 5 e n. 6 del 2003, si era formato un orientamento di parte della dottrina e della giurisprudenza di merito ad avviso del quale sarebbero state possibili due distinte tipologie di arbitrato societario: l'arbitrato societario previsto dall'art. 34 d.lgs. 5/2003 (ai sensi del cui co. 2, "*La clausola compromissoria deve prevedere il numero e le modalità degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società (...)*"); e l'arbitrato di diritto comune, fondato su una clausola compromissoria *ex art.* 808 cod. proc. civ., che avrebbe potuto continuare a essere inserita in statuto.

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, invece, l'unica clausola compromissoria che può essere validamente inserita in uno statuto è quella disciplinata dall'art. 34 del d.lgs. 5/2003. La stessa Suprema Corte, nella pronuncia della Sez. VI Civ., n. 21202 del 2011, ha inoltre rilevato che "*Sussiste la responsabilità disciplinare del notaio, a norma dell'art. 28, comma primo, n. 1, della legge 16 febbraio 1913, n. 89, per aver redatto un atto espressamente proibito dalla legge, allorché sia stato rogato, a decorrere dal 1° settembre 2011, un atto costitutivo di società, con previsione di clausola compromissoria di arbitrato di diritto comune e, quindi, difforme dal disposto dell'art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, poiché solo da tale data può ritenersi pacifica l'interpretazione della norma come comportante la nullità di siffatta clausola*".

La sentenza in commento ribadisce quindi l'ormai pacifico insegnamento della Cassazione, ad avviso del quale "*la norma dell'art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, contempla l'unica ipotesi di clausola compromissoria che possa essere introdotta negli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325bis c.c., restando escluso il ricorso in via alternativa od aggiuntiva alla clausola compromissoria di diritto comune prevista dall'art. 808 c.p.c. (...) Sicché la clausola compromissoria contenuta nello statuto societario, la quale, non adeguandosi alla prescrizione*

*dell'art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non preveda che la nomina degli arbitri debba essere effettuata da un soggetto estraneo alla società, è nulla anche ove si tratti di arbitrato irrituale (...) con la conseguenza che la clausola non produce effetti e la controversia può essere introdotta solo davanti al giudice ordinario”.*

Un ultimo profilo di interesse della pronunzia in commento concerne l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile a fronte del provvedimento del giudice statale che accolga l'*exceptio compromissi*.

Nella vicenda che ha dato origine alla decisione della Suprema Corte, invero, era stato proposto appello avverso il provvedimento del giudice di primo grado che aveva ritenuto sussistente la competenza arbitrale. L'appello, però, sarebbe stato inammissibile (con conseguente formazione del giudicato), alla luce del più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, ad avviso del quale “è inammissibile l'appello avverso la decisione del tribunale declinatoria della propria competenza a favore degli arbitri rituali, poiché l'attività di questi ultimi ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché la relativa questione può essere fatta valere solo con regolamento di competenza” (Cass., Sez. I Civ., 13 agosto 2014, n. 17908).

Sulla questione si è registrato un radicale mutamento dell'orientamento della Suprema Corte, che in precedenza riteneva che lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice statale o degli arbitri costituisca una questione di merito e non di competenza in senso tecnico (in tal senso, ad esempio, Cass., SS.UU., 25 giugno 2002, n. 9289), con la conseguenza che il mezzo di gravame corretto sarebbe stato proprio l'appello.

Per questo motivo, la Cassazione ha escluso – nel caso di specie – che si fosse realizzata alcuna preclusione o decadenza a carico della parte che sosteneva (come visto, fondatamente) la nullità della clausola compromissoria.

\*\*

## Arbitrato facoltativo di Roberto Oliva

Una clausola compromissoria prevede che le controversie relative al contratto in cui essa è inserita “*potranno*” essere decise da un Tribunale arbitrale: si tratta di un arbitrato facoltativo, nel senso che l’attore potrà scegliere se adire il giudice statale o gli arbitri? O invece la competenza a decidere le liti è senz’altro attribuita esclusivamente agli arbitri? Oppure, infine, si tratta di una clausola compromissoria nulla o comunque inefficace?

Del tema avevo già avuto modo di parlare qui, commentando una ordinanza resa dal Tribunale di Milano. Due recenti pronunzie mi inducono però a tornare sull’argomento: si tratta della sentenza della Corte di Appello di Bologna, Sez. I Civ., 12 novembre 2015, n. 1884 e della sentenza della Corte di Cassazione, Sez. VI Civ., 28 ottobre 2015, n. 22039.

Cominciamo dalla vicenda bolognese.

Un contratto di appalto concluso nel maggio 2000, che vedeva quale committente un ente pubblico, conteneva una clausola del seguente tenore: “*tutte le controversie derivanti dall’esecuzione del contratto possono essere deferite ad arbitri, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell’accordo bonario di cui sopra. In caso di competenza arbitrale si fa riferimento a quanto disposto dall’art. 32 della L. 109/94 e successive modificazioni e integrazioni. Foro competente: Bologna*”.

Insorta controversia tra le parti, l’appaltatore, nell’ottobre 2004, ha convenuto il committente pubblico dando avvio a un procedimento arbitrale. Il committente si è costituito negando la sussistenza della *potestas indicandi* in capo al Tribunale arbitrale. In ogni caso, si è difeso anche nel merito.

Dopo lo svolgimento dell’istruttoria, che evidentemente aveva fatto emergere circostanze di fatto favorevoli al committente, quest’ultimo ha dichiarato di rinunciare “*all’eccezione di incompetenza arbitrale aderendo pienamente all’arbitrato in essere anche in via di ratifica e conferma delle attività finora svolte dal Collegio Arbitrale*”.

A questo punto, le parti si sono invertite ed è stato l’appaltatore a eccepire l’incompetenza del Tribunale arbitrale.

Ciò ha indotto gli arbitri a pronunziarsi con lodo parziale sulla questione, che hanno sciolto affermando la propria competenza a decidere del merito. Hanno infatti ritenuto che, pur in mancanza di una valida clausola compromissoria nel contratto di appalto, comunque si sarebbe formato un patto commissorio, costituito dalla domanda di arbitrato dell'appaltatore (da intendersi, in tale contesto, quale proposta di compromesso) e dall'adesione/accettazione del committente di cui si è detto poco sopra.

L'appaltatore, risultato soccombente anche nel merito, ha quindi impugnato i lodi (sia quello parziale sia quello definitivo) avanti la Corte di Appello di Bologna.

Quest'ultima, come il Tribunale arbitrale prima di lei, ha ritenuto che il contratto di appalto non contenesse una clausola compromissoria. Secondo i giudici bolognesi, infatti, la clausola più sopra riportata sarebbe *“priv[a] di sua immediata coerenza, poiché non esprimeva la volontà dei contraenti di far risolvere al giudice privato ogni controversia sorta in dipendenza del rapporto contrattuale, ma era dotata di un contenuto meramente programmatico, volto a rendere lecito un futuro accordo tra le parti per deferire ad arbitri la risoluzione di una controversia”*.

Esclusa poi anche l'astratta possibilità della formazione di un patto compromissorio nel corso del procedimento arbitrale (*“l'asserito accordo non era idoneo a sanare un procedimento viziato da originaria e totale carenza di potere dei tre arbitri”*), la Corte di Appello ha annullato i lodi impugnati.

Di segno diametralmente opposto è invece la sentenza della Corte di Cassazione.

Un contratto di prestazione d'opera professionale conteneva una clausola, ai sensi della quale *“Eventuali controversie derivanti dall'applicazione del presente disciplinare di incarico, non risolte in via amichevole, potranno essere deferite ad un collegio di tre arbitri, che giudicherà secondo le norme di diritto escluso il ricorso all'equità”*.

Sorta controversia tra le parti, il professionista ha chiesto e ottenuto dal Tribunale di Milano la pronunzia di un decreto ingiuntivo, avverso il quale il committente ha proposto opposizione sollevando l'*exceptio compromissi*. E in accoglimento di tale eccezione il giudice statale ha dichiarato la nullità del decreto ingiuntivo e ha rimesso la controversia agli arbitri.

Il professionista ha proposto regolamento di competenza avverso tale pronunzia, sostenendo la natura facoltativa dell'arbitrato, nel senso che sarebbe stato nella facoltà di parte attrice decidere se adire il giudice statale o il Tribunale arbitrale: *“sottoscrivendo detta clausola le parti contraenti avevano assunto il reciproco, concreto ed attuale obbligo di sottostare alla decisione della parte attrice in ordine alla procedura da seguire per dirimere eventuali controversie”*.

Nel procedimento avanti la Corte di Cassazione, il Procuratore generale ha chiesto l'accoglimento del ricorso, osservando che *“in caso di dubbio in ordine*

*all'interpretazione e alla portata della clausola compromissoria, si deve preferire un'interpretazione restrittiva, che valga ad affermare la giurisdizione statale".* In realtà, l'art. 808/quarter mi pare esprima un principio di segno contrario: "Nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce". Pur partendo da siffatte premesse, la conclusione cui è pervenuto il Procuratore generale è quella secondo la quale "l'adozione del verbo modale reggente («potranno») induce ragionevolmente a ritenere che le parti avessero contemplato la facoltà di ricorrere agli arbitri, in caso d'insorgenza della lite, come mera alternativa all'esercizio dell'azione giudiziaria".

La Suprema Corte, di diverso avviso, ha respinto il ricorso. Ha infatti ritenuto che non può essere attribuito "alcun peso, nel senso ipotizzato dal P.G., (...) all'espressione «potranno», contenuta nella clausola".

Sul punto, la Cassazione ha richiamato un suo precedente (Cass., Sez. I Civ., 8 aprile 2004, n. 6947) che, in sede di giudizio di delibazione di un lodo estero, ha affermato la sussistenza della *potestas iudicandi* di un Tribunale arbitrale cinese che rinveniva i suoi poteri in un patto compromissorio, redatto in lingua inglese, in cui era previsto che le parti avrebbero potuto ("may") deferire ad arbitri le loro eventuali controversie.

La tesi della facoltatività (allora intesa quale non vincolatività dell'arbitrato e conseguente assenza di *potestas iudicandi* in capo agli arbitri), secondo la Cassazione, "è inficiata dall'errore di fondo, di concepire l'esercizio dell'azione altrimenti che come una facoltà. La disponibilità dell'azione comporta di necessità che il suo esercizio — sia l'azione proposta davanti al giudice, o sia essa proposta davanti ad un arbitro (e come che debba qualificarsi quest'ultimo caso) — si configuri come una mera facoltà della parte che vi ha interesse, o come un onere per conseguire la tutela giurisdizionale o arbitrale (dunque, mai come un obbligo, e meno che mai come un dovere); onere al quale corrisponde, dall'altra parte, una posizione di mera soggezione (e dunque, anche in tal caso, non propriamente di obbligo o di dovere). È infatti sufficiente tener fermo questo punto, per concluderne che in nessun caso le parti avrebbero potuto correttamente usare, per il ricorso all'arbitrato, verbi significanti dovere o obbligo, come invece si pretende con il motivo in esame. E, se questo era l'unico modo lessicalmente corretto per esprimere la volontà delle parti, di riservare ad un collegio arbitrale la soluzione non negoziata della controversia, è altresì vera la proposizione reciproca; l'espressione adoperata non può avere — sul piano giuridico — se non questo significato, perché, altrimenti, non avrebbe alcun significato concorrente al regolamento dei rapporti contrattuali, limitandosi a prevedere una generica facoltà di compromettere in arbitri, che sarebbe stata loro data anche in assenza della clausola".

\*\*

## Arbitrato ed embargo di Roberto Oliva

**L**a Corte di Cassazione si è recentemente espressa in una vicenda interessante (SS.UU., sentenza n. 23893 del 24 novembre 2015): le conseguenze del divieto di intraprendere o proseguire rapporti economici con uno Stato sovrano (il c.d. embargo) sulla clausola compromissoria contenuta in un contratto anteriormente concluso con tale Stato sovrano.

Nel novembre 1983 una società italiana ha concluso con il governo iracheno un contratto, retto dalla legge francese, avente ad oggetto la vendita di cinque elicotteri. La società italiana ha inoltre fatto rilasciare una *“fideiussione in favore dell’acquirente in misura pari agli anticipi versati”* (così si legge nel testo della sentenza delle Sezioni Unite: può però darsi il caso che si trattasse in realtà di una garanzia a prima domanda; a prescindere dalla natura della garanzia, dal testo della pronuncia in commento si apprende che essa è stata emessa da una banca irachena, la quale godeva della controgaranzia prestata da una banca italiana).

Il contratto prevedeva una clausola compromissoria abbastanza complessa: era infatti contemplato innanzi tutto un meccanismo di risoluzione delle controversie di natura negoziale e, in caso di insuccesso di quest’ultimo, il ricorso a un arbitrato amministrato dall’ICC: *“il caso sarà definito in conformità alle norme di conciliazione e arbitrato della camera di commercio internazionale di Parigi da uno o più arbitri... La decisione di detto collegio arbitrale sarà imposta le parti sarà definitivamente vincolante”* (questo il testo della clausola compromissoria, così come riportato nella sentenza in commento).

Il governo iracheno non ha provveduto al pagamento di una rata di prezzo scaduta nel novembre 1986. Per questa ragione, il venditore italiano non ha consegnato alla sua controparte gli elicotteri oggetto del contratto.

Nell’agosto del 1990, l’Irak ha invaso il Kuwait.

Con la risoluzione n. 661 del 6 agosto 1990, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha stabilito che *“all States shall prevent: (...) (c) The sale or supply by their nationals or from their territories or using their flag vessels of any commodities or products,*

*including weapons or any other military equipment, whether or not originating in their territories but not including supplies intended strictly for medical purposes, and, in humanitarian circumstances, foodstuffs, to any person or body in Iraq or Kuwait or to any person or body for the purposes of any business carried on in or operated from Iraq or Kuwait, and any activities by their nationals or in their territories which promote or are calculated to promote such sale or supply of such commodities or products”* (punto 3) e che *“all States shall not make available to the Government of Iraq or to any commercial, industrial or public utility undertaking in Iraq or Kuwait, any funds or any other financial or economic resources and shall prevent their nationals and any persons within their territories from removing from their territories or otherwise making available to that Government or to any such undertaking any such funds or resources and from remitting any other funds to persons or bodies within Iraq or Kuwait, except payments exclusively for strictly medical or humanitarian purposes and, in humanitarian circumstances, foodstuffs”* (punto 4).

Più stringenti (anche perché dotate di propria forza precettiva nell’ambito dell’allora Comunità Economica Europea) erano le disposizioni di taluni Regolamenti comunitari. In particolare: (i) il Regolamento CE n. 2340 dell’8 agosto 1990; (ii) il Regolamento CE n. 3155 del 29 ottobre 1990, entrambi volti a impedire scambi commerciali tra la Comunità Europea e l’Irak; e (iii) il Regolamento CE n. 3541 del 7 dicembre 1992, che espressamente impone il divieto di *“soddisfare o adottare qualsiasi disposizione volta a soddisfare qualunque richiesta presentata da: a) persone fisiche o giuridiche in Irak o operanti tramite una persona fisica o giuridica in Irak (...)”* (art. 2), intendendosi per *“richiesta”* *“qualsiasi richiesta sotto forma contenziosa o meno, presentata anteriormente o posteriormente alla data di entrata in vigore del presente regolamento e derivante da un contratto o da una transazione o che ad essi si collega”* (art. 1).

In questo quadro, nel novembre 1991 il venditore italiano ha promosso una causa in Italia, per sentir dichiarare la risoluzione del contratto di compravendita concluso con l’Irak, di cui ha chiesto la condanna al risarcimento dei danni subiti, nonché per sentir dichiarare l’estinzione della controgaranzia prestata dalla banca italiana in favore della banca irachena.

Il governo iracheno, dichiarato contumace alla prima udienza, successivamente si è costituito in giudizio, ha eccepito la carenza di giurisdizione (poiché a suo dire la lite concerneva atti compiuti dall’Irak nell’esercizio di poteri sovrani) e, in via subordinata, ha sollevato l’*exceptio compromissi*.

Nel corso del giudizio di primo grado, è stata pure emessa un’ordinanza *ex art.* 700 cod. proc. civ., con la quale è stato inibito alla banca italiana il pagamento della controgaranzia in favore della banca irachena.

Il giudice di prime cure, pur dopo un’articolata attività istruttoria (che ha visto due consulenze tecniche, una sul valore degli elicotteri oggetto del contratto e l’altra sulla legge francese che regolava lo stesso contratto), ha dichiarato (nel novembre 2003) l’improcedibilità delle domande formulate nei confronti del governo iracheno per effetto della clausola compromissoria.

Di esito opposto è stato invece il giudizio di appello: la Corte di Appello infatti, con sentenza del dicembre 2012, ha ritenuto sussistente la *potestas iudicandi* del giudice statale e ha pure accolto le domande formulate nei confronti del governo iracheno.

Quest'ultimo ha quindi proposto ricorso per cassazione, denunciando numerosi asseriti errori in cui sarebbe incorsa la Corte di Appello. A noi ne interessa particolarmente uno: quello riguardante l'*exceptio compromissi*, accolta in primo grado e invece respinta in appello.

Le Sezioni Unite hanno confermato la decisione del giudice di appello.

In estrema sintesi, il percorso argomentativo seguito dalla Cassazione è il seguente. Il c.d. embargo ha comportato la sopravvenuta indisponibilità dei diritti oggetto del contratto concluso tra il venditore italiano e il governo iracheno e la conseguente non arbitrabilità delle controversie relative a tale contratto.

Ciò sarebbe di per sé sufficiente ad affermare l'invalidità sopravvenuta della clausola compromissoria e quindi confermare la correttezza della pronuncia di appello.

Le Sezioni Unite affrontano poi un altro tema: quello dell'organo giudicante competente a statuire sulla suddetta invalidità sopravvenuta. Secondo la difesa del governo iracheno, tale organo sarebbe il Tribunale arbitrale. Si tratta però di una prospettazione contraria al principio processuale secondo il quale ogni giudice è competente ad accertare la propria competenza (*Kompetenz Kompetenz*), come rilevato dalla Suprema Corte: "*Tale disposizione [l'art. II.3 della Convenzione di New York del 1958, n.d.s.] si palesa quindi chiara nell'attribuire allo stesso giudice, adito nonostante l'esistenza di una convenzione d'arbitrato, il potere di trattenere il processo, ove accerti – egli, e non gli arbitri – la nullità della stessa*".

Infine, la Cassazione afferma che la successiva (e parziale) rimozione del c.d. embargo non ha comportato una reviviscenza della clausola compromissoria: il suddetto embargo, infatti, ha rappresentato "*una misura sanzionatoria che rendeva illecito et immediate inammissibile il ricorso all'arbitrato ed irreversibile l'azione civile promossa dinanzi al giudice competente secondo la lex fori*".

La vicenda non si è comunque conclusa: le Sezioni Unite infatti hanno soltanto confermato la sussistenza della giurisdizione del giudice statale. I motivi di ricorso concernenti il merito della controversia saranno invece esaminati dalla Sez. I Civ. della Cassazione.

\*\*

## Impugnazione per *errores in iudicando*

di Roberto Oliva

**L**a Corte di Appello di Venezia, nella sua sentenza n. 2722 del 30 novembre 2015, affronta la questione della possibilità di impugnare, per violazione delle regole di diritto applicabili al merito della controversia, un lodo pronunciato in un procedimento arbitrale promosso dopo la riforma di cui al d.lgs 2 febbraio 2006, n. 40, in forza però di clausola compromissoria stipulata prima di tale riforma.

Prima della riforma, ai sensi del previgente art. 829, co. 2, cod. proc. civ., “*L’impugnazione per nullità [era] (...) ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità, o avessero dichiarato il lodo non impugnabile*”. Con la riforma, si è invece attribuito un significato diametralmente opposto al silenzio delle parti sul punto. Ai sensi del vigente art. 829, co. 3, cod. proc. civ., infatti, “*L’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. (...)*”.

Come accennato, la disciplina transitoria contenuta nell’art. 27 del d.lgs. 40/2006 pare imporre l’applicazione del nuovo art. 829, co. 3, cod. proc. civ. in caso di impugnazione di qualsiasi lodo pronunciato in un procedimento arbitrale promosso dopo l’entrata in vigore della riforma, e ciò anche se la clausola compromissoria era stata stipulata nel vigore della vecchia disciplina.

La Corte di Appello di Venezia descrive sia l’orientamento (ormai maggioritario) della Suprema Corte, ad avviso del quale la suddetta disciplina transitoria non può comportare l’inammissibilità dell’impugnazione per violazione di norme applicabili al merito (in caso di clausole pre riforma del 2006 in cui sul punto le parti siano rimaste silenti), sia l’orientamento opposto. Con riferimento a quest’ultimo, richiama la sentenza n. 21205 del 17 settembre 2013, resa dalla Sez. VI Civ. della Suprema Corte e la più recente sentenza n. 19075 del 25 settembre 2015, pronunciata dalla Sez. I Civ. della Cassazione.

La Corte di Appello, quindi, ritenendo preferibile questo secondo orientamento, osserva che “*la disciplina transitoria è univoca nel preferire la legge vigente al tempo del lodo rispetto a quella diversa, anteriore, mentre non sono ravvisabili ragioni superiori tali da*

*giustificare una diversa interpretazione della norma così chiaramente formulata, tanto più che «l'intangibilità» e l'immutabilità di un determinato regime di impugnativa correlato ad un dato occasionale, come l'epoca di stipulazione della clausola, non risulta assistito da alcuna garanzia costituzionale?». Secondo i Giudici di Venezia, pertanto, è inammissibile l'impugnazione di un lodo per *errores in iudicando*, ove tale impugnazione non sia prevista dalla clausola compromissoria, e ciò a prescindere da quale fosse la disciplina vigente al tempo della conclusione di tale clausola.*

Esistono rimedi a fronte della perdurante incertezza, dovuta all'assenza (allo stato) di un consolidato e pacifico orientamento in punto (in)ammissibilità dell'impugnazione del lodo per violazione delle norme applicabili al merito? Ritengo che le parti potrebbero eliminare questa incertezza ove, al più tardi in sede di costituzione del Tribunale arbitrale, specificassero se intendono ammettere o escludere il motivo di impugnazione in parola. Si tratta però di una soluzione che può essere utilmente impiegata solo nei nuovi procedimenti. E che presuppone – fatto tutt'altro che scontato – che sia possibile trovare, su un aspetto procedurale di non poca rilevanza, un accordo tra le parti in lite.

\*  
\*\*

## Ancora sull'impugnazione nel merito

di Roberto Oliva

**P**rima della riforma del 2006 (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), ai sensi dell'art. 829, co. 2, cod. proc. civ., civ., *“L'impugnazione per nullità [era] (...) ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità, o avessero dichiarato il lodo non impugnabile”*.

Regola diametralmente opposta sul punto è quella contenuta nel vigente art. 829, co. 3, cod. proc. civ.: *“L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. (...)”*.

Cosa accade se viene impugnato un lodo pronunciato sulla base di una clausola compromissoria conclusa prima della riforma del 2006 in un procedimento promosso dopo l'entrata in vigore di quest'ultima (avvenuta il 2 marzo 2006)? Se andiamo a leggere le disposizioni transitorie del d.lgs. 40/2006, e in particolare il suo art. 27, apprendiamo che *“Le disposizioni degli articoli 21, 22, 23, 24 e 25 si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto”*.

L'art. 24 d.lgs. 40/2006 ha modificato, tra le altre cose, l'art. 829 cod. proc. civ. Se ne deve dunque dedurre che il nuovo art. 829 cod. proc. civ., con i suoi limiti alle impugnazioni nel merito, si applichi all'impugnazione di lodi resi in procedimenti arbitrali promossi a far data dal 2 marzo 2006 (entrata in vigore della riforma), a prescindere dal momento di conclusione della clausola e dal contenuto della disciplina a quel tempo applicabile.

Questo in effetti è un primo orientamento della Cassazione, seguito anche da (una parte almeno della) giurisprudenza di merito.

Sennonché, si è formato nella giurisprudenza di legittimità un altro orientamento, allo stato maggioritario, di segno opposto. Secondo questo orientamento, in poche parole, per evitare una applicazione retroattiva della nuova disciplina (in punto effetti del silenzio delle parti sulla possibilità di impugnare il lodo nel merito), si deve concludere che i lodi resi sulla base di una clausola conclusa prima della riforma del 2006 possano sempre essere impugnati per lamentare un

*error in iudicando* del Tribunale arbitrale (salvo ovviamente il caso di lodo non impugnabile in forza della clausola stessa o reso secondo equità).

Avevo chiuso il mio ultimo intervento sul tema interrogandomi sugli accorgimenti da adottare per evitare – o quanto meno ridurre – questa incertezza sui possibili motivi di impugnazione. È quindi con piacere che saluto l’iniziativa della Sez. I Civ. della Suprema Corte di investire della questione le Sezioni Unite (Cass, Sez. I Civ, ord. 11 dicembre 2015, n. 25040).

In questa ordinanza, la Corte di Cassazione propende per la tesi dell’inammissibilità dell’impugnazione nel merito. Osserva, infatti, che, essendo ormai acquisito che *“l’attività svolta dagli arbitri equivalga ad un vero e proprio giudizio, l’applicazione delle regole processuali che concernono il loro giudizio non può che essere svolta tenendo conto del diritto processuale vigente al momento dell’atto di accesso agli arbitri, costituente la domanda introduttiva di quel giudizio, divenendo del tutto irrilevante il fatto che il patto compromissorio avesse tenuto presente un diverso diritto processuale (quello del tempo dell’accordo)”*.

Nondimeno, essendo consapevole della sussistenza di un contrasto giurisprudenziale, il Collegio della Prima Sezione ha preferito rimettere la causa al Primo Presidente, per la sua assegnazione alle Sezioni Unite. Restiamo quindi in attesa della loro pronuncia.

\*\*

## Arbitrato societario e provvedimenti d'urgenza

di Roberto Oliva

Una recente ordinanza del Tribunale di Milano, resa il 22 dicembre 2015, torna sul tema del rapporto tra arbitrato societario e competenza residuale del giudice statale in materia di provvedimenti d'urgenza, dando seguito all'ormai più che consolidato orientamento dello stesso Tribunale di Milano (condiviso peraltro anche da altre Corti).

La vicenda nel cui ambito è stata pronunciata l'ordinanza in commento è, in estrema sintesi, la seguente.

Il socio di una società a responsabilità limitata ha impugnato talune deliberazioni di quest'ultima (di aumento di capitale e di ampliamento dell'oggetto sociale), promuovendo il procedimento arbitrale previsto dall'art. 35 dello statuto della società.

Nelle more della costituzione del Tribunale arbitrale (demandata al Presidente del Consiglio Notarile di Milano), ha inoltre richiesto al giudice statale di sospendere ex art. 2378 cod. civ. (norma, questa, dettata in materia di società per azioni, ma espressamente richiamata, per la società a responsabilità limitata, dall'art. 2479/ter, u.c., cod. civ.) l'esecuzione delle deliberazioni impuginate.

Il Tribunale di Milano, pur riconoscendo che la cognizione delle impugnazioni fosse devoluta agli arbitri in forza di una valida clausola statutaria, ha ritenuto nondimeno sussistente la propria competenza cautelare, così seguendo – come accennato – il suo consolidato orientamento, secondo il quale *“La cognizione cautelare degli arbitri in materia di sospensione dell'efficacia della delibera assembleare impugnata può avere luogo solo qualora sia già intervenuta la nomina degli stessi, residuando invece la competenza del giudice ordinario a conoscere delle istanze d'urgenza proposte sino a quel momento; ciò al fine di garantire nella sua pienezza il diritto costituzionale di difesa – del quale la tutela cautelare è parte integrante – in tutte le fasi della controversia e del procedimento arbitrale”*.

Tra le precedenti pronunzie che hanno dato corpo al suddetto orientamento, possono essere richiamate l'ordinanza del Tribunale di Milano del 28 febbraio 2014 (pure ricordata dal provvedimento in commento) e l'ordinanza, del

medesimo Tribunale, del 7 novembre 2013, che – dando atto già allora dell’esistenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale sul punto – ha efficacemente chiarito come “*l’art. 35 comma 5° del d.lgs. n. 5/2003, da ritenersi speciale rispetto alla generale previsione di cui all’art. 669/quinquies c.p.c., abbia introdotto una spartizione di poteri per così dire diacronica tra arbitri ed autorità giudiziaria tale per cui la cognizione cautelare in materia di sospensione dell’efficacia della delibera assembleare impugnata appartiene in linea di principio esclusivamente ai primi allorché l’organo arbitrale si sia già costituito, residuando invece la competenza cautelare del giudice ordinario fino a quel momento, al fine di garantire nella sua pienezza il diritto costituzionale di difesa – del quale la tutela cautelare è parte integrante – in tutte le fasi della controversia e del procedimento arbitrale*”.

Un ultimo profilo di interesse dell’ordinanza in commento – sia pure estraneo al tema dei rapporti tra cognizione arbitrale sul merito e cognizione cautelare del giudice statale – è quello relativo alla possibilità di sospensione (ritenuta sussistente dal Tribunale di Milano), allorquando la deliberazione impugnata abbia già avuto parziale esecuzione, ma sia ancora destinata a produrre effetti sulla struttura della società e sulla sua organizzazione. Tra i molti precedenti sul punto, vorrei richiamare l’attenzione sull’ordinanza – molto ben motivata – resa dal Tribunale di Milano il 4 novembre 2012.

\*\*





Rivista giuridica pubblicata da  
Arbitration in Italy Ltd