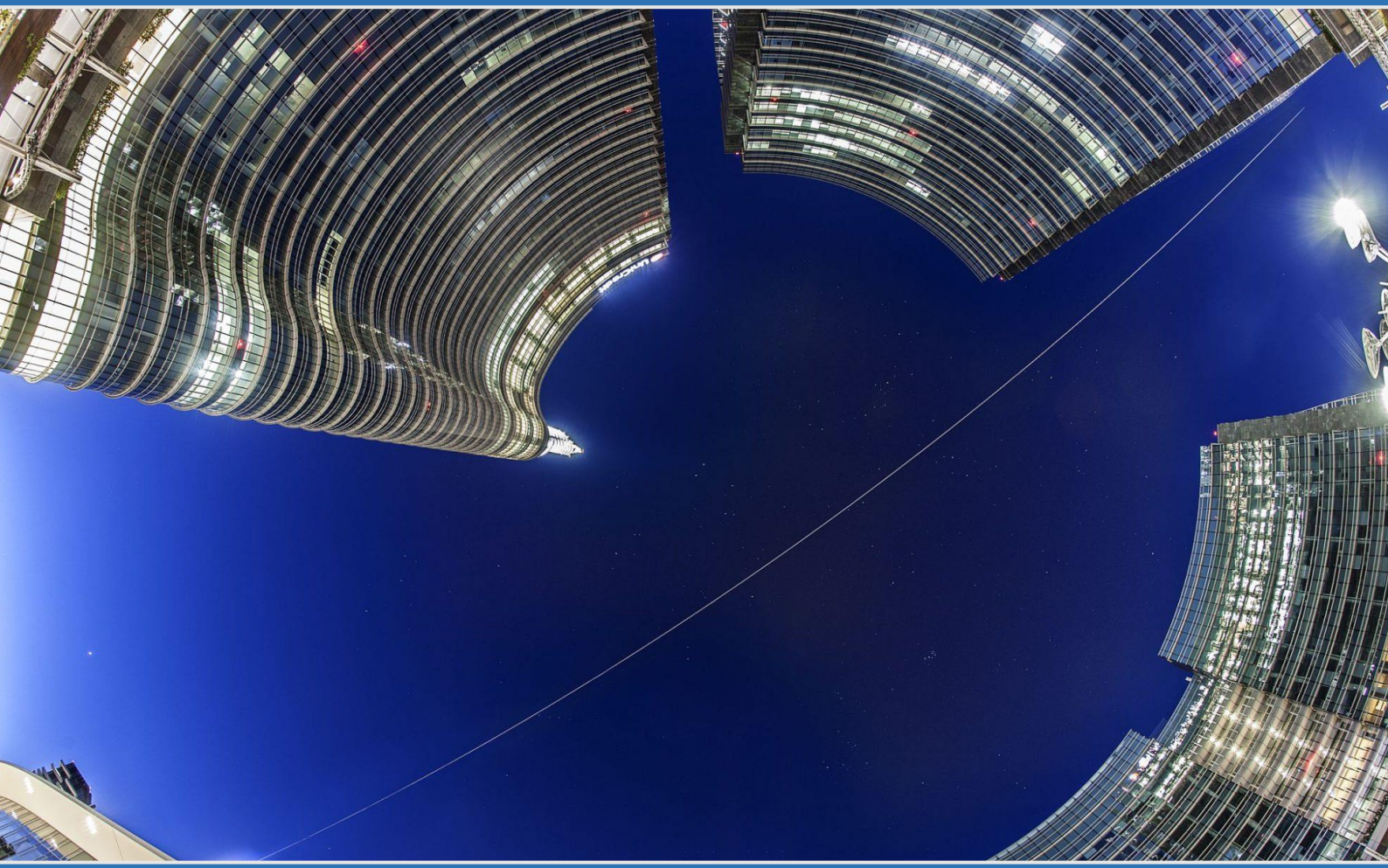
ISSN 2732-5695

Vol. 4 (2019)



Arbitrato in Italia

Notizie sull'arbitrato domestico e internazionale in Italia

Vol. 4 (2019)

Arbitrato in Italia

Notizie sull'arbitrato internazionale e domestico in Italia

Pubblicato nel giugno 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 2019 sono disponibili *online* sul sito *web* della rivista: https://www.arbitratoinitalia.it

INDICE

Arbitrato societario e fallimento 3
Le *Prague Rules*: alcune minime osservazioni dal punto di vista del diritto italiano 5
Limiti dell'arbitrato societario 8
Nuovo regolamento arbitrale CAM 10
Formulazione della clausola compromissoria e impugnazione del lodo 12
Arbitrato societario: i principi sono (finalmente) corretti; la loro applicazione è ancora errata 14
Cessione di credito e clausola compromissoria 16
Sindacato nel merito 18
La (non) applicazione del precedente Achmea 20
Condizioni generali e arbitrato 22
Impugnazione del lodo 24
Clausola compromissoria e condizioni generali 26
Restituzione e arbitrato 28
Arbitrato e azioni extracontrattuali 30
Iura novit Arbiter 32
Contestazione della competenza del Giudice statuale 35
Crediti del fallimento e arbitrato 37
Precedente vincolante? 39
Autonomia della clausola compromissoria 41
Arbitrato irrituale societario 43
Litisconsorzio necessario e arbitrato 46
Domanda riconvenzionale e arbitrato 49

⁂

Arbitrato societario e fallimento

di Roberto Oliva

Dopo una lunga pausa, riprendono le pubblicazioni di Arbitrato in Italia. E riprendono con un tema sul quale in passato mi ero già soffermato: quello dei rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali e, in particolare, tra arbitrato e fallimento.

L'occasione per ritornare su questo tema mi è offerta da una recente sentenza del Tribunale di Torino (n. 2510 del 23 maggio 2019).

La vicenda può essere così riassunta.

Il curatore del fallimento di una società di capitali ha convenuto il cessato amministratore della società e un terzo, deducendo che l'amministratore aveva sottratto denari della società per consegnarli al terzo e quindi chiedendo la condanna in solido dei convenuti alla restituzione di tali denari.

I convenuti, oltre a difendersi nel merito, hanno sollevato anche diverse eccezioni pregiudiziali e, in particolare, hanno eccepito l'incompetenza del Giudice statale per essere competente il Tribunale arbitrale previsto dalla clausola compromissoria contenuta nello statuto della società fallita.

Questa clausola compromissoria, per come riportata nella motivazione della sentenza in commento, prevedeva che le eventuali controversie tra i soci e la società, anche se promosse dagli organi amministrativi e/o di controllo ovvero nei loro confronti, aventi per oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, avrebbero dovuto essere decise da un Tribunale arbitrale.

Il Tribunale di Torino ha però ritenuto, innanzi tutto, che la clausola compromissoria statutaria non trovasse applicazione nei rapporti tra il fallimento e il terzo. In effetti, non si vede come un soggetto estraneo al rapporto sociale possa invocare l'applicazione della clausola compromissoria statutaria.

Il Giudice statale ha pure escluso l'applicazione della clausola compromissoria nei rapporti tra il fallimento e il cessato amministratore della società *in bonis*. Sul punto ha richiamato un precedente di legittimità (Cass., Sez. VI Civ., 8 novembre

2018, n. 28533), che della questione si era occupato in sede di *obiter*. Se infatti la massima di questa sentenza afferma che "*La clausola compromissoria contenuta nello statuto di un consorzio dichiarato fallito è applicabile ai giudizi iniziati dal curatore per far valere diritti preesistenti alla procedura concorsuale, a differenza di quanto accade per l'azione di responsabilità proposta dallo stesso curatore verso gli amministratori del consorzio, trattandosi di azione volta alla reintegrazione del patrimonio sociale nell'interesse dei soci e dei creditori per i quali la clausola non può operare trattandosi di soggetti terzi rispetto alla società*", la pronuncia della Cassazione ha confermato la decisione del Giudice di merito, che aveva declinato la propria competenza in favore del Tribunale arbitrale previsto da clausola compromissoria statutaria, in quanto, in quel caso, il curatore aveva fatto valere, nei confronti di taluni consorziati, diritti discendenti dal contratto sociale preesistenti alla dichiarazione di fallimento.

Nondimeno, la decisione del Tribunale di Torino è conforme all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale (v.si tra le più recenti Cass., Sez. I Civ., 12 settembre 2014, n. 19308), ad avviso del quale l'azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare non si risolve nell'azione sociale di responsabilità *ex* art. 2393 cod. civ.

Nell'azione di responsabilità *ex* art. 146 l.fall., infatti, confluiscono sia l'azione sociale di responsabilità *ex* art. 2393 cod. civ. sia l'azione dei creditori *ex* art. 2394 cod. civ.

Ora, poiché rispetto all'azione dei creditori sociali *ex* art. 2394 cod. civ. non può trovare applicazione la clausola compromissoria statutaria, atteso che i creditori sono terzi rispetto al negozio compromissorio e ai suoi effetti, tale clausola non trova applicazione neppure all'azione *ex* art. 146 l.fall., in cui quella *ex* art. 2394 cod. civ. confluisce per effetto del fallimento insieme all'azione *ex* art. 2393 cod. civ.

Consegue, da quanto sopra visto e per giungere a una conclusione, che la clausola compromissoria statutaria continua a essere vincolante ed efficace anche in caso di fallimento della società, ma nondimeno non trova applicazione all'azione *ex* art. 146 l.fall.

⁂

Le *Prague Rules*: alcune minime osservazioni dal punto di vista del diritto italiano

di Roberto Oliva

Un argomento sul quale molto ha discusso negli ultimi mesi la comunità arbitrale internazionale (anche se forse più in altre giurisdizioni che in Italia) è quello delle *Rules on the efficient conduct of proceedings in international arbitration (Prague Rules)*, presentate ufficialmente il 14 dicembre 2018.

Non esiste, al momento, una versione italiana delle *Prague Rules*; la versione inglese può essere consultata qui.

Le *Prague Rules* si presentano come uno strumento di *soft law* volto ad aumentare l'efficienza e ridurre i costi dell'arbitrato internazionale. La strada per raggiungere questo obiettivo è stata individuata, da un gruppo di lavoro composto prevalentemente da giuristi dell'est Europa e della CSI, dall'assegnazione ai tribunali arbitrali di un ruolo più attivo nella gestione dei procedimenti.

Le *Prague Rules* non si pongono invece più in aperta contrapposizione (come facevano ad esempio nella bozza di settembre) con le *IBA rules on the taking of evidence in international arbitration*, asseritamente troppo vicine alle tradizioni di *common law*.

I primi commenti sulle *Prague Rules* possono essere divisi in due categorie: si passa da chi le ha aspramente criticate, scorgendo in esse un rischio di 'russificazione' dell'arbitrato internazionale (penso ad esempio all'articolo di Lawrence W. Newman e David Zaslowsky, dell'ufficio di New York di Baker McKenzie, significativamente intitolato *The Russians are coming, and they want to change how we conduct international arbitration*), a chi – e sono i più numerosi – ha sottolineato la loro scarsa portata innovativa, poiché le loro previsioni sulla gestione della procedura arbitrale e sull'istruttoria sarebbero già contenute o nei regolamenti arbitrali oppure nelle stesse *IBA Rules* (in questo senso, ad esempio, Sol Argerich, che ha una formazione di *civil law*).

Quale prospettiva è quella corretta?

A ben vedere, nessuna delle due.

Le *Prague Rules* hanno diversi aspetti negativi, ma non hanno un contenuto rivoluzionario. Salvo qualche eccezione, le loro previsioni possono essere ritrovate anche nelle *IBA Rules*. Non per questo però hanno una scarsa portata innovativa, dal punto di vista del professionista di *civil law*. E forse anche dal punto di vista del professionista di *common law*.

Mi pare significativo, innanzi tutto, che le *Prague Rules*, prima di concentrarsi sull'istruttoria in senso stretto, si interessino della gestione del procedimento (art. 2). Lo stesso interesse viene manifestato, è vero, da altri strumenti di *soft law* (penso ad esempio all'*ICC Note to parties and arbitral tribunal on the conduct of arbitration*, disponibile qui). L'enfasi sulla relazione tra gestione della procedura e istruttoria costituisce però la vera novità delle *Prague Rules*.

Passando all'istruttoria in senso stresso, le *Prague Rules* contemplano gli stessi istituti processuali delle *IBA Rules*, dal punto di vista però degli ordinamenti di *civil law*.

Non effettuerò qui di seguito un puntuale esame delle differenze tra *IBA Rules* e *Prague Rules*; mi concentrerò invece sulle disposizioni che maggiormente hanno attirato il mio interesse.

Innanzi tutto, quelle relative al consulente tecnico. Sia le *IBA Rules* (art. 6) che le *Prague Rules* (art. 6) prevedono la possibilità della nomina di un consulente tecnico da parte del tribunale arbitrale. Ben sappiamo però che, in applicazione delle *IBA Rules*, tale nomina non è particolarmente frequente, poiché si preferisce avere, come pure previsto dalle *IBA Rules* (art. 5), consulenti tecnici nominati dalle parti (questa ad esempio era la posizione del QC Christopher Harris, illustrata nel corso della conferenza annuale dell'Associazione svizzera per l'arbitrato del 2 febbraio 2018).

Con le *Prague Rules*, invece, la regola diviene quella della nomina da parte del tribunale arbitrale. Una regola molto vicina a quella contenuta nel nostro codice di procedura civile (artt. 191 ss. cod. proc. civ.).

Ancor più restrittivo è l'approccio della *Prague Rules* per quanto riguarda l'istruttoria documentale, nella sua particolare forma della richiesta di produzione di documenti che una parte rivolge all'altra. Le *IBA Rules* hanno cercato di limitare questo istituto e di allontanarsi dal suo modello processuale anglosassone (art. 3). Le *Prague Rules* adottano invece un modello diverso (art. 4), peraltro molto simile a quello dell'ordine di esibizione previsto dal diritto processuale italiano (art. 210 cod. proc. civ.).

Le *Prague Rules*, poi, introducono nell'arbitrato internazionale, seppur timidamente, un altro principio previsto dal nostro ordinamento: quello *iura novit Curia*. Ribadiscono infatti che grava sulle parti l'onere di provare la loro posizione dal punto di vista legale (art. 7.1); aggiungono però che il tribunale

arbitrale può applicare disposizioni di legge non invocate dalle parti o fare riferimento a dottrina o giurisprudenza che le parti non hanno richiamato, purché su questi punti sia stato sollecitato il contraddittorio (art. 7.2).

Saranno utili le *Prague Rules*? A questa domanda potremo rispondere solo alla luce della loro concreta applicazione. Senz'altro, questa applicazione farà pure emergere i loro difetti e le previsioni che necessitano di essere modificate.

⁂

Limiti dell'arbitrato societario

di Roberto Oliva

Una recente pronunzia resa dal Tribunale di Cosenza (n. 1171 del 4 giugno 2019) consente di approfondire il tema dei limiti della cognizione degli arbitri societari.

La controversia riguardava la richiesta di revoca giudiziale di amministratore di società in nome collettivo, per le gravi irregolarità commesse dallo stesso, cui si aggiungeva una domanda risarcitoria.

Trattandosi di questione relativa a società di persone, non veniva in gioco la competenza delle Sezioni specializzate in materia d'impresa di cui al d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168.

Il convenuto, oltre a difendersi nel merito, ha pure sollevato *exceptio compromissi*, in forza della clausola compromissoria contenuta nello statuto sociale.

Il Tribunale di Cosenza ha respinto tale eccezione, ritenendo che, seppure le controversie in materia societaria possono in linea generale formare oggetto di compromesso, ciò non è vero per quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi.

Sulla base di questa presa di posizione, il Giudice ha escluso la competenza arbitrale nel caso di specie, ove tra l'altro si lamentavano omissioni dell'amministratore concernenti i bilanci della società, richiamando a supporto della sua decisione diversi precedenti, anche di legittimità (v.si Cass., Sez. I Civ., 12 settembre 2011, n. 18600).

Ritengo che la decisione del Tribunale di Cosenza, conforme alla giurisprudenza di legittimità, sia nondimeno sbagliata. Mi sembrano invero più convincenti gli argomenti addotti, da alcuni collegi arbitrali (ad esempio quello che ha reso il lodo pubblicato sul Corriere Giuridico 1999, p. 613, annotato dalla prof.ssa Salvaneschi) o Giudici di merito (Trib. Monza, 14 dicembre 2011, in Società, 2002, p. 1019; Trib. Bari, 7 febbraio 2007, in Il Merito, 2007, p. 39; Trib. Torino, 11 marzo 2011, in Dejure), che hanno sottolineato che nessun dubbio può porsi

in ordine alla transigibilità, e quindi compromettibilità, dell'azione di responsabilità, così come della domanda di revoca dell'amministratore, investendo tali controversie, posizioni soggettive disponibili delle parti e pertanto compromettibili. Diversamente argomento, invero, si giungerebbe alla conclusione secondo la quale la controversia relativa alla revoca dell'amministratore sarebbe compromettibile o no a seconda del concreto motivo portato a sostegno della richiesta revoca giudiziale.

Inoltre, si potrebbe anche sostenere che la decisione del Tribunale di Cosenza sia errata perché, a ben vedere, non è corretto escludere la competenza arbitrale con riferimento alle controversie relative ai bilanci societari.

⁂

Nuovo regolamento arbitrale CAM

di Roberto Oliva

La Camera Arbitrale di Milano ha pubblicato il nuovo regolamento arbitrale, che si applica ai procedimenti arbitrali iniziati a partire dal primo marzo 2019 (salvo che le parti, nella clausola arbitrale, non abbiamo specificato ai sensi dell'art. 832 cod. proc. civ. l'applicazione del regolamento vigente al tempo di stipulazione della clausola, nel qual caso però la Camera Arbitrale potrebbe rifiutarsi di amministrare la procedura).

Il nuovo regolamento, oltre a migliorare e razionalizzare la formulazione di diverse disposizioni, reca anche alcune novità di particolare interesse.

Innanzi tutto, per quanto riguarda i provvedimenti cautelari. Il nuovo regolamento ribadisce che gli arbitri hanno il potere di pronunciare provvedimenti cautelari non vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento (art. 26). Si tratta di disposizione che già era presente nel regolamento 2010 (art. 22). La novità è che ora il tribunale arbitrale può pure adottare misure di carattere provvisorio con efficacia vincolante per le parti sul piano negoziale. Si tratta di una significativa innovazione e forse sarebbe stato opportuno prevedere la sua applicazione solo per gli arbitrati avviati sulla base di clausole stipulate successivamente all'entrata in vigore del nuovo regolamento, come previsto per l'arbitrato di urgenza.

L'altra rilevante novità è rappresentata proprio dall'arbitrato di urgenza (art. 44): si tratta di una procedura volta all'emissione dei provvedimenti cautelari di cui all'art. 26 da parte di un arbitro di urgenza appositamente nominato, al quale gli atti vengono trasmessi entro 5 giorni e che provvede entro i successivi 20 giorni nel contraddittorio delle parti (o in caso di assoluta urgenza entro i successivi 5 giorni inaudita altera parte). L'arbitrato di merito, se non già avviato, dovrà essere iniziato entro 60 giorni dal deposito dell'istanza cautelare, o entro il diverso termine assegnato dall'arbitro di urgenza. Altrimenti, il provvedimento dell'arbitro di urgenza perde efficacia.

Questa previsione, che si applica come accennato solo ove la convenzione di arbitrato sia stata stipulata dopo l'entrata in vigore del nuovo regolamento, pare una risposta a quegli orientamenti giurisprudenziali, allo stato minoritari, che

ritengono che la stipulazione di una clausola compromissoria precluda l'accesso alla giustizia statale anche per chiedere provvedimenti cautelari nelle ipotesi in cui gli arbitri hanno poteri cautelari. Resta da comprendere se questa disposizione indurrà un cambiamento di prospettiva da parte della giurisprudenza maggioritaria, che invece ammette la tutela cautelare da parte del Giudice statale prima della costituzione del tribunale arbitrale. Il mio personale auspicio è che ciò non avvenga, perché il Giudice statale è in grado di assicurare, soprattutto in situazioni di assoluta urgenza, una tutela molto più sollecita di quanto possa fare l'arbitro di urgenza previsto dal nuovo regolamento della Camera Arbitrale di Milano, pronunciando un decreto *inaudita altera parte* anche il giorno stesso della richiesta.

Fa poi il suo ingresso nel regolamento della Camera Arbitrale di Milano il *third party funding*, con una previsione che fissa precisi obblighi di *disclosure* (art. 43).

Per quanto riguarda l'arbitrato societario, il nuovo regolamento prevede che, ove la clausola compromissoria statutaria non demandi a un terzo estraneo alla società la nomina degli arbitri, questa venga effettuata dal Consiglio arbitrale (art. 17). L'obiettivo è quello di sanare la nullità in cui altrimenti incorrerebbe la clausola *ex* art. 34, co. 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. La sua idoneità allo scopo verrà dimostrata dalla giurisprudenza che si formerà nei prossimi anni (che auspico sarà, come è ragionevole che sia, nel senso della validità della clausola statutaria così come integrata dal regolamento arbitrale).

Altre interessanti disposizioni sono poi quelle concernenti la sostituzione del tribunale arbitrale (art. 23) e la previsione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede in capo a tutti i soggetti coinvolti nell'arbitrato (art. 9).

Il nuovo regolamento, in definitiva, tiene conto degli sviluppi dell'arbitrato internazionale e delle sue *best practices* e contribuisce a valorizzare e promuovere l'Italia come sede di procedimenti arbitrali internazionali.

⁂

Formulazione della clausola compromissoria e impugnazione del lodo
di Roberto Oliva

La formulazione della clausola compromissoria riveste una fondamentale importanza. Una recente decisione della Corte di Appello di Milano (n. 2528 del 10 giugno 2019) lo conferma anche con riferimento all'impugnazione del lodo.

Una società rumena e la controllata italiana di una società giapponese hanno concluso nel 2013 un contratto relativo alla fornitura, costruzione, realizzazione, installazione e connessione alla rete di un impianto fotovoltaico, da realizzare in Romania.

Sorta controversia tra le parti in relazione all'esecuzione del contratto, questa è stata deferita al tribunale arbitrale previsto nella clausola compromissoria contrattuale.

La parte soccombente in arbitrato ha impugnato il lodo, deducendo la violazione delle regole di diritto attinenti al merito.

Questa impugnazione, lo sappiamo, è ammessa, in caso di arbitrato promosso sulla base di una clausola compromissoria stipulata dopo la riforma del 2006, solo se la clausola stessa espressamente lo prevede.

Arriviamo così al cuore della vicenda. La clausola compromissoria, nel caso di specie, prevedeva che "*The decison made by Arbitration shall be final and binding for the Parties, except for refutations that may be allowed by the law*".

Sulla base di questa clausola, la parte soccombente in arbitrato ha sostenuto che tra le "*refutations (…) allowed by the law*" vi è pure l'impugnazione del lodo, *ex* art. 829, co. 3, cod. proc. civ., per violazione delle norme di diritto applicabili al merito.

La Corte di Appello è stata di diverso avviso e ha ricordato che la volontà delle parti di consentire l'impugnazione nel merito del lodo deve essere espressa in modo chiaro e univoco (come affermato da Cass., Sez. I Civ., 25 settembre 2015, n. 19075). Poiché la disposizione della clausola compromissoria invocata dalla

parte soccombente in arbitrato certamente non era chiara e univoca, la Corte di Appello ha respinto l'impugnazione, condannando pure la parte soccombente per responsabilità processuale aggravata (art. 96, co. 3, cod. proc. civ.).

Si sarebbe potuta evitare la controversia? Forse sì, ove la clausola compromissoria non avesse avuto quel contenuto. Era necessario stabilire nella clausola compromissoria che "*The decision made by Arbitration shall be final and binding for the Parties, except for refutations that may be allowed by the law*"? Mi pare di no, dato che tale previsione nulla aggiunge e nulla toglie.

Ecco confermata l'importanza della formulazione della clausola compromissoria: non solo nel senso di adoperare le giuste espressioni, ma anche in quello di non inserire previsioni inutili che possono essere strumentalizzate.

⁂

Arbitrato societario: i principi sono (finalmente) corretti; la loro applicazione è ancora errata

di Roberto Oliva

Quello dell'arbitrato societario è ancora un tema di vivo interesse per chi si occupa di arbitrato in Italia. La Corte di Cassazione ha affermato dei principi non del tutto condivisibili. Alcuni giudici di merito hanno tentato di seguire un approccio più corretto, ma sinora invano.

Una recente pronunzia del Tribunale di Bologna (n. 1378 del 13 giugno 2019) ha espressamente applicato principi corretti (o principi che a mio avviso tali sono), per giungere nondimeno a un risultato che mi sembra errato.

La vicenda decisa dal Tribunale di Bologna riguardava alcune deliberazioni assunte dall'assemblea di una società a responsabilità limitata.

A dire dell'attore, queste deliberazioni erano nulle perché perseguivano l'intendo di aggirare disposizioni inderogabili di legge sulla *corporate governance*.

La società convenuta si è difesa, tra l'alto, sollevando eccezione di compromesso, sulla base della clausola compromissoria contenuta nel suo statuto.

Il Tribunale ha respinto questa eccezione, affermando che quella particolare controversia non era arbitrabile.

Come noto, le controversie societarie sono arbitrabili se riguardano diritti disponibili (art. 34, co. 1, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5).

Cosa significa "*diritti disponibili*"?

Il Tribunale di Bologna ha richiamato la giurisprudenza della Suprema Corte, ad avviso della quale l'area della non compromettibilità è ristretta all'assoluta indisponibilità del diritto, e quindi alle sole nullità insanabili (Cass., Sez. VI Civ., 20 settembre 2012, n. 15890).

Il principio, a mio avviso, è corretto.

Secondo questo orientamento, le sole controversie societarie che non possono essere decise dagli arbitri sono quelle che riguardano le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili o illecite. Infatti, la nullità insanabile è prevista solo per queste deliberazioni (art. 2479/*ter*, co. 3, cod. civ.).

Il Tribunale di Bologna, a mio avviso, ha fatto cattiva applicazione di un principio corretto.

Come detto, la controversia decisa dal Tribunale di Bologna riguardava talune deliberazioni di una società a responsabilità limitata, in tesi di parte attrice nulle, perché volte ad aggirare norme inderogabili concernenti la *corporate governance*. Conseguentemente, il loro oggetto sarebbe stato illecito. Il Giudice può d'ufficio dichiarare la nullità di simili deliberazioni. Nondimeno, ciò può avvenire entro tre anni dalla loro trascrizione nel libro delle deliberazioni dei soci. Questo significa che la legge non prevede una loro nullità insanabile e che, pertanto, la controversia concernente tali delibere è arbitrabile.

⁂

Cessione di credito e clausola compromissoria
di Roberto Oliva

La Suprema Corte ha recentemente confermato il suo orientamento sul tema della circolazione della clausola compromissoria in caso di cessione di credito (Cass., Sez. I Civ., 14 giugno 2019, n. 16127).

La giurisprudenza ha sviluppato un orientamento, che trova applicazione a tutti i casi di cessione di credito nascente da un contratto che contiene una clausola compromissoria, che consente al debitore ceduto di difendersi dal processo, prima ancora che nel processo.

Infatti, il cessionario non può invocare la clausola compromissoria nei confronti del ceduto, il quale però può sollevare eccezione di compromesso se il cessionario lo evoca in giudizio avanti il Giudice statale.

Questo orientamento è ormai consolidato (risale quanto meno a Cass., SS.UU., 17 dicembre 1998, n. 12616) e, come accennato, è stato recentemente confermato dalla Suprema Corte.

Il caso in commento è estremamente complesso da un punto di vista fattuale. In estrema sintesi (e con una certa approssimazione) riguardava i rapporti tra una amministrazione comunale e un soggetto privato e i crediti di quest'ultimo che traevano origine da una concessione concernente un intervento di edilizia pubblica, che prevedeva una clausola compromissoria. Sopravvenuto il fallimento del concessionario, la concessione si era estinta per legge (art. 81 l.fall.); successivamente il ramo d'azienda che (a dire del cedente) comprendeva la concessione era stato ceduto a un terzo; ancora successivamente, venivano ceduti pure i crediti derivanti dal rapporto concessorio; il cessionario iniziava l'arbitrato previsto dalla concessione, ottenendo un lodo a sé favorevole; il lodo veniva impugnato dall'amministrazione comunale; la Corte di Appello accoglieva il gravame, ritenendo che la clausola compromissoria non fosse opponibile al debitore ceduto. Il cessionario ricorreva infine in Cassazione, ma senza successo, dato che ha visto riaffermato lo stesso principio: "*ad avviso della richiamata giurisprudenza di legittimità, che questo Collegio condivide, il cessionario, per il solo fatto di aver acquistato il credito, senza il consenso del debitore, non può influire sull'accordo arbitrale,*

che continua a svolgere i propri effetti tra le parti originarie, sicché lo stesso non può avvalersi del patto compromissorio, rispetto al quale è terzo".

In tale intricato contesto, una questione di estremo interesse era stata sottoposta alla Corte di Cassazione: se il soggetto, che sia cessionario dell'azienda ricomprendente il contratto da cui il credito è sorto (ma non del credito) e, per atto successivo, pure cessionario del credito, possa avvalersi della clausola compromissoria prevista dal suddetto contratto. Non abbiamo, purtroppo, una risposta poiché, nel caso di specie, il contratto contenente la clausola compromissoria non era stato in realtà ceduto. Dovremo quindi aspettare (e sperare) che la Suprema Corte (o qualche Giudice di merito) esamini in futuro la questione.

⁂

Sindacato nel merito

di Roberto Oliva

Una recente pronuncia della Corte di Cassazione (n. 17159 del 26 giugno 2019) consente di compiere alcune brevi riflessioni sul sindacato nel merito di un lodo arbitrale da parte della Corte di Appello, adita in sede di impugnazione.

La vicenda definita dalla Corte di Cassazione riguarda un lodo pronunciato da un tribunale arbitrale in relazione a compensi dovuti da una società a un professionista.

Questo lodo, che ha visto l'accoglimento delle domande del professionista, è stato impugnato dalla parte soccombente per tre ragioni: è stata lamentata una violazione del principio del contraddittorio; una pretesa contraddittorietà e illogicità della motivazione; una erronea valutazione del merito della vicenda.

Seppure anche i primi due motivi possano suscitare profili di interesse, ritengo opportuno soffermarmi sul terzo.

La Corte di Cassazione, infatti, ha ricordato che il giudizio di impugnazione per nullità del lodo costituisce un giudizio a critica limitata, che può essere fondatamente proposto solo in presenza di determinati *errores in procedendo*, individuati in via tassativa dalla legge processuale (art. 829, co. 1, cod. proc. civ.), oppure per inosservanza, da parte degli arbitri, delle norme di diritto applicabili al merito della controversia, nei limiti in cui tale vizio può essere dedotto ai sensi dell'art. 829, co. 3, cod. proc. civ. (del tema ho parlato, ad esempio, in questo post).

Quest'ultima doglianza, puntualizza la Suprema Corte, non va però confusa con una censura volta a sollecitare un nuovo esame nel merito della controversia. Ciò che la legge consente, in sede di impugnazione, non è un nuovo esame, da parte della Corte di Appello, del merito della controversia. La Corte d'Appello, al contrario, può e deve limitarsi a verificare se c'è stato un errore di diritto, ossia se gli arbitri abbiano mal individuato la norma applicabile al merito o se della norma, pur correttamente individuata, abbiano fatto una cattiva applicazione.

Detto in altri termini: la legge processuale italiana non consente di impugnare un lodo arbitrale per chiedere al Giudice statale dell'impugnazione un nuovo esame dei fatti.

Questo nuovo esame potrà solo essere compiuto dopo che il lodo sia stato annullato (per uno dei motivi tassativi previsti dalla legge) e solo se la vicenda ricade in uno dei casi in cui la Corte di Appello è competente a emettere una decisione nel merito (art. 830 cod. proc. civ.). Altrimenti – e questa, salvo diverso accordo tra le parti, è la regola nel caso di arbitrato internazionale con sede in Italia – il merito dovrà essere deciso da un nuovo tribunale arbitrale (salvo ovviamente il caso in cui il lodo sia stato annullato per invalidità o inefficacia della clausola compromissoria).

La legge processuale italiana, che pur non segue la legge modello dell'UNCITRAL, è nondimeno ispirata a simili principi. Non a caso, il nuovo regolamento della Camera Arbitrale di Milano, recentemente entrato in vigore, è conforme alle migliori prassi internazionali. Il mio auspicio è che, anche grazie a questo nuovo regolamento, possa aumentare il numero degli arbitrati internazionali amministrati in Italia, nell'acquisita consapevolezza da parte degli operatori dell'arbitrato internazionale che il nostro ordinamento rientra nel novero di quelli favorevoli all'arbitrato.

⁂

La (non) applicazione del precedente Achmea

di Roberto Oliva

Due diversi tribunali arbitrali ICSID, sulla base di diversi ragionamenti, sono giunti alla stessa conclusione: la pronuncia della Corte di Giustizia nella causa Achmea non enuncia principi che fanno venir meno, nelle vicende da loro esaminate, la giurisdizione arbitrale.

Mi riferisco al lodo reso nell'arbitrato 9Ren v. Spagna e al lodo parziale nell'arbitrato Rockhopper v. Italia, rispettivamente del 31 maggio e 26 giugno 2019.

Iniziamo con il lodo 9Ren v. Spagna.

Si tratta di un lodo definitivo, che quindi affronta anche il merito (e condanna la Spagna a pagare un risarcimento di circa 40 milioni di Euro), nondimeno focalizzerò la mia attenzione sulla questione più interessante, che è quella relativa alla sussistenza della giurisdizione arbitrale.

In estrema sintesi, il tribunale arbitrale ha ritenuto sussistente la sua giurisdizione sulla base dei seguenti argomenti.

Innanzi tutto, la decisione della Corte di Giustizia nel caso Achmea non esprime un principio applicabile al trattato che veniva in considerazione nella procedura 9Ren v. Spagna. Il caso Achmea infatti riguardava un BIT intracomunitario (tra Paesi Bassi e Repubblica Slovacca), mentre nella procedura 9Ren l'azione era stata proposta sulla base dell'Energy Charter Treaty (ECT), che non è un BIT intracomunitario e vede come parti contraenti Stati comunitari, Stati extracomunitari e la stessa Unione Europea. Il tribunale arbitrale respinge quindi l'argomentazione proposta dalla Spagna, secondo la quale ci sono diverse categorie di Stati membri dell'ECT, che riconoscono agli investitori diverse tutele, e tra queste categorie ci sono gli Stati membri dell'Unione Europea, che non consentirebbero di promuovere un arbitrato ICSID. E la respinge con una motivazione tranchant: statuendo che questa argomentazione non ha alcun supporto testuale nelle disposizioni dell'ECT, né nella sentenza Achmea.

Il tribunale arbitrale soggiunge poi, così disattendendo gli ulteriori argomenti difensivi proposti dalla Spagna in punto giurisdizione, che non sussiste alcun conflitto tra le disposizioni dell'ECT e il diritto eurounitario, che quest'ultimo non ha in alcun modo modificato le obbligazioni assunte dalla Spagna in forza dell'ECT, che la giurisdizione del Tribunale arbitrale si fonda sulle disposizioni dell'ECT e non sul diritto eurounitario e che il Tribunale arbitrale ICSID, in quanto tale, non ha sede in alcuna giurisdizione nazionale e men che meno nell'Unione Europea.

Altrettanto netta è la posizione assunta dal Tribunale arbitrale nell'arbitrato Rockhopper v. Italia, che nel suo lodo parziale (sulla sola questione della giurisdizione) ricorda pure come sinora nessun altro Tribunale arbitrale abbia ritenuto insussistente la sua giurisdizione alla luce della sentenza Achmea.

Il Tribunale arbitrale nella procedura Rockhopper compie quindi una dettagliata analisi della sentenza Achmea e dei suoi passaggi più significativi, per giungere alla conclusione che i principi ivi enunciati sono di applicazione molto limitata, concernendo esclusivamente il BIT che veniva in considerazione in quella controversia (come detto, concluso tra Paesi Bassi e Repubblica Slovacca), e non potendo certo applicarsi all'ECT.

Anche in questo caso, la giurisdizione arbitrale è stata confermata e il giudizio prosegue nel merito.

Nel frattempo, pare che l'investitore vittorioso nei confronti della Spagna intenda procedere a esecuzione forzata negli Stati Uniti, evidentemente per evitare opposizioni al riconoscimento del lodo e alla sua esecuzione, nello spazio giuridico europeo, che plausibilmente consisterebbero nella reiterazione avanti ai Giudici nazionali degli argomenti, tratti dalla sentenza Achmea, respinti dal Tribunale arbitrale.

⁂

Condizioni generali e arbitrato
di Roberto Oliva

Un tema di particolare interesse è quello della validità ed efficacia di una clausola compromissoria prevista da condizioni generali di contratto, che è stato affrontato da una recente decisione resa dal Tribunale di Brindisi (n. 1077 dell'8 luglio 2019).

La vicenda decisa dal Tribunale di Brindisi riguardava un contratto per la fornitura di una attrezzatura industriale. L'attrice era l'acquirente di tale attrezzatura, che non è però mai stata consegnata, sì che ha agito per sentir dichiarare la risoluzione del contratto e condannare la controparte alla restituzione di quanto ricevuto a titolo di acconto, oltre al risarcimento dei danni.

La convenuta si è difesa, tra l'altro, sollevando eccezione di compromesso: il contratto conteneva infatti una clausola compromissoria, il cui testo però non è riportato nella sentenza.

Il Tribunale di Brindisi ha rigettato l'eccezione, ritenendo che la clausola compromissoria fosse inefficace.

Ai sensi dell'art. 1341 cod. civ., infatti, le clausole compromissorie rientrano nella categoria delle c.d. clausole vessatorie, ossia delle clausole che, se contenute in condizioni generali di contratto, devono essere specificamente approvate per iscritto. Altrimenti, non sono efficaci.

La giurisprudenza di legittimità fornisce una interpretazione restrittiva di tale disposizione, dettata dal *favor arbitrati*. Ritiene quindi che richiedano una specifica approvazione per iscritto le clausole inserite in strutture negoziali destinate a regolare una serie indefinita di rapporti (condizioni generali propriamente dette), mentre una specifica approvazione per iscritto non è richiesta nel caso, sostanzialmente diverso, in cui una parte abbia elaborato il testo contrattuale, accettato dall'altra, con riferimento a un rapporto specifico (v. ad esempio Cass., Sez. I Civ., 23 maggio 2006, n. 12153).

Il Tribunale di Brindisi ha ritenuto che fosse applicabile, nel caso di specie, l'art. 1341 cod. civ. e quindi che la clausola compromissoria fosse inefficace. Dalla

sola lettura della sentenza non è purtroppo possibile comprendere se questa soluzione sia corretta, ossia se effettivamente la clausola compromissoria fosse contenuta in condizioni generali di contratto (predisposte da una parte per regolare una serie indefinita di rapporti) oppure soltanto in un testo contrattuale, predisposto sì da una parte, ma solo per quello specifico rapporto.

⁂

Impugnazione del lodo
di Roberto Oliva

La Corte di Appello di Milano ha reso una sentenza molto interessante in relazione all'impugnazione (respinta) di un lodo ICC (sentenza n. 3123 del 12 luglio 2019).

La vicenda era significativamente complessa, come dimostrato tra l'altro dalla levatura dei componenti del Tribunale arbitrale e dei professionisti coinvolti.

In estrema sintesi, e con una certa approssimazione, essa riguardava le vicende relative ad alcuni contratti di concessione d'uso inalienabile (c.d. "*IRU*" o "*Indefeasible Right of Use*") di infrastrutture di telecomunicazione e di manutenzione delle stesse.

Rimasta inadempiuta l'obbligazione di pagamento del canone di manutenzione per l'anno 2014, il manutentore (Interoute) ha richiesto e ottenuto un decreto ingiuntivo, salvo poi rinunciarvi nel momento in cui il suo preteso debitore (Clouditalia) ha proposto opposizione eccependo la carenza di giurisdizione del Giudice statale in forza della clausola compromissoria contrattuale, che prevedeva un arbitrato ICC con sede a Milano.

Clouditalia ha allora agito in prevenzione, promuovendo il procedimento arbitrale, dove ha chiesto, tra le altre cose, l'accertamento dell'inadempimento di Interoute agli obblighi derivanti dal contratto di manutenzione e del suo diritto a rinegoziare i termini di questo contratto.

Interoute si è costituita nel procedimento arbitrale e, oltre a chiedere il rigetto delle domande avversarie, ha pure domandato, in via riconvenzionale, la condanna di Clouditalia al pagamento dei canoni di manutenzione scaduti.

Il Tribunale arbitrale ha dichiarato sussistente un obbligo di rinegoziazione del contratto di manutenzione, ha accertato un inadempimento da parte di Interoute a questo obbligo e, riqualificando le domande di Clouditalia in termini di eccezione di inadempimento, ha ritenuto che solo una parte del diritto di credito di Interoute fosse esigibile.

Interoute ha impugnato il lodo sulla base di diversi motivi. Due però in particolare mi sembrano interessanti.

Interoute ha lamentato una violazione, da parte del Tribunale arbitrale, delle norme di diritto applicabili al merito della controversia. Poiché l'arbitrato era stato promosso sulla base di una clausola compromissoria conclusa prima della riforma del 2006, questo motivo di impugnazione sarebbe astrattamente ammissibile. La Corte di Appello di Milano ha però ritenuto che non lo fosse. Ha infatti considerato, a mio avviso correttamente, che le parti hanno rinunziato a tutti i mezzi di impugnazione cui possono rinunziare – e quindi senz'altro hanno rinunziato a lamentare la violazione di norme di diritto applicabili al merito – poiché hanno richiamato, nella clausola compromissoria, il regolamento arbitrale ICC, ai sensi del quale "*Il lodo è vincolante per le parti. La sottoposizione della controversia al regolamento comporta per le parti l'impegno a dare prontamente esecuzione al lodo e la presunzione che esse abbiano rinunciato a tutti i mezzi di impugnazione cui possono validamente rinunciare*" (art. 34.6 del regolamento 2012, disponibile qui, ossia il regolamento applicabile alla procedura). Il fatto poi che la stessa disposizione fosse contenuta nel regolamento ICC vigente ai tempi della stipulazione della clausola compromissoria (art. 28.6 del regolamento 1998) ha consentito alla Corte di Appello di non soffermarsi sul tema della natura del rapporto tra l'istituzione arbitrale, il suo regolamento e le parti.

Un altro tema interessante riguarda la riqualificazione, da parte del Tribunale arbitrale, della domanda svolta da una delle parti. Il lodo è stato impugnato anche in ragione di tale riqualificazione, che la parte impugnante ha ritenuto lesiva, tra l'altro, del suo diritto di difesa. La Corte di Appello è stata di diverso avviso e ha dato seguito al suo orientamento, secondo il quale non è impugnabile il lodo se non ha giudicato in relazione a fatti diversi da quelli allegati e provati dalle parti, ma si è limitato a qualificare diversamente quei fatti dal punto di vista giuridico (una simile pronunzia era stata emessa quasi un anno fa, il 16 agosto 2018, ed è pubblicata su Giurisprudenza Arbitrale, con una nota del prof. Villa).

La sentenza della Corte di Appello riferisce in ogni caso che il tema della relazione tra l'inadempimento di Interoute all'obbligo di rinegoziazione e il rifiuto di Clouditalia ad adempiere al suo obbligo di pagamento era stato trattato nel corso del procedimento arbitrale: cosa che esclude una violazione del contraddittorio. Detto in altri termini: la vicenda decisa dalla Corte di Appello di Milano è ben diversa dal recente caso inglese P v D [2019] EWHC 1277 (Comm), che ha visto l'annullamento del lodo poiché il Tribunale arbitrale aveva tra l'altro basato la sua decisione su istituti non invocati dalle parti. Non sussiste quindi uno scostamento tra la prassi italiana e quella straniera in tema di rispetto del principio del contraddittorio in arbitrato.

⁂

Clausola compromissoria e condizioni generali

di Roberto Oliva

Una recente pronuncia della Corte di Cassazione (n. 20078 del 24 luglio 2019) riguarda il tema della formulazione della clausola compromissoria contenuta in condizioni generali di contratto.

La controversia decisa dalla Cassazione riguardava un contratto di leasing, di cui la parte attrice sosteneva la nullità. Il Giudice di primo grado (il Tribunale di Siena) ha accolto questa domanda e, nel farlo, ha rigettato l'eccezione della convenuta di improponibilità della domanda in forza della clausola compromissoria contenuta nel contratto di *leasing*.

La convenuta ha impugnato la sentenza e la Corte di Appello di Firenze ha dichiarato l'improponibilità della domanda della parte attrice in primo grado e la competenza del tribunale arbitrale previsto dalla clausola compromissoria.

La sentenza di appello è stata impugnata avanti la Suprema Corte, che ha ritenuto che la clausola arbitrale non potesse essere invocata.

Ha osservato la Cassazione che, nella fattispecie al suo esame, il testo contrattuale era stato predisposto da uno solo dei contraenti (con ciò volendo a mio avviso affermare, seppur con terminologia non del tutto corretta, che la vicenda rientrava nell'ambito di applicazione dell'art. 1342 cod. civ.).

Si imponeva quindi la specifica approvazione per iscritto della clausola compromissoria, secondo quanto previsto dall'art. 1341, co. 2, cod. civ.

Nel caso di specie, una specifica approvazione per iscritto c'era. Essa faceva però riferimento a un articolo del regolamento contrattuale, l'art. 8, che conteneva non solo la clausola compromissoria, ma anche una congerie di altre disposizioni le più diverse, tutte accomunate dalla generica rubrica "*clausole varie*".

Ebbene, la Corte di Cassazione ha ritenuto che, in un caso del genere, non ci fosse in realtà una specifica approvazione per iscritto, per l'appunto perché l'espressa approvazione dell'art. 8 del contratto, per il contenuto di quest'ultimo, non poteva essere "*specifica*".

Si tratta, a ben vedere, dell'applicazione di un principio consolidato: la legge richiede infatti una tecnica redazionale delle clausole che attiri l'attenzione del contraente debole sul loro contenuto (in tal senso, tra le più recenti, Cass., Sez. VI Civ., 12 ottobre 2016, n. 20606). E di questo principio generale si deve tener conto anche nella predisposizione della clausola compromissoria.

⁂

Restituzione e arbitrato

di Roberto Oliva

Una recente sentenza del Tribunale di Milano (n. 7884 del 22 agosto 2019) concerne il tema del rapporto tra restituzioni contrattuali e arbitrato.

In estrema sintesi, la vicenda decisa dal Tribunale di Milano riguardava un affitto di azienda. Il contratto di affitto conteneva una clausola compromissoria e pertanto, nel momento in cui sono emersi dei gravi vizi dell'azienda, che impedivano la prosecuzione dell'attività aziendale, il conduttore ha iniziato il procedimento arbitrale previsto da tale clausola, che si è concluso con la risoluzione del contratto.

Nel frattempo, il locatore aveva escusso una garanzia bancaria e portato all'incasso talune cambiali, garanzia e cambiali consegnate a garanzia dell'adempimento dell'obbligo di pagamento del canone di affitto.

Il conduttore ha quindi agito in giudizio, avanti il Giudice statale, per ottenere la restituzione di quanto incassato indebitamente dal locatore.

Il locatore ha contestato la competenza del Giudice statale, sulla base della clausola compromissoria contrattuale di cui si è detto.

Questa eccezione è stata respinta dal Tribunale di Milano, sulla base del ragionamento di seguito riassunto.

Ad avviso del Giudice, la domanda restitutoria non ha il suo fondamento nel contratto, bensì nella risoluzione dello stesso pronunziata in sede arbitrale. Ritenendo quindi che la domanda restitutoria abbia natura extracontrattuale e in mancanza di riferimenti, nella clausola compromissoria, a domande extracontrattuali, il Tribunale di Milano si è affermato competente.

Al riguardo, il Giudice ha applicato, al caso particolare della domanda restitutoria, i principi enunciati dalla Corte di Cassazione con riferimento alla arbitrabilità di controversie in materia di responsabilità precontrattuale: ha infatti ritenuto di non poter interpretare in maniera estensiva la clausola compromissoria, nel senso che essa deferisse agli arbitri la competenza a decidere anche sulle

controversie relative alle restituzioni, perché tale interpretazione estensiva sarebbe impedita dall'assenza di riferimenti, nella clausola compromissoria, a controversie di natura non contrattuale.

Non nascondo che la soluzione cui è pervenuto il Tribunale di Milano mi lascia perplesso: la clausola compromissoria infatti prevedeva espressamente che fossero deferite a un arbitrato amministrato dalla Camera Arbitrale di Milano le controversie "*in merito alla (…) risoluzione del (…) contratto*". E mi pare che tra queste controversie rientrino (anzi, debbano rientrare) pure quelle concernenti le restituzioni che derivano dalla risoluzione.

La decisione del Tribunale di Milano, in ogni caso, conferma l'opportunità della scelta, operata dalla Camera Arbitrale di Milano, di modificare, in occasione dell'entrata in vigore del suo nuovo regolamento, la sua clausola compromissoria standard, inserendo un espresso riferimento alle controversie di natura non contrattuale.

⁂

Arbitrato e azioni extracontrattuali

di Roberto Oliva

Nel precedente articolo ho esaminato una sentenza, resa in materia di arbitrato e restituzioni contrattuali, che trovo non corretta. Questa sentenza infatti, sulla base di una ricostruzione dogmatica apparentemente ineccepibile, è giunta a conclusioni che, conformi alla giurisprudenza della Suprema Corte, mi sembrano però in contrasto con il *favor arbitrati* della nostra legge.

Ho quindi fatto una ricerca, in un ambito molto preciso, ma che ritengo molto significativo: quello delle domande *ex* art. 1669 cod. civ.: domande extracontrattuali, quindi, ma che sono connesse a un rapporto contrattuale. E ho appurato che, in questo caso, taluni Giudici statuali affermano la competenza arbitrale (tanto hanno fatto la Corte di Appello di Catania, nella sentenza n. 820 del 10 aprile 2019; e la Corte di Appello di Bologna, nella sentenza n. 2453 del 5 ottobre 2018). E lo fanno nonostante un orientamento contrario della Cassazione (Cass. Sez. II Civ., 3 febbraio 2012, n. 1674; e Cass., Sez. VI Civ., 15 febbraio 2017, n. 4035).

L'art. 1669 cod. civ. prevede una particolare azione che può essere proposta nei confronti dell'appaltatore, che abbia costruito un edificio o altri immobile destinato a lunga durata, per lamentare la sua responsabilità, nei dieci anni dalla costruzione, in caso di rovina dell'edificio o gravi difetti. Si tratta di un'azione che può essere esercitata sia dal committente sia dai suoi aventi causa e che la giurisprudenza maggioritaria qualifica come extracontrattuale anche quando esercitata dal committente.

Anche con riferimento alle azioni *ex* art. 1669 cod. civ. la Cassazione ribadisce il suo orientamento concernente, più in generale, il rapporto tra arbitrato e azioni extracontrattuali: in estrema sintesi, se la clausola compromissoria contenuta nel contratto non menziona espressamente le possibili azioni extracontrattuali connesse a quelle contrattuali, la competenza arbitrale si estende solo sulle azioni contrattuali.

Diversi Giudici di merito seguono l'orientamento della Cassazione (una ricognizione della giurisprudenza sul punto viene operata in un recente articolo:

Di Girolamo, *La potestas iudicandi degli arbitri in materia non contrattuale (anche, ma non solo, con riferimento all'azione del compratore ex art. 1669 c.c.)*, in Riv. Arb., 2019, p. 31 ss.).

Altri Giudici di merito ritengono invece (*amicus Plato, sed magis amica veritas*) che l'azione *ex* art. 1669 cod. civ. sia di competenza arbitrale anche in presenza di una clausola compromissoria che non la menziona espressamente. Ovviamente, nel caso di azione proposta dal contraente contrattuale (e non pure dai suoi aventi causa *ex* art. 1669 cod. civ.). Le pronunzie più recenti sul punto sono quelle sopra richiamate: della Corte di Appello di Catania dell'aprile 2019 e della Corte di Appello di Bologna dell'ottobre 2018.

La Corte di appello di Bologna era stata adita per impugnare un lodo arbitrale. Tra i motivi di impugnazione, uno concerneva la pretesa incompetenza del Tribunale arbitrale a pronunziarsi su una domanda *ex* art. 1669 cod. civ. Sul punto, con motivazione nella sostanza corretta, anche se purtroppo laconica (così laconica da far sospettare che la questione non sia stata consapevolmente esaminata), la Corte di appello rileva che, tra le questioni concernenti il contratto contenente la clausola compromissoria, vi erano pure quelle rilevanti ai sensi dell'art. 1669 cod. civ. Non c'è dunque alcun motivo per escludere la competenza arbitrale sulle azioni *ex* art. 1669 cod. civ. proposte dalla parte contraente.

Una motivazione più estesa è contenuta nella sentenza della Corte di appello di Catania. Anche in quel caso, si trattava dell'impugnativa di un lodo e anche in quel caso l'appaltatore soccombente aveva impugnato il lodo, tra l'altro, affermando l'incompetenza del Tribunale arbitrale a decidere di una controversia *ex* art. 1669 cod. civ.

La clausola compromissoria contrattuale era estremamente sintetica. Essa prevedeva solo: "*in caso di contenzioso le parti si rimettono al giudizio insindacabile di un collegio arbitrale*".

Sulla base di questa clausola, che non faceva riferimento a controversie di natura extracontrattuale, ma neanche a controversie di natura contrattuale, la Corte di appello di Catania ha ritenuto che la competenza arbitrale concernesse tutte le controversie che trovavano nel contratto contenente la clausola il loro presupposto storico. E sulla base di questo ragionamento ha consapevolmente disapplicato i principi enunciati dalla Suprema Corte nella sentenza n. 4035/2017, più sopra richiamata.

L'auspicio è che queste sentenze, della Corte di appello di Bologna e di quella di Catania, siano il primo segnale di un cambiamento di rotta della giurisprudenza e di una maggior consapevolezza, da parte del Giudice statuale, del *favor arbitrati* previsto dalla nostra legge processuale, a mio avviso anche con riferimento all'arbitrato in materia non contrattuale.

⁂

Iura novit Arbiter

di Roberto Oliva

Una recente pronunzia della Corte di appello di Genova (n. 1215 del 27 agosto 2019) consente di affrontare un tema che ritengo di grande interesse: quello dell'applicazione in arbitrato del principio *iura novit Curia*.

Per quanto qui interessa, la vicenda può essere riassunta come segue.

L'attore, una persona fisica, aveva concluso un accordo con la parte convenuta, una ASL, che prevedeva l'erogazione, da parte dell'attore all'ASL, dell'importo di (allora) Lire 1.500.000.000, che avrebbe dovuto essere utilizzato per realizzare una struttura ospedaliera dedicata alla memoria del padre dell'attore.

In un momento successivo, l'attore ha agito nei confronti dell'ASL per ottenere la restituzione dell'importo versato all'ASL in forza del suddetto accordo.

La controversia è stata deferita a un autorevole Tribunale arbitrale, composto dal prof. Roppo, dal prof. Morello e dall'avv. Russo.

Nella prospettiva dell'attore, la dazione all'ASL della somma di Lire 1.500.000.000 rappresenterebbe una donazione, nulla per difetto di forma, perché l'accordo di cui si è fatto cenno più sopra era una scrittura privata.

L'ASL convenuta si è difesa, sul punto, sostenendo che la donazione era valida, in quanto di modico valore avuto riguardo alle condizioni patrimoniali e reddituali dell'attore.

Il Tribunale arbitrale non ha accolto nessuna di queste prospettazioni: ha infatti ritenuto che il contratto non fosse una donazione in senso stretto (ex art. 769 cod. civ.), bensì una liberalità non donativa, o donazione indiretta che dir si voglia, *ex* art. 809 cod. civ., e ciò in quanto l'intento liberale non riguardava la dazione della somma di danaro, ma la realizzazione della struttura pubblica.

Poiché non sono richiesti, per la donazione indiretta, gli stessi requisiti formali imposti per la donazione in senso stretto, la qualificazione del rapporto fatta dal

Tribunale arbitrale ha avuto quale conseguenza il rigetto delle domande dell'attore.

Quest'ultimo ha quindi impugnato il lodo avanti la Corte di appello di Genova, lamentando, in particolare e per quel che qui interessa, che la qualificazione del contratto, fatta dal Tribunale arbitrale senza accogliere alcuna delle prospettazioni delle parti, costituirebbe una pronunzia fuori dai limiti della convenzione di arbitrato, una violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. e una mancata pronunzia sulle domande formulate dalle parti, rilevante *ex* art. 829 cod. proc. civ.

La Corte di appello ha respinto questo motivo di impugnazione (così come gli altri formulati dall'attore e l'impugnazione incidentale dell'ASL, che qui però non interessano).

I Giudici di appello hanno richiamato sul punto i principi enunciati dalla Suprema Corte con riferimento al giudizio avanti il Giudice statale, che hanno quindi ritenuto applicabili anche all'arbitrato. Secondo questi principi, il Giudice può assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in causa, ricercando le norme applicabili e potendo applicare norme diverse da quelle erroneamente indicate dalle parti. Ciò che invece il Giudice non può fare è pronunziare oltre i limiti delle domande e delle eccezioni delle parti, mutando i fatti o decidendo su questioni che non siano state sollevate dalle parti (in questo senso, Cass., Sez. VI Civ., 9 aprile 2018, n. 8647).

In considerazione del fatto che il Tribunale arbitrale non ha considerato fatti diversi da quelli allegati dalle parti, ma ha solo qualificato il contratto in contestazione, la Corte di appello ha ritenuto che esso abbia fatto corretta applicazione del principio *iura novit Curia* e quindi ha respinto il motivo di impugnazione.

Eguale sorte è toccata al diverso motivo di impugnazione, con il quale l'attore ha lamentato una violazione del contraddittorio, per avere il Tribunale arbitrale operato una qualificazione giuridica del contratto in contestazione, diversa da quelle indicate dalle parti, senza aver provocato il contraddittorio sul punto.

La Corte di appello ha rilevato, innanzi tutto, che le parti erano ben consapevoli del fatto che la questione della qualificazione del contratto avrebbe dovuto essere affrontata e risolta per la decisione della controversia. Ha poi aggiunto, richiamando la giurisprudenza della Corte di Cassazione, che le decisioni c.d. della terza via, se concernono questioni di puro diritto, possono essere solo impugnate se il Giudice ha commesso un errore di diritto; se invece concernono questioni miste di fatto e diritto, l'impugnazione è ammessa ove vi sia stata una concreta lesione del diritto di difesa, ad esempio perché alla parte è stato nei fatti impedito di sollevare eccezioni o portare prove per contrastare la diversa qualificazione scelta dal Giudice (in questo senso, Cass., Sez. I Civ., 16 febbraio 2016, n. 2984). Poiché, nel caso in esame, l'attore non ha neppure indicato come

sarebbe stato concretamente violato il suo diritto di difesa, il motivo di impugnazione è stato respinto.

Mi pare che questa decisione, e l'orientamento di cui essa è espressione, rappresenti un buon punto di equilibrio tra l'applicazione del principio *iura novit Curia* e la tutela dell'effettività del contraddittorio e del diritto di difesa. Non a caso, simili principi vengono seguiti anche in altri ordinamenti continentali: penso ad esempio alla Svizzera, dove i Tribunali arbitrali ben possono assumere decisioni c.d. della terza via, purché ciò non 'prenda di sorpresa' le parti; altrimenti, devono informare le parti e provocare il loro contraddittorio (il *leading case* in materia è la sentenza Tvornica del 30 settembre 2003 del Tribunale federale svizzero).

⁂

Contestazione della competenza del Giudice statuale

di Roberto Oliva

Un contratto contiene una clausola compromissoria che deferisce ad arbitri la soluzione delle eventuali future controversie tra le parti. Nondimeno, una parte agisce in giudizio e conviene l'altra avanti il Giudice statuale. La parte convenuta contesta, sulla base della clausola compromissoria, la competenza del Giudice statuale, ma quest'ultimo rende una sentenza erronea, rigetta l'eccezione e conferma la propria competenza. A che Giudice si deve rivolgere la parte convenuta per chiedere di riformare la decisione del primo Giudice?

Due recenti pronunzie, rese da due diverse Corti di Appello a distanza di un giorno l'una dall'altra (sentenza della Corte di Appello di Catanzaro n. 1782 del 19 settembre 2019; e sentenza della Corte di Appello di Potenza n. 636 del 20 settembre 2019) offrono due risposte diverse al quesito appena posto: il Giudice calabrese afferma che l'impugnazione va proposta alla Corte di Appello, mentre il Collegio lucano che essa va devoluta alla Corte di Cassazione. Entrambe le decisioni sono corrette, perché concernono due arbitrati diversi.

Come noto, il nostro ordinamento prevede, oltre all'arbitrato rituale, che si conclude con un lodo che ha gli stessi effetti della sentenza pronunziata dal Giudice statuale (art. 824-*bis* cod. proc. civ.), anche un peculiare istituto (sconosciuto, per quanto mi consti, all'estero): quello dell'arbitrato irrituale, che si conclude con un lodo che ha il valore di determinazione contrattuale (art. 808-*ter* cod. proc. civ.).

La natura e gli effetti del lodo sono la principale differenza tra arbitrato rituale e irrituale, ma non l'unica. Altre differenze riguardano il regime delle impugnazioni: il lodo rituale è soggetto a impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 829 cod. proc. civ. (oltre che a revocazione e opposizione di terzo *ex* art. 831 cod. proc. civ.) e il Giudice competente è la Corte di Appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato (art. 828 cod. proc. civ.). Il lodo irrituale invece è impugnabile per i motivi indicati dall'art. 808-*ter* cod. proc. civ. e il Giudice competente è il Tribunale (o il Giudice di Pace).

Una ulteriore, fondamentale, differenza riguarda i rapporti tra il Giudice statuale, da un lato, e gli arbitri, rituali o irrituali, dall'altro lato.

L'eccezione di arbitrato, quando la clausola prevede un arbitrato rituale, comporta l'insorgere di una questione di competenza. Pertanto, "*La sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli artt. 42 e 43*" (art. 819-*ter* cod. proc. civ.), ossia avanti la Corte di Cassazione.

Se invece la clausola compromissoria prevede un arbitrato irrituale, la situazione è ben diversa: non si pone più un tema di competenza, bensì una questione di merito, che conduce alla declaratoria da parte del Giudice statuale di inammissibilità della domanda soggetta alla competenza arbitrale (sul punto, si può vedere, ad esempio, Cass., SS.UU., 30 settembre 2016, n. 19473). E la sentenza di primo grado sarà pertanto impugnabile avanti la Corte di Appello.

Ecco dunque che si spiegano le differenze tra le conclusioni cui sono giunte la Corte di Appello di Catanzaro e quella di Potenza: la prima, che si era trovata a esaminare una clausola per arbitrato irrituale, e la seconda, che invece è stata resa in una vicenda in cui era stata conclusa una clausola per arbitrato rituale.

⁂

Crediti del fallimento e arbitrato

di Roberto Oliva

Una recente sentenza della Corte di Cassazione (Cass., Sez. I Civ., 30 settembre 2019, n. 24444) affronta il tema della competenza arbitrale a decidere controversie relative a crediti del fallimento.

Si tratta di un argomento di sicuro interesse: già ne avevo parlato in passato e a breve se ne parlerà in un evento organizzato dalla Camera Arbitrale di Milano.

Ancor più interessante è la sentenza della Cassazione perché, dopo aver richiamato i principi generali in materia, li ha applicati a un caso particolare, sul quale non mi risultano altri precedenti editi: quello dell'azione *ex* art. 150 l.fall., ossia dell'ingiunzione emessa dal Giudice delegato del fallimento, su richiesta del curatore, nei confronti dei soci della società fallita per i versamenti di capitale ancora dovuti.

La vicenda decisa dalla Suprema Corte riguardava l'ingiunzione *ex* art. 150 l.fall. pronunziata dal Giudice delegato in relazione a una somma dovuta in base a una delibera di aumento di capitale.

L'ingiunto ha proposto opposizione e ha innanzi tutto eccepito l'incompetenza del Giudice statuale, atteso che lo statuto della società fallita conteneva una clausola compromissoria.

Il Tribunale ha però respinto questa eccezione, ragion per la quale l'ingiunto ha proposta regolamento di competenza avanti la Corte di Cassazione.

La Cassazione, nella sua decisione, ha ricordato innanzi tutto la regola concernente la competenza arbitrale in relazione a controversie promosse dal fallimento.

In sostanza, e in deroga all'autonomia della clausola compromissoria, quest'ultima segue sempre le sorti del contratto in cui è inserita: se il curatore, avvalendosi delle facoltà che la legge gli attribuisce, si scioglie dal contratto, si scioglie anche dalla clausola; se invece subentra nel contratto, ovvero esercita

diritti che derivano dal contratto, allora è vincolato dalla clausola compromissoria.

Questo principio, ad avviso della Suprema Corte, si applica anche al contratto di società. Se quindi il curatore, come nel caso in commento, agisce per ottenere il pagamento dei versamenti dovuti dai soci alla società fallita a titolo di aumento di capitale, non può sfuggire all'applicazione della clausola compromissoria. Potrà sì ottenere l'ingiunzione *ex* art. 150 l.fall.: come noto, la conclusione di una clausola compromissoria non impedisce la pronunzia di una ingiunzione di pagamento. Ma l'ingiunto potrà ottenere la revoca dell'ingiunzione eccependo, sulla base della clausola compromissoria, l'incompetenza del Giudice statuale.

E a proposito di revoca dell'ingiunzione, una particolarità della sentenza della Cassazione è che essa ha affermato la competenza arbitrale, ma non ha revocato l'ingiunzione *ex* art. 150 l.fall. (mentre in altri casi, in cui ha ritenuto incompetente il Giudice statuale, la Suprema Corte ha revocato o comunque dichiarato inefficace il decreto ingiuntivo: v. ad esempio Cass., SS.UU., 21 settembre 2018, n. 22433; oppure Cass., Sez. II Civ., 3 maggio 2016, n. 8690), né ha disposto la restituzione di quanto eventualmente pagato in sua esecuzione. Il motivo di questa omissione non è noto: non sappiamo, cioè, se l'ingiunto non ha chiesto queste statuizioni o se la Suprema Corte non si è pronunziata sulla richiesta. Si tratta di una questione che crea un problema pratico non indifferente, che con ogni probabilità dovrà essere risolto dal Tribunale arbitrale che verrà nominato ai sensi della clausola compromissoria contenuta nello statuto della società fallita.

⁂

Precedente vincolante?

di Roberto Oliva

Il sistema giuridico italiano è un sistema di *civil law* in cui non vige il principio del precedente vincolante.

D'altronde, è da tempo in atto un processo di avvicinamento dei sistemi di *common law* e *civil law*: da un lato, nei sistemi di common law, in considerazione del sempre maggior *corpus* di *statutory law*; dall'altro lato, nei sistemi di *civil law*, per il sempre più importante ruolo assegnato ai precedenti giurisprudenziali (sull'argomento è molto interessante la monografia *Interpreting precedents: a comparative study*, curata da MacCormick e Summers, che contiene scritti anche del nostro Michele Taruffo).

Mi pare di poter leggere in questa prospettiva di avvicinamento una recente pronunzia della nostra Cassazione (Sez. III Civ., ordinanza 3 ottobre 2019 n. 24649), che sicuramente farà discutere. E di cui voglio brevemente parlare anche su questo blog: sebbene non riguardi direttamente il tema dell'arbitrato, mi pare egualmente di grande rilevanza.

La vicenda decisa dalla Suprema Corte riveste, nel caso di specie, poco interesse.

Ciò che è invece interessante è un principio enunciato, a quel che mi risulta per la prima volta, dalla Corte di Cassazione: quello secondo il quale costituisce colpa grave (valutabile ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ.) il comportamento di chi agisca o resista in giudizio sostenendo una tesi contraria a un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità.

Si tratta di una affermazione veramente forte, che portata alle sue estreme conseguenze mi pare comporti l'affermazione del carattere vincolante dell'orientamento giurisprudenziale consolidato.

Si tratta di capire come, in un simile contesto, possa evolvere l'interpretazione giurisprudenziale e come una tale affermazione possa coordinarsi con i principi del nostro ordinamento e con precise norme processuali (come ad esempio quella di cui all'art. 360-*bis* n. 1 cod. proc. civ., che commina l'inammissibilità al ricorso in Cassazione che non offre elementi per mutare o confermare

l'orientamento della giurisprudenza della Corte e quindi implicitamente ammette la possibilità di ricorrere in Cassazione, sostenendo una tesi contraria a un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, portando argomenti idonei a contrastarlo).

E si tratta, ancor prima, di capire se questa pronunzia resterà isolata, oppure se costituirà il primo mattone di una nuova costruzione dogmatica.

⁂

Autonomia della clausola compromissoria

di Roberto Oliva

La clausola compromissoria, nel nostro ordinamento e in molti altri, non rappresenta una clausola accessoria del contratto in cui è inserita, ma un contratto a effetti processuali a sé stante. In questo senso, si parla di autonomia della clausola compromissoria.

Il principio, che si ricava dal disposto dell'art. 808 cod. proc. civ. ("*La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce*"), viene derogato solo in materia fallimentare (art. 83-*bis* l.fall.).

E lo stesso principio deve essere tenuto presente in caso di conclusione di un contratto preliminare, che contiene una clausola compromissoria, e di un successivo contratto definitivo, che invece non la contiene. Si tratta di un tema di grande rilevanza pratica e l'occasione per esaminarlo mi è offerta da una recente sentenza della Corte di Appello di Brescia (n. 1474 del 10 ottobre 2019).

La vicenda riguardava una controversia relativa a un immobile da costruire. L'attore (acquirente) e il convenuto (venditore) avevano concluso un contratto preliminare, che prevedeva che l'immobile avrebbe dovuto essere consegnato entro una certa data e che il venditore avrebbe dovuto pagare una penale in caso di ritardo. Il contratto preliminare conteneva una clausola compromissoria. L'immobile viene costruito e consegnato in ritardo e viene concluso il contratto definitivo, che non contiene alcuna clausola compromissoria.

L'attore ha promosso il procedimento arbitrale, all'esito del quale la sua pretesa è stata fortemente ridimensionata.

Il lodo è stato impugnato sia dall'attore che dal convenuto: il primo per lamentare alcune pretese violazioni del contraddittorio e del diritto di difesa (che la Corte di appello ha ritenuto non sussistenti e che qui non rilevano); il convenuto per denunciare che il Tribunale arbitrale non sarebbe stato competente, giacché la clausola compromissoria era contenuta solo nel contratto preliminare e non era stata riprodotta nel contratto 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 Brescia. 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., 16 aprile 2014, n. 8868; e Cass., Sez. I Civ., 31 ottobre 2011, n. 22608).

Aggiunge poi la Corte di Appello che, nel caso di specie, il contratto definitivo non esauriva gli impegni assunti con il preliminare, poiché tra questi vi era la clausola penale, più sopra menzionata, per il caso di ritardo; clausola che era precisamente quella oggetto della controversia tra le parti decisa dal Tribunale arbitrale.

⁂

Arbitrato irrituale societario
di Roberto Oliva

Il Tribunale di Salerno ha recentemente deciso una complessa vicenda societaria e la sua pronunzia (n. 3296 del 21 ottobre 2019), unitamente a quella resa dalla Corte di Appello di Salerno con riferimento alla stessa vicenda (n. 1311 del 14 settembre 2018), rappresenta a mio avviso un'ottima occasione per svolgere alcune brevi riflessioni in tema di arbitrato irrituale societario, ossia di rapporto tra la disciplina dell'arbitrato irrituale contenuta nel codice di rito e disciplina dell'arbitrato societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Un particolare profilo di interesse, in questo ambito, è quello della eventuale possibile applicazione all'arbitrato irrituale della disciplina inderogabile posta dal d.lgs. 5/2003 con riferimento al regime delle impugnazioni di delibere sociali.

Il caso deciso dal Tribunale e dalla Corte di Appello di Salerno riguardava l'impugnazione di talune delibere assembleari adottate dai soci di una società semplice. Era infatti sorta, all'interno della compagine sociale, una controversia tra due gruppi di soci; e ciascun gruppo aveva escluso l'altro dalla società con le deliberazioni oggetto di reciproca impugnazione.

L'atto costitutivo della società prevedeva che "*Qualsivoglia controversia inerente o conseguente al presente atto ed ai rapporti che ne derivano sarà deferita al giudizio di un arbitro unico irrituale il quale deciderà la controversia secondo diritto, in contraddittorio della Società e del Socio soggettivamente interessato, senza formalità di procedura – salvo quelle che esso stesso fisserà – ed inappellabilmente. L'arbitro sarà nominato all'unanimità; in mancanza, l'arbitro, su istanza di parte, verrà nominato dal Presidente del Tribunale di Salerno (…)*".

Emerge già qualche particolarità.

Innanzi tutto, nonostante la previsione della clausola, l'arbitrato non ha visto coinvolta la società, ma solo i soci.

La suddetta clausola, poi, non propriamente conforme al modello di cui all'art. 34 d.l.gs 5/2003 (ai sensi del quale gli arbitri societari devono essere nominati da un soggetto terzo estraneo alla società), è valida oppure è nulla?

Sappiamo che la questione della nullità della clausola è stata affrontata dal Tribunale arbitrale nel corso della procedura arbitrale, che ha respinto la relativa eccezione. Non sappiamo però sulla base di quali argomenti.

Si potrebbe ipotizzare che un argomento sia quello dell'inapplicabilità della disciplina di cui al d.lgs. 5/2003 a quel particolare arbitrato, che riguardava come detto una società semplice. Infatti, pur nell'assenza di qualsiasi distinzione operata nel testo del d.lgs. 5/2003, che pone la disciplina dell'arbitrato delle "*società*", la legge delega (art. 12, co. 3, l. 3 ottobre 2001 n. 366) conferiva al Governo il potere di disciplinare l'arbitrato delle "*società commerciali*"; e poiché la società semplice non è una società commerciale, non potendo esercitare un'attività commerciale (art. 2249 cod. civ.), si può sostenere che la disciplina dell'arbitrato societario non si applichi alle società semplici (come in effetti è stato autorevolmente sostenuto in dottrina).

Il lodo, nel merito, ha respinto la prospettazione di un gruppo di soci e accolto quella dell'altro gruppo ed è stato impugnato sia avanti la Corte di Appello di Salerno (nel procedimento deciso con la sentenza n. 1311/2018) sia avanti il Tribunale di Salerno (nel procedimento deciso con la recente sentenza n. 3269/2019).

La Corte di Appello ha dichiarato inammissibile l'impugnazione, giacché essa aveva a oggetto un lodo irrituale, che non è impugnabile avanti la Corte di Appello *ex* art. 829 cod. proc. civ.

L'impugnazione proposta avanti il Tribunale di Salerno è stata invece respinta, poiché con la stessa non erano stati denunciati quei vizi che possono portare all'annullamento di un lodo irrituale, ossia in sostanza vizi del consenso negoziale (sui quali v. questo post).

I motivi di impugnazione respinti dal Tribunale di Salerno erano infatti prevalentemente motivi in diritto e questo, a prescindere dall'applicabilità al caso di specie della disciplina dell'arbitrato societario, mi induce a interrogarmi sulla compatibilità di arbitrato irrituale e arbitrato societario, soprattutto in considerazione del fatto che, da un'analisi statistica svolta da Assonime, è emerso che circa un quarto delle clausole compromissorie statutarie prevedono un arbitrato irrituale.

La legge pare presupporre la suddetta compatibilità (v. art. 35, co. 5, d.lgs. 5/2003); talune sue disposizioni sembrano invece smentirla.

Così, ad esempio, la legge (art. 36 d.lgs. 5/2003) prevede che, in caso di impugnazione di delibere assembleari, la decisione degli arbitri non solo debba essere pronunziata secondo diritto, ma pure che il lodo debba essere impugnabile anche per violazione delle regole di diritto applicabili al merito della controversia. Una impugnazione, questa per violazione delle norme di diritto relative al merito, che non è ammessa per il lodo irrituale.

Mi pare quindi che ci siano due possibilità: o nel caso di impugnazione di delibere il lodo irrituale dovrebbe essere impugnabile anche per violazione delle regole di diritto applicabili al merito (ma scarsi sono gli appigli normativi per arrivare a questa conclusione e giustificarla); oppure le impugnazioni di delibere non possono essere devolute alla cognizione di un Tribunale arbitrale irrituale. In quest'ultimo caso, poi, resta da interrogarsi sulla portata di una clausola compromissoria statutaria che preveda solo un arbitrato irrituale: non troverebbe applicazione in caso di impugnazioni di delibere (con conseguente competenza del Giudice ordinario), oppure il procedimento arbitrale verrebbe 'convertito' in un procedimento rituale, superando quanto previsto dalla clausola compromissoria? E cosa potrebbe accadere in caso di domande connesse, per alcune delle quali può essere ammesso un arbitrato irrituale e per altre no?

Mi pare che i problemi collegati al rapporto tra arbitrato irrituale e arbitrato societario siano di entità tale da sconsigliare di impiegare l'arbitrato irrituale per risolvere controversie societarie. Salvo forse il caso, che è poi quello che mi ha dato l'occasione di affrontare il tema, di controversie relative a società semplici.

⁂

Litisconsorzio necessario e arbitrato

di Roberto Oliva

Un tema molto interessante è quello del litisconsorzio necessario in arbitrato. Esso è parzialmente disciplinato dalla legge (artt. 816-*quater* e 816-*quinquies* cod. proc. civ.) e sono noti i turbamenti (per usare l'espressione di un'autorevole Autrice) che può portare la sua realizzazione nel corso del procedimento arbitrale.

Cosa accade invece in caso di mancata realizzazione, durante l'arbitrato, del contraddittorio con il litisconsorte pretermesso? Una possibile risposta viene fornita dalla Corte di Appello di Campobasso, in una sua recente pronunzia (n. 367 del 7 novembre 2019).

Il caso deciso dalla Corte di Appello riguardava un arbitrato societario. Un socio di una società a responsabilità limitata aveva promosso nei confronti del liquidatore azione di responsabilità *ex* art. 2476 cod. civ. (applicabile anche ai liquidatori in virtù del richiamo operato dall'art. 2489 cod. civ.). La società non era però stata coinvolta nel procedimento arbitrale. Il liquidatore, soccombente in arbitrato, ha impugnato il lodo lamentando la violazione del contraddittorio, che sarebbe consistita nella pretermissione della società, litisconsorte necessario.

La Corte di Appello ha respinto la domanda, con una motivazione che non mi sembra del tutto soddisfacente, anche se forse perviene a un risultato in linea con i più recenti orientamenti giurisprudenziali.

Rileva innanzi tutto la Corte di Appello che in realtà il litisconsorte necessario non sarebbe stato pretermesso, perché il procedimento arbitrale era stato promosso nei confronti della persona fisica del liquidatore "*in qualità di liquidatore*" della società, il che equivarrebbe a dire che la società era stata evocata in giudizio in persona del liquidatore. Si porrebbe semmai un problema, secondo la Corte di Appello, di rappresentanza della società da parte di soggetto in conflitto di interessi, che però non è stato dedotto come motivo di impugnazione e quindi non può essere conosciuto d'ufficio.

Mi pare che questa ricostruzione non sia corretta: parte del procedimento arbitrale era la persona del liquidatore e non la società in persona del liquidatore,

come dimostrato dal fatto che la persona del liquidatore era stata destinataria della condanna pronunziata dal lodo che ha concluso il procedimento arbitrale.

Soggiunge poi la Corte di Appello che, a ben vedere, la mancata partecipazione al procedimento arbitrale di un litisconsorte necessario non integrerebbe alcuno dei motivi di nullità di cui all'art. 829 cod. proc. civ.: in particolare, non quello di cui al n. 9 ("*se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio*"), né quello di cui al n. 4 ("*se il lodo […] ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso*").

A mio avviso, questa affermazione non è corretta: mi sembra infatti più condivisibile l'orientamento espresso dalla Corte di Appello di Milano nella sua pronunzia del primo luglio 2014 (edita su Riv. arb., 2015, p. 83 ss.), ad avviso della quale "*il mancato rilievo del litisconsorzio necessario […] deve ritenersi ricompreso nelle ipotesi – previste nella seconda parte del n. 4 dell'art. 829, 1o comma, c.p.c. – in cui gli arbitri abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto delle istanze di merito avanzata da una parte nonostante l'insussistenza di un presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'elenco del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.*". Dello stesso avviso è pure, d'altronde, la prevalente dottrina.

La Corte di Appello di Milano aveva poi ritenuto che, nel caso al suo esame, non ci fosse un litisconsorzio necessario e la sua pronuncia è stata poi confermata dalla Suprema Corte con la sentenza n. 3481 del 23 febbraio 2016.

Più interessante è un ulteriore argomento speso dalla Corte di Appello per respingere l'impugnazione del lodo: quello secondo il quale tale impugnazione sarebbe preclusa, ai sensi dell'art. 829, co. 2, cod. proc. civ., che prevede che "*la parte che […] non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo*".

Sennonché, come osservato da autorevole dottrina, il vizio del lodo derivante dalla pretermissione di un litisconsorte necessario si realizza nel momento in cui viene emanato il lodo e non può quindi essere soggetto alla disciplina appena citata.

La sentenza della Corte di Appello di Campobasso è quindi del tutto errata? Mi pare che si possa sostenere che essa è pervenuta, per una strada non del tutto corretta, a una conclusione conforme a diritto. La Suprema Corte ha recentemente affermato, proprio in un caso di contraddittorio non integro perché era stato pretermesso un litisconsorte, che la violazione delle regole processuali, per assumere rilievo, deve tradursi nella lesione di specifiche facoltà difensive, restando esclusa la necessità di regolarizzare il processo qualora non sia riscontrabile alcuna concreta contrazione dei diritti sostanziali e processuali (Cass., Sez. VI Civ., 25 luglio 2019, n. 20152; e criticata in dottrina). In altri termini: se la violazione della regola formale non ha avuto come conseguenza una violazione del diritto di difesa, essa non ha rilevanza. Nel caso di specie, la pretermissione della società litisconsorte necessario non pare aver avuto

conseguenze pregiudizievoli. E allora forse, seguendo questo (pur criticato) orientamento della Cassazione, si potrebbe affermare che correttamente la Corte di Appello ha respinto l'impugnazione del lodo.

Ritengo che della vicenda tornerò a parlare tra un po' di tempo, commentando la sentenza che verrà resa dalla Suprema Corte: mi pare probabile che verrà proposto ricorso per la cassazione della sentenza di appello. Le questioni da questa affrontate sono infatti senz'altro meritevoli di un ulteriore esame.

⁂

Domanda riconvenzionale e arbitrato

di Roberto Oliva

Il Tribunale di Milano ha reso una interessante pronunzia in tema di rapporto tra domanda riconvenzionale ed eccezione d'arbitrato formulata dal convenuto. Si tratta della sentenza n. 10728 del 21 novembre 2019.

Il caso deciso dal Tribunale di Milano riguardava le vicende di una società che gestiva un immobile sito nel centro storico di Milano.

A seguito del decesso dei vecchi soci e al subentro dei loro eredi, i rapporti sociali si sono guastati e la società, che aveva le forme di una società in accomandita semplice, è stata trasformata in una società a responsabilità limitata.

Il socio accomandatario ha esercitato il recesso che gli riconosce la legge per il caso di trasformazione della società. Non ha però ricevuto la liquidazione della quota (eccezion fatta per un acconto) e ha quindi agito avanti il Giudice statuale per ottenerla e ha convenuto in giudizio, oltre alla società, pure i suoi amministratori.

La società si è costituita, proponendo eccezione di arbitrato (lo statuto della società, allorquando era una società in accomandita, conteneva infatti una clausola compromissoria) e formulando pure una domanda riconvenzionale nei confronti del socio-amministratore, non espressamente subordinata al rigetto dell'eccezione di arbitrato. Gli amministratori pure si sono costituiti proponendo eccezione di arbitrato.

Il Tribunale di Milano ha accolto l'eccezione di arbitrato e ha ritenuto che essa precludesse l'esame nel merito della vicenda, sia per quanto riguardava la domanda principale, del socio nei confronti della società, sia per quanto riguardava la domanda riconvenzionale, della società nei confronti del socio-amministratore.

Con riferimento alla domanda principale, il Tribunale di Milano ha ribadito (richiamando pure una sua precedente pronunzia: la n. 12539 del 9 novembre 2015) che la clausola compromissoria statutaria è opponibile al socio recedente.

Più complessa è la motivazione con riferimento a una questione in effetti a mio avviso più complicata: quella della competenza a decidere sulla domanda riconvenzionale formulata dalla società.

Il Tribunale di Milano ha notato che la convenuta, attrice in riconvenzione, non ha subordinato l'esame della riconvenzionale al rigetto dell'eccezione di arbitrato; e ha pure notato che la parte attrice, convenuta in riconvenzione, non ha a sua sollevato eccezione di compromesso ("*per comprensibili ragioni di coerenza processuale*", nota il Giudice). Nondimeno, ha ritenuto che pure l'esame nel merito di questa domanda fosse precluso, alla luce della giurisprudenza di legittimità ad avviso della quale la formulazione di una domanda riconvenzionale, non espressamente subordinata al rigetto dell'eccezione di compromesso, non comporta rinunzia a quest'ultima (Cass., Sez. I Civ., 30 maggio 2007, n. 12684). Secondo tale orientamento giurisprudenziale, infatti, l'esame della domanda riconvenzionale sarebbe ontologicamente condizionato al mancato accoglimento dell'eccezione di compromesso, poiché la fondatezza di questa eccezione sarebbe incompatibile con l'esame della riconvenzionale.

Mi pare che questo orientamento, che si è formato su casi in cui il punto controverso tra le parti era quello riguardante l'eventuale rinuncia all'eccezione di compromesso, ma non quello concernente la cognizione sulla domanda riconvenzionale, sarebbe meritevole di approfondimento. Due temi mi vengono in mente al riguardo: la natura dell'eccezione di compromesso, da un lato, e il divieto di venire contro il fatto proprio, come declinazione del generale dovere di correttezza processuale, dall'altro lato. L'approdo sarebbe forse lo stesso cui perviene la citata giurisprudenza di legittimità, e il Tribunale di Milano nella pronunzia in commento, ma magari seguendo diverse strade.

⁂

9 772732 569001

Rivista giuridica pubblicata da
Arbitration in Italy Ltd