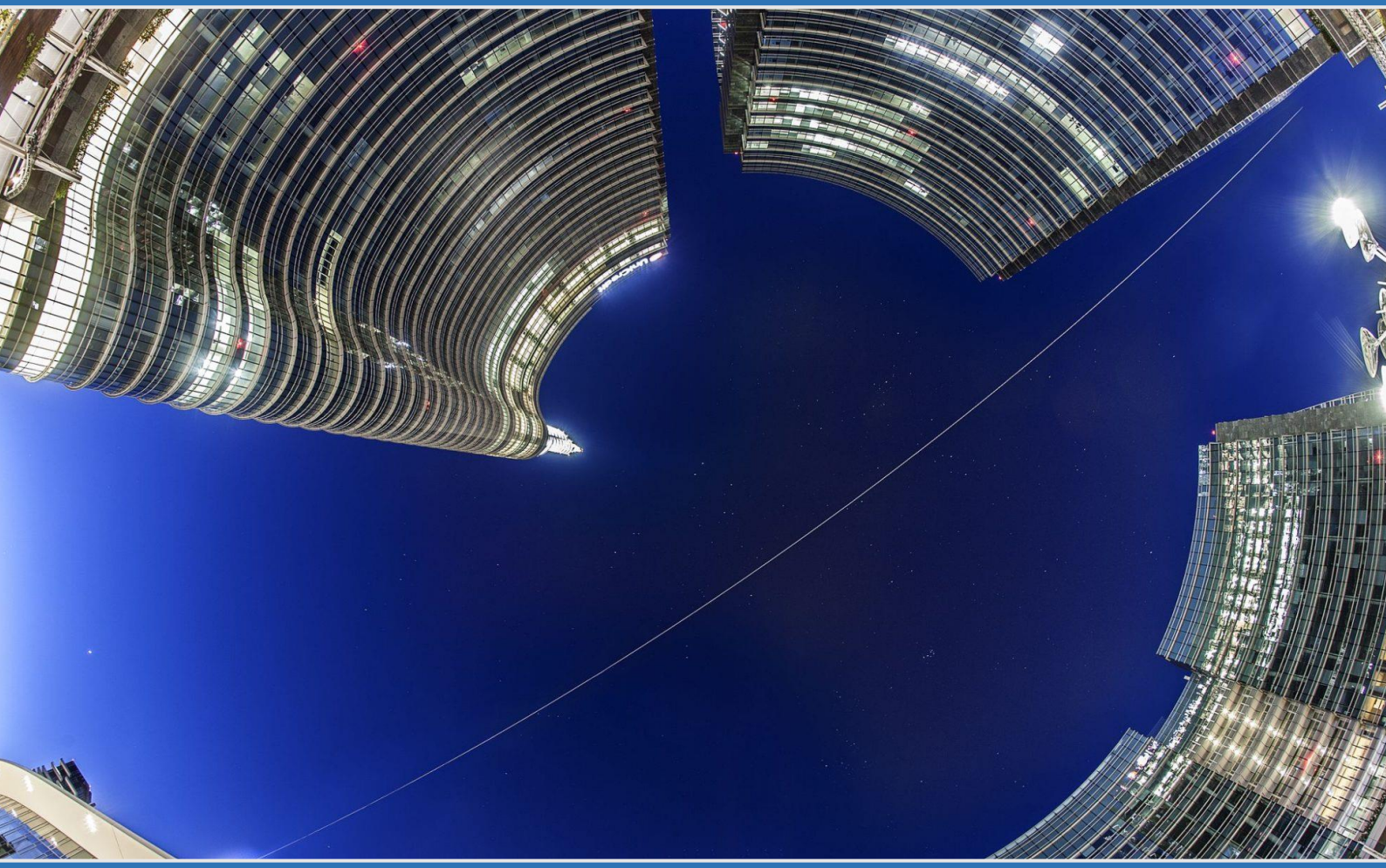
ISSN 2732-5695

Vol. 5 (2020)



Arbitrato in Italia

Notizie sull'arbitrato domestico e internazionale in Italia

Vol. 5 (2020)

Arbitrato in Italia

Notizie sull'arbitrato internazionale e domestico in Italia

Pubblicato nel gennaio 2021 da
Arbitration in Italy Ltd
61 Bridge Street
HR5 3DJ Kington
United Kingdom

INDICE

Editoriale 3

Responsabilità precontrattuale e arbitrato
Tribunale di Milano, 8 gennaio 2020, n. 58 5

Clausola penale, risoluzione e arbitrato
Tribunale di Roma, 27 gennaio 2020, n. 1695 11

Responsabilità extracontrattuale e arbitrato
Tribunale di Milano, 24 febbraio 2020, n. 1684 15

L'arbitrato al tempo del CoViD-19 20

Arbitrato semplificato CAM 22

Arbitrato internazionale societario
Corte d'Appello di Genova, 9 luglio 2020, n. 649 24

Inesistenza della clausola compromissoria
Lodo arbitrale, Padova, 21 gennaio 2020 39

Principio di autonomia
Corte d'appello di Ancona, 15 settembre 2020, n. 916
Tribunale di Catania, 21 settembre 2020, n. 3016 45

Arbitrato societario
Tribunale di Catania, 30 ottobre 2020, n. 3598 55

Clausola compromissoria e contemporanea elezione di foro
Tribunale di Milano, 26 novembre 2020, n. 7692 61

⁂

Editoriale

di Roberto Oliva

Fiumi d'inchiostro, parole retoriche e attente considerazioni sono state spese per descrivere quanto è stato tragico e particolare l'anno 2020.

Non intendo unirmi a questo coro; desidero però soffermarmi su due aspetti, che meritano a mio avviso l'attenzione dei lettori di questa rivista.

Innanzi tutto, nel corso dell'anno 2020 Arbitrato in Italia, nato nel 2015 come blog, si è trasformato in rivista. Questa trasformazione, che implica una gestione e una redazione partecipata dei contenuti editoriali, è il punto di arrivo di un percorso, e il punto di partenza di un altro, nuovo, percorso.

Nei cinque anni in cui Arbitrato in Italia è stato un blog, esso si è fatto conoscere da una nicchia di operatori. I suoi visitatori sono passati dalla poche centinaia del 2015 alle decine di migliaia del 2019 e ancora di questo 2020. I lettori di Arbitrato in Italia hanno potuto leggere dei più recenti orientamenti in materia arbitrale, così come delle riconferme di orientamenti consolidati, sugli argomenti i più vari, dal rapporto tra arbitrato e procedimenti monitori al complesso tema dell'arbitrato irrituale societario, o ancora dell'arbitrato societario con sede all'estero.

Il percorso che ora ci attende è quello che conduce all'ambizioso obiettivo di far sì che questa rivista possa costituire, in Italia e all'estero, il punto di riferimento per quanti vogliano approfondire il tema dell'arbitrato, domestico e internazionale, nel nostro Paese.

Per questo motivo, la trasformazione del blog in rivista ha mantenuto invariato un aspetto di fondamentale importanza: tutti i contenuti editoriali di Arbitrato in Italia sono liberamente accessibili.

Ciò detto per quanto riguarda questa rivista, un'altra osservazione ci viene imposta al termine di questo tragico anno.

Abbiamo assistito in numerosi ordinamenti – e tra questi in Italia – a un rallentamento, quando non a periodi di quasi completo blocco della giustizia stuatuale. A fronte della pandemia, e in considerazione delle misure di distanziamento sociale adottate per contenerla, gli Stati non sono più stati in grado di garantire il regolare funzionamento dell'amministrazione della giustizia.

L'arbitrato invece non si è fermato, i procedimenti arbitrali sono preseguiti, la comunità arbitrale, in Italia e all'estero, ha saputo individuare meccanismi procedurali per garantire sia il contraddittorio che l'efficienza procedimentale.

Sul tema, consiglio la lettura del bel volume curato da Maxi Scherer, Niuscha Bassiri e Mohamed S. Abdel Wahab: International Arbitration and the COVID-19 Revolution, pubblicato da Wolters Kluwer.

Anche in questi tempi difficili, lo strumento arbitrale ha dimostrato la sua capacità di realizzare l'interesse delle parti e di farlo meglio di quanto molte volte possano farlo i Tribunali statuali.

Un'affermazione che, in questo spazio, abbiamo iniziato a fare dal 2015. E che continueremo a fare ancora.

⁂

Responsabilità precontrattuale e arbitrato
Tribunale di Milano, 8 gennaio 2020, n. 58

[OMISSIS]

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Le società attrici, la maltese RCD EUROPE LIMITED (d'ora in avanti anche solo RCD) e l'indiana WAAREE INDUSTRIES PRIVATE LIMITED (d'ora in avanti anche solo WAAREE), hanno svolto domande risarcitorie in relazione alla acquisizione dell'intero pacchetto azionario della new co conferitaria del ramo d'azienda industriale della allora denominata CESARE BONETTI SPA, acquisizione oggetto di contratto preliminare Sale and Purchase Agreement del 21.12.2012 (doc.5 attrici, d'ora in avanti anche solo SPA) stipulato tra la stessa CESARE BONETTI SPA e i suoi azionisti, tra i quali TARGA SPA, da un lato e WAAREE dall'altro, acquisizione poi avvenuta con atto d'acquisto del 3.7.2013 (doc.14 attrici) in capo a RCD (quale designata da WAAREE), dopo il conferimento nella new co del ramo d'azienda da parte della CESARE BONETTI SPA, mutatasi quest'ultima quanto a denominazione in IMMOGAR SPA e risultante quindi venditrice del pacchetto azionario della new co denominata a sua volta CESARE BONETTI SPA nei confronti di: IMMOGAR SPA e TARGA SPA, quali venditrici, GIUSEPPE DALMASSO, quale amministratore di IMMOGAR SPA, FERNANDO PINCELLI, quale professionista redattore della stima del valore del conferimento nella new co, addebitando: ai primi tre dolo e/o malafede, in particolare nella fase precedente alla stipulazione dello SPA (pagg. 29 a 37 citazione); al PINCELLI negligenza nella redazione del suo elaborato di stima, erroneo per vari profili (pagg. 37 a 47 citazione); ancora ai primi tre dolo e/o malafede, in particolare nella fase successiva alla stipulazione dello SPA (pagg. 47 a 52 citazione), e configurando quindi: in via principale la responsabilità dei primi tre a titolo di dolo incidente ovvero di responsabilità precontrattuale e quella del PINCELLI ex artt. 2465 2343 secondo comma cc, in via subordinata nei confronti di tutti i convenuti responsabilità ex art.2043 cc, nonché nei confronti di IMMOGAR SPA e di TARGA SPA anche responsabilità per violazione delle garanzie di cui allo SPA, quantificando i danni in complessivi euro 8.964.632,57 quanto alla posizione di RCD e in complessivi euro 1.000.000,00 quanto alla posizione di WAREE.

Estesosi il contraddittorio a CHUBB EUROPEAN GROUP SE, terza chiamata in manleva quale propria assicuratrice dal convenuto DALMASSO, tutti i

convenuti nonché la terza chiamata hanno contrastato la pretesa avversaria per plurimi profili, in particolare: i convenuti IMMOGAR SPA, TARGA SPA e DALMASSO eccependo in via preliminare l'incompetenza del Tribunale in dipendenza della clausola arbitrale ex art.22 dello SPA, opponibile ad entrambe le attrici e sottoscritta anche dal DALMASSO, svolgendo poi in via subordinata, per il caso di mancato accoglimento della eccezione preliminare, domanda riconvenzionale di condanna delle attrici -ai sensi dell'art.5.3.2. dello SPA- al pagamento di interessi già maturati sulle ultime due rate del corrispettivo, eccezione quella preliminare di incompetenza che ha poi trovato l'adesione della terza chiamata.

Alla prima udienza del 28.5.2019 le attrici: hanno contrastato l'eccezione preliminare dei convenuti affermando la non operatività della clausola arbitrale in ragione dei titoli di responsabilità extracontrattuale azionati, le controversie relative ai quali non rientrerebbero nella previsione di compromesso, ed hanno poi svolto a loro volta eccezione di compromesso quanto alla domanda riconvenzionale subordinata dei convenuti, deduzioni entrambe contrastate dai convenuti IMMOGAR SPA, TARGA SPA e DALMASSO, cosicché il g.i. ha rimesso la causa al collegio, "ritenuta la ricorrenza di questione preliminare potenzialmente dirimente".

All'esito di tale contraddittorio e delle difese conclusionali reputa il Tribunale che l'eccezione preliminare dei convenuti sia fondata.

Al riguardo va rilevato: le attrici richiamano quanto alla non operatività della clausola arbitrale rispetto alle domande fondate su titoli extra-contrattuali l'orientamento di cui a Cass. n.20673/2016, secondo il quale: "La clausola compromissoria riferita genericamente alle controversie nascenti dal contratto cui essa inerisce va interpretata, in mancanza di espressa volontà contraria, nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte e solo le controversie aventi titolo nel contratto medesimo, con conseguente esclusione delle liti rispetto alle quali quel contratto si configura esclusivamente come presupposto storico, come nella specie, in cui la "causa petendi" ha titolo extracontrattuale ai sensi dell'art. 2598 c.c. nonché dell'art. 1337 c.c.", orientamento basato in particolare sulla necessità -ex art.808bis cpc- di espressa previsione convenzionale della devoluzione in arbitrato delle "controversie extracontrattuali scaturenti da un accordo negoziale" *[OMISSIS]* e che trova precedenti in Cass. n.1674/2012 nonché nel lodo arbitrale 9.1.2012, in Riv. Arb. 2013, 187, quest'ultima pronuncia in termini quanto a fattispecie di dolo incidentale;

al contrario i convenuti IMMOGAR SPA, TARGA SPA e DALMASSO nonché la terza chiamata sostengono l'operatività della clausola arbitrale rispetto alle domande rivolte nei loro confronti richiamando: l'opposto orientamento di cui al lodo arbitrale 26.1.1996, in Le nuove leggi civili commentate, 1997, I, 643, e a Corte d'appello Milano 8.8.2016, in Riv. Arb. 2017, 115, secondo le cui massime: "Rientra nella competenza del Collegio arbitrale, in base alla clausola compromissoria con cui le parti abbiano devoluto agli arbitri la soluzione delle controversie relative a 'validità, interpretazione ed esecuzione del contratto', la domanda al risarcimento dei danni per dolo incidente ex art.1440 cc, in quanto tesa a far valere una situazione di squilibrio prodotta sul piano contrattuale", "La clausola compromissoria inserita in un contratto estende i propri effetti anche alle controversie in materia di responsabilità per fatto illecito, in quanto lato

sensu collegate al contratto", nonché le posizioni dottrinali che valorizzano la portata dell'art.808quater cpc, in particolare sottolineando come la pretesa risarcitoria fondata sulla configurazione di dolo incidente miri a ricostituire l'equilibrio contrattuale violato e, dunque, rappresenti un istituto comunque inerente al contratto, sicché risulterebbe incongruo sottrarla alla cognizione arbitrale, e ciò tanto più che, secondo un consolidato orientamento, la omogenea fattispecie della domanda di annullamento di contratto per dolo determinante è senz'altro conoscibile dagli arbitri.

Rispetto a tali contrapposte posizioni delle parti reputa il Tribunale debba essere condivisa quella dei convenuti per la seguente serie di ragioni: in primo luogo nel caso di specie il tenore della clausola arbitrale ex art.22 dello SPA risulta particolarmente ampio, così recitando: "qualunque controversia, disputa o disaccordo sarà risolta mediante arbitrato sito in Milano secondo le regole stabilite dalla Camera Arbitrale di Milano, delle quali le parti riconoscono di essere a conoscenza. Il collegio sarà composto da tre arbitri nominati dalla Camera arbitrale. Per le finalità del presente accordo, il sig. Giuseppe Dalmasso, la sig.ra Maria Alessandra Bonetti, Targa e Immogar saranno considerati una sola parte. L'arbitrato sarà rituale e il collegio deciderà secondo legge. L'intero procedimento si svolgerà in Milano. Il lodo arbitrale sarà definitivo"; la clausola non fa quindi di per sé espresso richiamo al contratto, come invece d'uso in clausole analoghe nelle quali si specifica che sono devolute in arbitri le controversie relative al negozio in cui sono inserite, ovvero alla sua interpretazione, esecuzione, efficacia e validità, ma, nel devolvere agli arbitri "qualsiasi controversia, disputa o disaccordo", senza ulteriori specificazioni, risulta testualmente da riferire a tutte le controversie che riguardino il rapporto tra le parti sfociato nello SPA e, dunque, anche le controversie quali quelle qui in esame fondate sulla pretesa antigiuridicità del comportamento dei convenuti nel loro rapporto con le attrici nella fase antecedente e successiva alla stipulazione dello SPA, così potendosi interpretare, secondo i criteri ermeneutici generali e secondo lo specifico canone ermeneutico ex art.808quater cpc *[OMISSIS]*, la effettiva volontà delle parti, nella ricostruzione della quale ben può tenersi conto, oltre che del tenore letterale della clausola, della incongruità - rispetto alla scelta acceleratoria complessivamente sottesa alla pattuizione arbitrale- di un per così dire "ritaglio" della cognizione tra giudici statuali e arbitri, ritaglio palesemente in contrasto con ogni esigenza di rapidità di definizione delle controversie *[OMISSIS]*; né a contrastare tale lettura della clausola può poi valere, come invece sostenuto dalle attrici, il fatto che il secondo comma dell'art.22 dello SPA rechi la previsione che "con riguardo a qualsiasi controversia che, a causa della sua natura, non possa essere devoluta in arbitrato, tali controversie saranno devolute alla giurisdizione esclusiva del Tribunale di Milano": tale sub-clausola dispone infatti per il solo caso nel quale la lite non sia compromettibile "per sua natura", vale a dire, nel sistema italiano, in quanto concernente diritti delle parti indisponibili, e non può quindi essere interpretata quale espressione della volontà delle parti di escludere dalla operatività della clausola arbitrale principale le controversie fondate su titoli di responsabilità extracontrattuale, per loro natura invece compromettibili in arbitri ex art.808bis cpc; in secondo luogo, poi, anche a prescindere dal tenore espresso della clausola si è detto di per sé risolutivo, nel caso di specie le domande risarcitorie degli attori, sia in quanto

riferite alla disciplina ex art.1440 cc in tema di dolo incidente sia in quanto riferite a ipotesi di responsabilità precontrattuale ovvero ex art.2043 cc, sono tutte da ricondurre ai medesimi addebiti di una scorretta condotta dei convenuti quanto alla determinazione dell'equilibrio contrattuale, cosicché il contratto, a differenza che nella ipotesi di responsabilità ex art.1669 cc considerata in particolare nel precedente di cui a Cass. n.1674/2012 sopra citato, lungi dal rappresentare un mero "presupposto storico" della domanda risarcitoria, costituisce, proprio in quanto squilibratamente stipulato, un elemento costitutivo della pretesa risarcitoria, pretesa da considerare quindi di per sé direttamente derivante dalla scorretta stipulazione negoziale; né a contrastare tale seconda conclusione interpretativa può poi valere, ad avviso del Tribunale, il tenore dell'art.808bis cpc, la cui portata precettiva: si risolve nel consentire, così chiarendo dubbi interpretativi insorti nel vigore della previgente disciplina, la stipulazione di autonoma convenzione di arbitrato avente ad oggetto "le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati" e non pare invece richiedere -a fronte del già richiamato canone ermeneutico generale in tema di arbitrato ex art.808quater cc- uno specifico ed espresso richiamo a liti configurabili in via extracontrattuale per l'operatività di clausole compromissorie contenute in un testo negoziale rispetto a tal genere di liti comunque fondate, come si è detto accade nel caso di specie, sulle caratteristiche della stipulazione cui inerisce la clausola.

Pe quanto fin qui detto, in accoglimento della eccezione dei convenuti IMMOGAR SPA, TARGA SPA e DALMASSO nonché della terza chiamata: va dichiarata l'incompetenza del Tribunale rispetto alle domande rivolte dalle attrici nei confronti di tali convenuti, con assorbimento in tale pronuncia della domanda riconvenzionale qui svolta dagli stessi convenuti solo per il caso di rigetto della loro eccezione preliminare ed ulteriore assorbimento della relativa eccezione di compromesso svolta dagli attori, nonché ancora ulteriore assorbimento della domanda di manleva svolta dal convenuto DALMASSO nei confronti della terza chiamata, il tutto previa separazione delle cause relative alle domande di cui sopra da quelle rivolte dalle attrici nei confronti del convenuto PINCELLI, estraneo alla pattuizione arbitrale, il rapporto processuale tra l'attrice e il PINCELLI dovendo poi proseguire come da separata ordinanza.

[*OMISSIS*]

Il commento

di Roberto Oliva

Un tema molto interessante è quello dell'arbitrabilità delle controversie extracontrattuali connesse a un titolo contrattuale. Una recente pronunzia del Tribunale di Milano (n. 58 dell'8 gennaio 2020) ha affrontato l'argomento e pare molto interessante, sia per il carattere meditato e approfondito della sua motivazione, sia per le conclusioni cui perviene.

La vicenda decisa dal Tribunale di Milano riguardava, in estrema sintesi, le doglianze del compratore di un ramo d'azienda (conferito in una *newco*) nei confronti del venditore (e del professionista che aveva redatto la stima del valore del conferimento nella *newco*).

In particolare, il compratore addebitava al venditore dolo e/o malafede, sia nella fase precedente che in quella successiva alla conclusione del contratto, e negligenza al professionista stimatore. Sulla base di questi addebiti, lamentava una responsabilità dei venditori per dolo incidente o di natura extracontrattuale (oltre che per violazione di garanzie di cui al preliminare di compravendita, denominato con terminologia inglese *Sale and Purchase Agreement* o anche solo *SPA*).

I venditori, per quel che qui interessa, hanno sollevato eccezione di compromesso, sulla base della clausola compromissoria contenuta nello SPA, del seguente tenore: "*qualunque controversia, disputa o disaccordo sarà risolta mediante arbitrato sito in Milano secondo le regole stabilite dalla Camera Arbitrale di Milano, delle quali le parti riconoscono di essere a conoscenza (…)*".

Il nodo cruciale era dunque rappresentato dall'applicabilità di tale clausola alle domande svolte dal compratore: applicabilità affermata dai venditori e negata invece dal venditore.

Il Tribunale di Milano ha ritenuto che la clausola fosse applicabile alle domande del compratore, sulla base di un ragionamento, come detto, articolato e approfondito.

Innanzi tutto, il Tribunale ha rilevato che la clausola aveva un tenore particolarmente ampio. A ben vedere, essa neanche menzionava il contratto, sì che poteva riferirsi a tutte le controversie concernenti il rapporto sfociato nel contratto. La correttezza di questa interpretazione, fondata anche sullo specifico canone ermeneutico dettato dall'art. 808-quater cod. proc. civ., è ulteriormente confermata, ad avviso del Tribunale, dalle conseguenze paradossali dell'opzione opposta: dall'incongruità, ossia, di una ripartizione della cognizione, tra Giudice statuale e Tribunale arbitrale, su questioni strettamente collegate tra loro (richiamando sul punto Cass., Sez. VI Civ., 22 ottobre 2018, n. 26553).

Ha aggiunto il Tribunale di Milano che questa lettura della clausola compromissoria neppure può essere contrastata dalla successiva clausola contrattuale, che devolveva alla competenza esclusiva proprio del Tribunale di Milano le controversie non arbitrabili: questo perché le controversie extracontrattuali sono per loro natura arbitrabili *ex* art. 808-*bis* cod. proc. civ.

Ha osservato ancora il Tribunale che, in un caso come quello di specie, di domande *ex* artt. 1440, 1337 e/o 2043 cod. civ., il contratto rappresenta un elemento costitutivo della pretesa risarcitoria e non un mero presupposto storico della stessa: così facendo, ha in sostanza escluso la possibilità di applicare

quell'orientamento giurisprudenziale restrittivo, invocato dai compratori, di cui si è trattato in passato su questa Rivista.

Ha concluso infine il Tribunale di Milano con una affermazione tanto condivisibile quanto importante: l'art. 808-bis cod. proc. civ. non richiede affatto (come pretende il suddetto orientamento giurisprudenziale restrittivo) che la clausola compromissoria debba espressamente menzionare le liti di natura extracontrattuale per attrarle al suo ambito di applicazione. La portata della norma è ben altra: essa infatti è volta a dissolvere i dubbi interpretativi, formatisi nella vigenza della precedente disciplina, sulla possibilità della stipulazione di una convenzione di arbitrato concernente controversie future relative a rapporti non contrattuali determinati.

Il 2020 inizia quindi con una sentenza interessante, ben scritta e che afferma, sull'argomento delicato che affronta, principi finalmente condivisibili. Che ciò sia di buon auspicio per l'anno nuovo!

⁂

Clausola penale, risoluzione e arbitrato
Tribunale di Roma, 27 gennaio 2020, n. 1695

[OMISSIS]

Ragioni di fatto e di diritto della decisione

Deve essere dichiarata l'incompetenza del Tribunale adito in ragione della clausola compromissoria presente nei contratti dedotti nel giudizio.

Va infatti rilevato che sia il contratto del 2011 all'art. 27 che il contratto del 2012 all'art. 25 prevedono espressamente la devoluzione a collegio arbitrale, venuto meno il tentativo di conciliazione privato tra le parti, di ogni controversia relativa all'interpretazione, alla validità, all'esecuzione od alla risoluzione del contratto".

La clausola appare validamente posto ed efficace tra le parti e la relativa clausola risulta anche specificamente approvata per iscritto.

Le eccezioni sul punto sollevate dalla parte opposta non colgono nel segno.

In primo luogo in ordine alla portata della clausola compromissoria e segnatamente all'ambito di applicazione della stessa, non vi è dubbio che l'azione fondata su una clausola contrattuale di previsione di penale si ricollega esattamente alla esecuzione del medesimo contratto, di modo che non può non ravvisarsi l'attrazione della questione nella clausola devolutiva ad arbitri della relativa controversia. In ogni caso va ricordato che recentemente la Suprema Corte non ha mancato di rilevare che "in mancanza di espressa volontà contraria, deve essere interpretata nel senso di ascrivere alla competenza arbitrale tutte le controversie che si riferiscono a pretese aventi la "causa petendi" nel contratto cui detta clausola è annessa. (cfr. Cassazione civile sez. I, 08/02/2019, n.3795).

Va ribadito pertanto il principio di diritto processuale, giusta il quale:

- l'esistenza di una clausola compromissoria non esclude la competenza del giudice ordinario ad emettere un decreto ingiuntivo (atteso che la disciplina del procedimento arbitrale non contempla l'emissione di provvedimenti inaudita altera parte), per cui, laddove operi la clausola compromissoria:

1. sussistendo i presupposti di cui agli artt. 633 e ss. c.p.c. e tenuto conto della non rilevabilità d'ufficio del difetto di competenza per essere la controversia devoluta agli arbitri, il giudice ordinario deve emettere il decreto ingiuntivo richiesto da una delle parti;

2. quando però sia proposta opposizione ed il debitore ingiunto eccepisca la competenza arbitrale, si verificano i presupposti fissati nel compromesso, venendo quindi a cessare la competenza del giudice ordinario,

3. il quale ultimo, una volta che rilevi la esistenza della valida clausola compromissoria, non potrà che dichiarare la nullità del decreto ingiuntivo e rimettere la controversia al giudizio degli arbitri.
Tale consolidato e condivisibile orientamento va oggi integrato con la considerazione che l'art. 819-ter co. 2° c.p.c.,, laddove afferma che nei rapporti tra arbitrato e processo non si applica l'art. 50, riguarda solo il caso in cui siano gli arbitri ad escludere la loro competenza ed a riconoscere quella del giudice ordinario, sicché quando sia invece il giudice togato a dichiarare la propria incompetenza a beneficio di quella degli arbitri, è possibile - ma beninteso, non obbligatoria la riassunzione dinanzi agli arbitri nel termine fissato o, in mancanza, in quello previsto dall'art. 50 cod. proc. civ.;
In accoglimento del capo preliminare dell'opposizione proposta il decreto ingiuntivo opposto va dichiarato nullo ed assegnato alle parti il termine di legge per la eventuale riassunzione della causa - ove vogliano conservare gli effetti processuali della domanda monitoria - avanti al costituendo collegio arbitrale.
Anche l'eccezione di estinzione del giudizio avanzata parte opposta va respinta.
Come infatti già significato nell'ordinanza del 14.11.2017, sebbene la cancellazione della società comporti l'estinzione immediata della medesima ai sensi dell'art. 2945 c.c., l'evento interruttivo, in quanto non automatico, deve essere dichiarato dal procuratore della parte che ha subito l'evento medesimo; mentre la documentazione dell'evento effettuata dalla parte che detto evento non ha subito consente l'interruzione solo in ipotesi di contumacia della parte che ha subito l'evento.
Nella fattispecie il procuratore del Consorzio Multiservice nulla ha dichiarato con la conseguenza che il processo non si è interrotto automaticamente né poteva essere interrotto su provvedimento del giudice.
Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.
Esecutiva per legge.

[OMISSIS]

Il commento

di Roberto Oliva

Un tema molto interessante, sia per i suoi aspetti dogmatici che per quelli pratici, è quello dell'arbitrabilità delle controversie conseguenti alla risoluzione (o comunque allo scioglimento) di un contratto. Una recente sentenza del Tribunale di Roma (n. 1695 del 27 gennaio 2020) consente di affrontare questo tema.

La vicenda decisa dal Tribunale di Roma concerneva un contratto di *franchising*.

Il contratto prevedeva che al suo scioglimento, e per effetto dello stesso, sorgessero talune obbligazioni in carico al franchisee, da adempiersi entro un determinato termine. La stipulazione era assistita da una clausola penale: per

ogni giorno di ritardo, il *franchisee* avrebbe dovuto pagare una determinata somma al franchisor.

Lo stesso contratto di *franchising* pure conteneva una clausola compromissoria per "*Qualsiasi controversia (…) tra le parti relativamente all'interpretazione, alla validità, all'esecuzione od alla risoluzione del Contratto*", che pure prevedeva "*la competenza del giudice ordinario per l'adozione di provvedimenti cautelari e per l'emissione di ingiunzioni di pagamento o di consegna ai sensi degli artt. 633 e seguenti c.p.c., in relazione ai quali sarà competente in via esclusiva il foro di Roma*".

Il *franchisor*, lamentando l'inadempimento di alcuni franchisee alle loro obbligazioni conseguenti, ai sensi di contratto, allo scioglimento di quest'ultimo, ha chiesto e ottenuto taluni decreti ingiuntivi per le penali a suo dire dovute.

I franchisee hanno proposto opposizione a questi decreti ingiuntivi, chiedendo tra l'altro la loro revoca in forza della devoluzione alla cognizione arbitrale delle controversie tra le parti, in forza della clausola compromissoria di cui si è detto.

In due casi il Tribunale di Roma ha respinto l'eccezione di arbitrato, in ragione del fatto che la controversia riguardava vicende successive allo scioglimento del contratto (Trib. Roma, ord. 27 agosto 2016 e Trib. Roma, ord. 17 maggio 2017). In un terzo caso, che è poi quello in cui è stata pronunciata la recente sentenza che ha dato l'occasione di formulare queste brevi osservazioni, il Tribunale di Roma ha invece accolto l'eccezione e dichiarato la competenza arbitrale.

L'ultima decisione pare maggiormente corretta.

La clausola compromissoria – è noto – ha una sua particolare e specifica regola interpretativa, quella fissata dall'art. 808-*quater* cod. proc. civ.: "*Nel dubbio, la convenzione di 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*".

In applicazione di questa specifica regola interpretativa, la Suprema Corte ancora recentemente ha ribadito che la clausola compromissoria "*in mancanza di espressa volontà contraria, deve essere interpretata nel senso di ascrivere alla competenza arbitrale tutte le controversie che si riferiscono a pretese aventi la causa petendi nel contratto cui detta clausola è annessa*" (Cass., Sez. I Civ., 8 febbraio 2019, n. 3795).

Ora, le vicende esaminate dal Tribunale di Roma riguardavano tutte ipotesi di pretesi inadempimenti di obbligazioni contrattuali e di penali conseguentemente dovute in forza di precise clausole contrattuali. Non può dunque dubitarsi che la *causa petendi* fosse il contratto e dunque neppure avrebbe potuto dubitarsi, sul punto, della competenza arbitrale.

Una ultima osservazione merita la clausola compromissoria là dove fa salva la competenza del Giudice statuale a pronunciare provvedimenti cautelari e monitori, stabilendo la competenza esclusiva del Tribunale di Roma.

Si tratta, nonostante l'apparenza semplice e lineare, di una stipulazione che a mio avviso non è di agevole interpretazione.

Cominciamo dalla fine: la clausola stabilisce la competenza esclusiva del Tribunale di Roma. In relazione a questo frammento della disposizione, nulla c'è da osservare.

Ma la clausola non si limita a fare questo: come detto, fa salva la competenza del Giudice statuale a pronunciare determinati provvedimenti (cautelari e monitori). Provvedimenti in relazione ai quali la competenza del Giudice statuale già sussiste, senza bisogno di una specifica stipulazione, come lo stesso Tribunale di Roma nella sentenza in commento ha ricordato in relazione alla pronuncia del decreto ingiuntivo.

Eppure la legge obbliga l'interprete a compiere uno sforzo per attribuire alle disposizioni contrattuali un significato e un effetto, piuttosto che alcun significato e alcun effetto: è questo in sintesi il principio di conservazione codificato dall'art. 1367 cod. civ.

Si può allora interpretare la clausola in parola nel senso che il Giudice statuale sarebbe competente non solo per emettere un decreto ingiuntivo (competenza che già gli attribuisce la legge processuale) ma pure per conoscere dell'eventuale opposizione al decreto ingiuntivo da lui emesso (competenza, questa, che gli verrebbe attribuita dalla clausola)?

Si tratta di un interrogativo interessante, che apparentemente il Tribunale di Roma non si è posto, ma su cui magari potrebbe soffermarsi la Suprema Corte in sede di (eventuale) regolamento di competenza.

⁂

Responsabilità extracontrattuale e arbitrato
Tribunale di Milano, 24 febbraio 2020, n. 1684

[OMISSIS]

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

1. *[OMISSIS]* s.a.s. ha convenuto in giudizio *[OMISSIS]* s.p.a. affinchè venga accertata la sua responsabilità, contrattuale ovvero extracontrattuale per non aver garantito il corretto ed ordinato svolgimento nelle negoziazioni dovuto a norma degli artt. 62 e 64 TUF, in particolare per non aver garantito il rispetto del principio di equivalenza finanziaria nella rettifica dei contratti derivati in occasione dell'aumento di capitale di *[OMISSIS]* deliberato il *[OMISSIS]* (offerta *[OMISSIS]*) mediante l'esercizio dei propri poteri inibitori previsti dal §A9.1.12 delle Istruzioni al Regolamento *[OMISSIS]* (doc. 24 att.) ed affinchè, per l'effetto, la convenuta venga condannata al risarcimento dei danni patiti quantificati in misura corrispondente ad € 2.530.000, corrispondenti alla perdita patrimoniale subita per effetto della rettifica erroneamente compiuta dalla convenuta.

2. La convenuta *[OMISSIS]* s.p.a. si è tempestivamente costituita, eccependo, in via preliminare, l'improponibilità della domanda e quindi l'incompetenza di questo Tribunale alla luce delle clausole compromissorie convenute all'art. 14, comma 7, delle condizioni generali del contratto di prestazione di servizi concluso tra le parti (doc. 25 att. e doc. 1 conv.), nonché all'art. 7.3, comma 1, del regolamento *[OMISSIS]* (doc. 23 att, doc. 2 conv.), norme entrambe specificamente approvate dall'attrice, contestando, altresì, nel merito l'infondatezza delle domande attoree per insussistenza di alcun inadempimento imputabile alla convenuta e deducendo come i danni lamentati dall'attrice fossero imputabili esclusivamente al comportamento speculativo di assunzione di un rischio non adeguatamente coperto da parte dell'attrice, rilevante a norma dell'art. 1227, commi 1 e 2 c.c.

3. All'udienza di trattazione, nella quale la parte attrice ha contestato esclusivamente l'inapplicabilità della clausola arbitrale richiamata in relazione alla domanda di accertamento della responsabilità extracontrattuale della convenuta, la causa è stata rinviata a precisazione delle conclusioni a norma dell'art. 187 secondo e terzo comma c.p.c.

4. Solo negli scritti conclusivi la convenuta ha eccepito la nullità della clausola compromissoria richiamata, deducendo per la prima volta che le condizioni generali del contratto ed il regolamento da lei stessa prodotto quali documenti 25 e 23 fossero diverse e difformi rispetto a quelle convenute al momento di stipulazione del contratto di fornitura di servizi approvato con il documento 3

di parte convenuta, ed eccependo per l'effetto a. la mancata prova della pattuizione per iscritto della clausola arbitrale; b. la nullità della clausola compromissoria documentata nei documenti 1 e 2 di parte convenuta, siccome unilateralmente predisposta in corso di esecuzione del contratto dalla convenuta, in violazione dell'ordine pubblico processuale a norma dell'art. 24 e 25 Cost.

5. Tali eccezioni si fondano su allegazione in fatto tardivamente compiuta nel presente giudizio dall'attrice, ossia la difformità tra le condizioni generali di contratto ed il regolamento contrattuale (doc. 1 e 2 conv.), rispetto a quelle convenute ed applicabili alla data di stipulazione del contratto di prestazione dei servizi (doc. 3 convenuta 18.8.2009, prodotto parzialmente quale doc. 26 dalla difesa di parte attrice). Non solo tale fatto, sulla base del quale è stata eccepita l'invalidità della clausola compromissoria, è stato allegato per la prima volta dopo la precisazione delle conclusioni, introducendo una nuova eccezione pregiudiziale di rito solo dopo che la causa è stata assunta in decisione, ma il fatto allegato è in aperta contraddizione rispetto alla produzione dello stesso contratto e regolamento a fondamento delle domande attoree (doc. 25 att. condizioni generali di contratto edizione luglio 2014 e doc. 23 att. regolamento *[OMISSIS]*) a fondamento delle domande attoree, con la conseguenza che l'eccezione di invalidità della clausola compromissoria oggetto dell'eccezione di improponibilità svolta da parte convenuta deve essere ritenuta inammissibile siccome tardivamente dedotta sulla base di fatto non oggetto di contestazione tra le parti.

Non avendo l'attrice contestato il fatto dell'identità tra le condizioni generali di contratto ed il regolamento prodotte dalla convenuta ai propri documenti 1 e 2 rispetto a quelle approvate con il documento 3 della convenuta all'udienza di trattazione, ed avendo - anzi - l'attrice prodotto per prima tali documenti a fondamento della dedotta responsabilità contrattuale della convenuta quali documenti 25 e 23, invocando la disciplina contenuta in tali contratti come quella applicabile al rapporto siccome convenuta tra le parti, la corrispondenza tra i documenti prodotti e quelli sui quali si è formata la volontà delle parti deve essere ritenuta provata a norma dell'art. 115, primo comma, c.p.c. ed è insuscettibile di essere messa per la prima volta in discussione nell'ambito degli scritti conclusivi. Di conseguenza le eccezioni di invalidità della clausola compromissoria fondate sul fatto nuovo della difformità tra la documentazione contrattuale prodotta e quella sulla quale si è formato il consenso delle parti, devono essere rigettate in quanto fondate su circostanza di fatto nuova e contraddittoria rispetto a quanto già provato nel presente giudizio.

6. L'attrice ha, inoltre, contestato la validità della clausola compromissoria alla luce della genericità dell'approvazione delle condizioni generali di contratto compiuta nel documento 3 di parte convenuta, siccome riferita a blocco di clausole, delle quali non è stato analiticamente indicato il contenuto, per gli effetti dei quali all'art. 1341 c.c. Se non che dal documento 3 di parte convenuta, la clausola compromissoria appare validamente specificamente approvata, essendo stati specificamente approvati, benché unitamente ad altre condizioni particolari ma con indicazione specifica e sommaria del relativo contenuto, tanto l'art. 14 delle condizioni generali di contratto, quanto l'art. 3 del regolamento, come richiesto dalla più recente giurisprudenza di legittimità per la validità delle clausole vessatorie ai sensi e per gli effetti dei quali all'art. 1341 c.c. (cfr. ord.

Cass. 17939/2018). La relativa eccezione deve, quindi, essere rigettata siccome infondata.
7. L'eccezione di incompetenza proposta da parte convenuta è fondata e deve essere accolta.
8. Le parti hanno, infatti, convenuto all'art. 14.7 delle condizioni generali del contratto che "le eventuali controversie sorte tra la società fornitrice e il cliente relative e/o conseguenti al contratto (…) sono deferite ad un collegio di tre arbitri" e l'art. 7.3 del regolamento prescrive che "qualunque controversia diversa da quelle indicate al precedente articolo 7.2, occasionata o derivante dal regolamento, dalle Istruzioni ovvero da altre disposizioni inerenti al funzionamento dei mercati nonché alle successive modifiche o integrazioni, è risolta in via definitivamente da un collegio arbitrale da costituirsi ai sensi dell'art. 7.5".
9. Parte attrice ha contestato l'applicabilità della convenzione arbitrale alle domande proposte nell'ambito del presente giudizio, almeno con riferimento alla dedotta responsabilità extracontrattuale dell'attrice. La difesa appare, invero, piuttosto sorprendente alla luce delle difese svolte in citazione dall'attrice la quale ha contestato la qualificazione del regolamento e delle istruzioni, dalla cui allegata violazione deriverebbe la responsabilità della convenuta, quali atti amministrativi, deducendone la natura contrattuale (cfr. pag.22 citazione) ed evidenziando, in ogni caso, come la responsabilità della convenuta sussista per violazione di norme di legge quali l'art. 62 e 64 TUF, da qualificare come responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1173 c.c., deducendo espressamente e nello specifico la natura contrattuale della responsabilità della convenuta poiché fondata sulla violazione del regolamento precedentemente richiamato (pag. 22-23 e ss. citazione).
10. D'altro canto il tenore generale della clausola compromissoria, che deferisce a collegio arbitrale letteralmente a tutte le controversie sorte nell'ambito ovvero in occasione dell'esecuzione del contratto di fornitura di servizi (diverse da quelle indicate all'art. 7.2), consente di ritenere pacificamente ricomprese tutte le domande svolte nel presente giudizio nell'ambito della convenzione di arbitrato.
11. Né diversa interpretazione può ritenersi suggerita dall'art. 15 delle condizioni generali di contratto che statuisce come "nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 14, il cliente e la società fornitrice del servizio accettano sia la competenza esclusiva del Foro di Milano per qualsiasi questione e atto che debba essere rimesso al giudice, sia la legge italiana quale legge regolatrice del contratto stesso, in particolare e senza perciò nulla escludere per quanto riguarda la forma, l'interpretazione ed i requisiti di validità dell'atto, le obbligazioni che da esso derivano (incluse quelle di risarcimento dei danni) e la loro esecuzione". Appare evidente, alla luce dell'esistenza di una clausola di riserva, che il foro convenzionale e la determinazione convenzionale della legge applicabile siano state convenute tra le parti esclusivamente per i casi nei quali sia indispensabile, nonostante la previsione della clausola arbitrale, il ricorso all'autorità giudiziaria sia indispensabile, ossia in ambito cautelare ovvero per l'esecuzione o impugnazione del lodo, oltre alle ipotesi sottratte espressamente alla clausola arbitrale a norma dell'art. 14.2 delle condizioni generali di contratto. Diversamente, per la formulazione generale dell'art. 15, ogni controversia sulla validità del contratto, di esecuzione ovvero sulle obbligazioni nascenti dal

contratto sarebbe deferita all'autorità giudiziaria ordinaria, rendendo così irrilevante la clausola arbitrale che le parti hanno voluto espressamente far salva, attribuendole prevalenza, con la clausola di riserva in apertura dello stesso art. 15.
12. L'art. 15 richiamato, anzi, nell'equiparare le controversie sul risarcimento dei danni, sull'esecuzione e la validità del contratto, rende palese la volontà delle parti di accumunare nella disciplina, ordinariamente deferita a collegio arbitrale ed eccezionalmente all'autorità giudiziaria ordinaria, tutte le controversie sorte nell'ambito dell'esecuzione del contratto di servizio, per gli effetti dei quali all'art. 808 quater ed all'art. 808 bis c.p.c.
13. Di conseguenza, in accoglimento dell'eccezione preliminare di parte convenuta, deve essere dichiarata l'incompetenza di questo Tribunale a conoscere la presente controversia in forza della clausola arbitrale contenuta all'art. 14.7 delle condizioni generali di contratto e dell'art. 7.3 del regolamento.
14. Le spese seguono la soccombenza di parte attrice, e vengono liquidate applicando i parametri minimi previsti dal DM 55/2014 in relazione al valore della controversia, per le sole fasi introduttiva, di studio e decisoria effettivamente svolte, tenuto conto della definizione del processo su questione preliminare.

[OMISSIS]

Il commento
di Roberto Oliva

Una recente pronunzia del Tribunale di Milano (n. 1684 del 24 febbraio 2020) consente di tornare a esaminare un argomento molto interessante, quello delle domande extracontrattuali connesse a un titolo contrattuale e della loro devoluzione in arbitri.

Non si tratta di un argomento nuovo: già se ne è discusso su questa Rivista, in commento a una pronuncia della Cassazione (Cass., Sez. VI Civ., 13 ottobre 2016, n. 20673) che aveva negato la competenza arbitrale con riferimento alle doglianze relative a una pretesa responsabilità precontrattuale connessa a un titolo contrattuale. In estrema sintesi, ad avviso della Suprema Corte una simile controversia è devoluta alla cognizione degli arbitri solo se la clausola compromissoria contrattuale espressamente menziona anche controversie non contrattuali.

Non a caso, si può ritenere, la Camera Arbitrale di Milano, nel momento in cui ha pubblicato il suo nuovo regolamento arbitrale, ha pure modificato la sua clausola compromissoria modello, allo scopo di far rientrare nel suo ambito di applicazione anche le controversie extracontrattuali.

Nell'agosto 2019, il Tribunale di Milano ha fatto applicazione dei principi enunciati dalla Suprema Corte al caso delle restituzioni conseguenti alla risoluzione contrattuale.

Ancora nel 2019, le Corti di Appello di Bologna e Catania hanno ritenuto sussistente la competenza arbitrale in un particolare caso di responsabilità extracontrattuale: quella *ex* art. 1669 cod. civ.

Nel gennaio 2020, ancora il Tribunale di Milano si è pronunciato sull'arbitrabilità di controversie relative a una pretesa responsabilità precontrattuale (o extracontrattuale tout court) connessa a un titolo contrattuale; e con una articolata e ben motivata pronuncia, ha ritenuto che la clausola compromissoria contrattuale devolvesse alla cognizione arbitrale anche queste controversie.

Nella sostanza, non è diverso il caso deciso, sempre dal Tribunale di Milano, con la sua ultima pronunzia del febbraio 2020.

Invero, da un lato il Tribunale di Milano ha evidenziato la portata particolarmente ampia della clausola compromissoria contrattuale, che devolveva al Tribunale arbitrale la cognizione di tutte le controversie sorte nell'ambito ovvero in occasione dell'esecuzione del contratto. Dall'altro lato, il Tribunale ha minimizzato (si può ritenere, correttamente) la portata e le conseguenze della clausola di riserva che, nonostante la competenza arbitrale, individuava un foro convenzionale, sottolineando che tale clausola trova applicazione solo nei casi in cui il ricorso all'autorità giudiziaria sia indispensabile.

Non resta che auspicare che questo nuovo indirizzo giurisprudenziale del Tribunale di Milano, che pare condivisibile, possa finalmente consolidarsi.

⁂

L'arbitrato al tempo del CoViD-19

di Roberto Oliva

La pandemia CoViD-19 ha avuto, e continuerà ad avere, un impatto anche sui procedimenti arbitrali.

Il tema è stato affrontato anche dal legislatore italiano, il quale ha dettato delle disposizioni che richiedono un attento sforzo ermeneutico.

In principio erano i d.l. 11/2020 e 18/2020, che prevedevano una fase iniziale o cuscinetto (dal 9 al 22 marzo secondo il d.l. 11/2020, fino al 15 aprile ai sensi del d.l. 18/2020) e una fase successiva (fino al 31 maggio 2020 secondo il d.l. 11/2020, fino al 30 giugno 2020 ai sensi del d.l. 18/2020). In materia civile, nella fase cuscinetto non si sarebbero celebrate udienze e i termini processuali sarebbero stati sospesi, tranne in taluni procedimenti connotati da particolare e qualificata urgenza. Nella fase successiva, ogni singolo ufficio giudiziario avrebbe adottato i provvedimenti più opportuni per contenere la diffusione della pandemia.

Il d.l. 18/2020 timidamente si ricordava dell'esistenza di strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al processo avanti il Giudice statuale e disponeva per taluni di questi strumenti (i procedimenti obbligatori di ADR) la sospensione dei termini.

Nessuna disposizione è stata adottata con riferimento all'arbitrato.

Nel frattempo, le istituzioni arbitrali, sia in Italia che all'estero, hanno emesso comunicazioni informative, adottato linee guida o individuato particolari soluzioni.

Così, ad esempio, la Camera Arbitrale di Milano ha disposto la sospensione dei termini per il compimento di tutti gli atti dei procedimenti; un simile provvedimento è stato disposto dalla Camera Arbitrale di Bologna.

Il 16 aprile 2020, poi, sedici tra le principali istituzioni arbitrali hanno emesso un comunicato congiunto, con il quale hanno tra l'altro invitato Tribunali arbitrali e

parti a individuare i meccanismi più appropriati per far sì che, nonostante la pandemia, i procedimenti arbitrali potessero proseguire.

Ed ecco che arriva l'intervento del legislatore italiano, in sede di conversione in legge del d.l. 18/2020 (l. 24 aprile 2020, n. 27). Le disposizioni contenute nel citato d.l. relative alla giustizia ai tempi del CoViD-19 si applicano pure agli arbitrati rituali, in quanto compatibili. Nelle more della conversione in legge del d.l. 18/2020, sono stati pure emanati i d.l. 23/2020 e 28/2020: il primo ha esteso la prima fase di cui al d.l. 18/2020 sino all'11 maggio 2020; il secondo ha invece prorogato la seconda fase sino al 31 luglio 2020.

Come dare un senso a questa torrenziale produzione normativa?

Si può ragionevolmente sostenere che le disposizioni relative alla sospensione dei termini e al rinvio delle udienze si applichino, ai procedimenti arbitrali rituali, dal 30 aprile 2020 (data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 18/2020) sino all'11 maggio 2020 (termine finale della prima fase come prorogato dal d.l. 23/2020).

Gli atti compiuti dal 9 marzo al 30 aprile 2020 non dovrebbero essere viziati – giacché *tempus regit actum* – ma il Tribunale Arbitrale prudente si confronterà con le parti per comprendere se sia opportuno adottare qualche specifica misura.

E seppure le disposizioni in commento si applichino solo ai procedimenti arbitrali con sede in Italia, Tribunali Arbitrali stranieri particolarmente prudenti potranno anch'essi confrontarsi con le parti per verificare l'opportunità dell'adozione di particolari misure, scongiurando così il rischio che in futuro si possa – fondatamente o no – sostenere che il lodo non sia riconoscibile in Italia in ragione di una pretesa lesione del diritto di difesa. Tutto ciò ricordando che, secondo la più recente giurisprudenza, la parte che si duole di una violazione del contraddittorio ha l'onere di dimostrare puntualmente quale attività difensiva sia stata in concreto preclusa (Cass., Sez. I Civ., 16 febbraio 2016, n. 2984 e C. App. Genova, 27 agosto 2019, n. 1215).

Cosa succede invece nella seconda fase (dal 12 maggio al 31 luglio 2020)? Per quanto riguarda i procedimenti avanti il Giudice statuale, sono i capi dei singoli uffici giudiziari ad assumere i provvedimenti più opportuni. Ma i procedimenti arbitrali non prevedono capi di uffici giudiziari. Istituzioni arbitrali e Tribunali Arbitrali esercitano dunque, durante la seconda fase, i poteri che già avevano anche prima dell'intervento del legislatore (e che in concreto già avevano in alcuni casi esercitato).

La flessibilità dell'arbitrato rappresenta infatti una sua caratteristica fondamentale. E grazie alla sua flessibilità potrà affrontare le sfide poste dalla pandemia.

⁂

Arbitrato semplificato CAM

di Roberto Oliva

Il Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, entrato in vigore da poco più di anno (se ne era parlato in questa Rivista: 2019, p. 10 ss.), è stato recentemente integrato, con disposizioni che trovano applicazione dal primo luglio 2020 e che istituiscono una procedura di arbitrato semplificato.

Queste disposizioni sono contenute nell'Allegato D del regolamento arbitrale.

La nuova procedura di arbitrato semplificato si applica ai procedimenti arbitrali, promossi dopo il primo luglio 2020, di valore sino a Euro 250.000, salvo che anche solo una parte abbia espresso, nel suo atto introduttivo, la sua opposizione a tale applicazione.

In altri termini, anche alle parti che abbiano concluso una clausola compromissoria prima del primo luglio 2020 è consentito l'accesso alla procedura di arbitrato semplificato, purché però siano (anche solo implicitamente) d'accordo nell'utilizzarla.

Non è specificamente prevista una diversa disciplina applicabile in caso di clausola compromissoria conclusa dopo il primo luglio 2020, sì che pare ragionevole concludere che pure in questo caso sia necessario l'accordo (sia pure implicito) delle parti al momento dell'instaurazione della procedura.

La disciplina in parola, inoltre, trova applicazione in tutti i procedimenti senza limite di valore, se richiamata nella convenzione di arbitrato o comunque se le parti si siano accordate sulla sua applicazione in un qualsiasi momento anteriore allo scambio degli scritti introduttivi.

Si nota subito quale sia il criterio ispiratore che ha guidato gli estensori delle nuove disposizioni: la valorizzazione della volontà delle parti. Con una limitazione, però: il consiglio arbitrale della CAM può stabilire, su istanza dell'arbitro designato prima della costituzione del Tribunale Arbitrale o anche d'ufficio, che in ragione della complessità della controversia non trovino applicazione le disposizioni relative all'arbitrato semplificato.

Ai sensi di queste disposizioni, gli scritti introduttivi devono essere 'completi' e contenere pure l'indicazione dei mezzi di prova e, a pena di inammissibilità, dei fatti che si intendono provare tramite gli stessi.

Il Tribunale Arbitrale, anche in deroga a quanto previsto dalla convenzione arbitrale, è composto da un arbitro unico nominato dal consiglio arbitrale e si costituisce con un atto datato e sottoscritto, il cui contenuto non è indicato dalle disposizioni in commento, ma che probabilmente non sarà dissimile da quello degli atti di missione previsti da altri regolamenti arbitrali.

Per quanto attiene allo svolgimento del procedimento, esso è improntato alla massima celerità.

Il Tribunale Arbitrale può, sentite le parti, limitare la lunghezza o l'oggetto degli scritti difensivi (che, salvo diversa determinazione dello stesso Tribunale Arbitrale, consistono in un solo scritto per parte successivo agli atti introduttivi), nonché il numero dei documenti e dei testimoni che si richieda eventualmente di sentire. Alle parti è inoltre precluso, salvo giustificata e motivata determinazione dell'arbitrato, proporre domande nuove dopo la costituzione del Tribunale Arbitrale. In generale, poi, tutti i termini del procedimento sono di regola fissati a pena di decadenza (ribaltando quindi quella che, nei procedimenti arbitrali è la regola). La stessa udienza arbitrale è solo eventuale, unica per l'assunzione dei mezzi di prova e la discussione, e può svolgersi anche mediante audioconferenza, videoconferenza o altri mezzi idonei. Il lodo, salvo proroghe concesse per giustificati motivi, deve essere depositato entro tre mesi dalla costituzione del Tribunale Arbitrale.

La volontà delle parti, così valorizzata per quanto attiene la scelta dell'arbitrato semplificato, viene quindi compressa nel suo svolgimento, nel perseguimento dello scopo principale di questo procedimento, che è la celerità della sua definizione.

A questo indiscutibile vantaggio (la Camera Arbitrale di Milano prevede un dimezzamento dei tempi richiesti per addivenire alla pronuncia del lodo) se ne aggiunge, per le parti, un altro: una sensibile riduzione degli onorari della CAM e del Tribunale Arbitrale.

Il nuovo procedimento di arbitrato amministrato, in definitiva, introdotto forse anche in considerazione degli effetti della pandemia CoViD-19 e delle controversie che ne deriveranno, con un occhio di attenzione a interessanti iniziative straniere (si pensi ad esempio all'Expedited Arbitration prevista dal regolamento arbitrale ICC, o al più radicale Business Arbitration Scheme del Chartered Institute of Arbitrators), rappresenta uno strumento di sicura rilevanza, anche nella prospettiva della diffusione dello strumento arbitrale in Italia.

⁂

Arbitrato internazionale societario
Corte d'Appello di Genova, 9 luglio 2020, n. 649

[OMISSIS]

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

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

1. accertare e dichiarare la responsabilità del proprio amministratore, dott. Ferruccio Rossi, per le ragioni e i titoli descritti in narrativa;

2. condannare il dott. Ferruccio Rossi a versare a Ferretti S.p.A. un importo pari a quanto Ferretti S.p.A. dovesse versare, nel corso della procedura arbitrale, a Marco Zambelli e Pierluigi Galassetti in esecuzione degli accordi c.d. "Paracadute", descritti in narrativa e recanti, rispettivamente, le date del 9 gennaio 2013 e del 4 marzo 2013, nonché al risarcimento di ogni ulteriore danno che Ferretti S.p.A. dovesse subire in ragione di tali accordi;

3. in ogni caso, condannare il dott. Ferruccio Rossi a versare a Ferretti S.p.A. un importo pari alla somma che Ferretti S.p.A. dovesse versare a seguito di provvedimenti giudiziali di condanna o di accordi transattivi con cui si ponesse fine a procedimenti giudiziali, a Marzo Zambelli e Pierluigi Galassetti in esecuzione degli accordi c.d. "Paracadute";

Il Rossi Ferruccio si costituiva nel procedimento, formulando le seguenti conclusioni:

In via pregiudiziale:

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

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

2) respingere tutte le domande formulate da Ferretti S.p.A. nei confronti del dott. Ferruccio Rossi.

In via ulteriormente subordinata:

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

A sostegno delle proprie conclusioni il Rossi rilevava: la nullità della clausola compromissoria contenuta nell'art. 31 dello statuto di Ferretti per violazione di

norme imperative ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., con riferimento agli artt. 34, 35 e 36 del D.lgs. 5/2003; l'inammissibilità delle domande proposte da Ferretti alle proprie conclusioni n. 2 e 3 in quanto domande meramente de futuro subordinate alla verificazione di eventi futuri e incerti e per difetto d'interesse; l'infondatezza nel merito di ogni pretesa.
Il 12 marzo 2015 la Corte Internazionale di Arbitrato provvedeva a nominare il collegio arbitrale.
In data 4 maggio 2015 il Tribunale Arbitrale emetteva l'ordinanza processuale n. 1 tramite la quale erano adottati l'Atto di Missione, le Norme Procedurali e il Calendario del Procedimento.
L'Atto di Missione, debitamente sottoscritto dalle parti e dal Tribunale Arbitrale, prevedeva quanto segue: "ai sensi dell'art. 31.4 della Clausola compromissoria, la sede dell'arbitrato è a Ginevra, Svizzera; la presente procedura arbitrale è retta dagli Art. 176-194 (Capitolo 12) della Legge svizzera sul diritto internazionale privato ("LDIP"); riservate le norme imperative della LDIP, alla presente procedura si applicano inoltre:
(a) il Regolamento [del 2012];
(b) il presente Atto di missione ("AdM");
(c) le Norme Procedurali ("NPr") che verranno emanate dal Tribunale Arbitrale dopo aver consultato le Parti;
laddove il Regolamento (come pure le NPr e l'AdM) fosse silente, la procedura verrà di volta in volta determinata dalle norme procedurali che il Tribunale Arbitrale riterrà di emanare nell'esercizio del proprio potere discrezionale tramite ulteriori ordinanze procedurali e direttive, fatto salvo un eventuale accordo contrario delle Parti;
per accordo delle Parti, l'arbitrato si svolgerà in italiano".
L'Atto di Missione altresì ribadiva, in linea con la clausola compromissoria, l'applicabilità del diritto italiano, nella sua integralità, per decidere la controversia.
In data 8 settembre 2015 il Tribunale Arbitrale pronunciava lodo intermedio sulla competenza ritenendo l'esistenza della propria potestas decidendi.
Il procedimento proseguiva con la fase istruttoria e si concludeva poi con il lodo finale reso in data 30 gennaio 2017.
Il lodo finale non tornava sulla questione della potestas iudicandi arbitrale (già affrontata nel lodo intermedio) e, decidendo nel merito, adottava il seguente dispositivo:
"1. Il Convenuto, dott. Ferruccio Rossi, ha violato i suoi doveri di amministratore dell'Attrice, Ferretti S.p.A.:
a) sottoscrivendo a nome di Ferretti gli accordi cc.dd. "Paracadute" con i sigg.ri Marco Zambelli e Pierluigi Galassetti, formalmente recanti le date del 9 gennaio 2013 e 4 marzo 2013.
b) omettendo di assegnare ai sigg.ri Marco Zambelli e Pierluigi Galassetti degli obiettivi aziendali di risultato (MBO).
2. Le domande dell'Attrice volte a ottenere la condanna del Convenuto a un risarcimento in dipendenza delle violazioni di cui al punto 1. vengono, per il momento, respinte, in quanto inammissibili allo stato, ove non rigettate nel merito.
3. Le spese dell'arbitrato ammontano a USD 278.958,00, oltre che EUR 179.150,37 e sono poste a carico dell'Attrice in misura di un terzo e a carico del

Convenuto in misura di due terzi. Tenuto conto degli anticipi versati ed operate le opportune compensazioni, il Convenuto è condannato a versare all'Attrice USD 132.180,00 e EUR 3.326,32".

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

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

Avverso tale decreto Ferruccio Rossi proponeva opposizione.

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

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

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

Secondo l'opponente la clausola compromissoria di cui si tratta era nulla per un duplice ordine di ragioni: (i) per violazione di norme imperative, essendo in contrasto con la lex specialis dettata per le clausole compromissorie contenute negli statuti di società aventi sede in Italia (art. 34-36 D.lgs. 5/2003); (ii) per frode alla legge ai sensi degli artt. 1343-1345 c.c.

Sotto il primo profilo, osservava che la legge italiana consentiva l'introduzione di una clausola compromissoria nello statuto e il deferimento in arbitrato di liti societarie purché, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice: (i) il contenuto della clausola compromissoria non fosse diverso da quello inderogabilmente previsto dall'art. 34 del D.lgs. 5/2003 e, in particolare, prevedesse la nomina degli arbitri da parte di un soggetto estraneo alla società; (ii) la clausola compromissoria facesse si che vi fosse un procedimento arbitrale che avesse le caratteristiche inderogabilmente previste dall'art. 35 del D.lgs. 5/2003 e, in particolare, consentisse obbligatoriamente gli interventi dei terzi e dei soci nelle forme e nei termini indicati; (iii) la clausola compromissoria facesse si che il processo decisionale degli arbitri, il lodo e le impugnazioni del medesimo non avessero caratteristiche differenti da quelle indicate inderogabilmente dagli artt. 35 e 36 del D.lgs. 5/2003.

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

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

Senonché, secondo l'opponente la previsione della sede in Svizzera determinava la violazione delle norme italiane sopra richiamate e la conseguente invalidità della clausola compromissoria.
Essendo la sede dell'arbitrato in Svizzera, il lodo straniero eventualmente reso non sarebbe stato impugnabile davanti alla competente Corte d'appello italiana per i motivi indicati all'art. 829, comma 1, c.p.c., inderogabilmente previsti dall'art. 35, comma 2, del D.lgs. 5/2003.
Infatti, la clausola compromissoria prevedeva che "il lodo non sarà impugnabile se non nei casi inderogabilmente previsti dalla legge" (art. 32.5 dello statuto di Ferretti) mentre, al fine di stabilire quali fossero gli eventuali mezzi d'impugnazione, si doveva fare riferimento alla legge processuale dell'ordinamento della sede dell'arbitrato che, nel caso di specie, era quello svizzero.
Ebbene, l'art. 192, comma 1, della LDIP, diversamente dal diritto italiano (art. 829, comma 1, c.p.c.), consentiva la rinuncia preventiva e totale all'impugnazione del lodo: "qualora non abbiano il domicilio, la dimora abituale o una stabile organizzazione in Svizzera, le parti possono, con dichiarazione espressa nel patto di arbitrato o in un successivo accordo scritto, escludere completamente l'impugnabilità delle decisioni arbitrali; possono anche escludere soltanto alcune delle impugnative previste dall'art. 190, capoverso 2".
Ed era proprio la volontà di escludere l'impugnazione del lodo e possibili interventi di terzi l'evidente ragione che aveva indotto i soci di Ferretti – società italiana, con sede legale e centro gestionale in Italia e nessun rapporto con la Svizzera – a porre la sede dell'arbitrato a Ginevra.
Ma ciò non era consentito dalle previsioni inderogabili in materia di convenzione arbitrale statutaria applicabili alle società italiane alla stregua degli artt. 35 e 36 del D.lgs. 5/2003, né tale disciplina poteva essere elusa ponendo la sede all'estero (sotto pena di nullità della clausola).
Il Tribunale Arbitrale, pur dando correttamente atto di non porsi problemi di riconoscibilità del lodo in Italia, aveva distinto tra norme sostanziali e norme processuali, le prime da osservare (dovendo gli arbitri applicare il diritto italiano) mentre le seconde non troverebbero applicazione avendo il procedimento sede in Svizzera e applicandosi quindi il diritto svizzero in materia di arbitrato.
In particolare, il Tribunale Arbitrale aveva riconosciuto la natura di norma sostanziale all'art. 34 del D.lgs. 5/2003 nella parte in cui prevede l'eteronomina dell'organo arbitrale e dell'art. 35 nella parte in cui prevede l'obbligo di deposito della domanda di arbitrato presso il Registro delle Imprese. Le altre norme e, in particolare, gli artt. 35-36, avrebbero invece natura processuale e, per tale ragione, erano state ritenute irrilevanti dagli arbitri per effetto della sede svizzera dell'arbitrato.
Ma contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale Arbitrale tale apparato normativo non aveva natura di mera legge processuale (come tale applicabile solo agli arbitrati "italiani"), ma aveva rilievo sostanziale perché disciplinava il contenuto necessario della clausola compromissoria statutaria di una società con sede in Italia; nel senso che tale clausola doveva essere negozialmente redatta in modo tale da far sì che si applicassero in concreto tutti i requisiti (anche quelli procedimentali) previsti dalla legge.

Gli artt. 34-36 del D.lgs. 5/2003, tuttavia, rappresentavano lex specialis (la legge societaria: cfr. art. 25 della Legge 218/1995) che impediva il ricorso all'arbitrato estero per le società italiane.
In conclusione, la nullità del patto arbitrale di cui all'art. 31 dello statuto di Ferretti alla stregua della legge che lo regolava risultava evidente ed ostava al riconoscimento del lodo finale in Italia ai sensi dell'art. 840, comma 3, n. 1 c.p.c. e dell'omologa disposizione (art. V.1.A) della Convenzione di New York.
Anche non volendo considerare ciò, la clausola compromissoria sarebbe incorsa comunque in nullità in quanto frutto di una elusione della normativa inderogabile applicabile alle società italiane.
Si trattava di un caso di illiceità della causa per frode alla legge che invalidava l'atto ai sensi degli artt. 1343 e 1344 c.c., contenenti principi generali che trovano cittadinanza in tutti gli ordinamenti, inclusa la Svizzera, cosicché anche ai sensi del diritto svizzero (tuttavia inapplicabile) la clausola sarebbe stata nulla.
Con il secondo motivo, Ferruccio Rossi deduceva violazione degli artt. 840, comma 5, n. 2 c.p.c. e V.2.B della Convenzione di New York per contrarietà all'ordine pubblico.
Anche non volendo aderire alla tesi per cui la clausola arbitrale statutaria in discussione era nulla per diretta contrarietà alle norme imperative della lex societatis (gli artt. 34-36 del D.lgs. 5/2003 direttamente o per il tramite degli artt. 1343-1344 c.c.), tale clausola si sarebbe risolta comunque in un congegno volto ad eludere una norma imperativa del foro.
Allo scopo di sottrarsi a tale disciplina, le parti avevano fatto ricorso alla seguente disciplina: inserire in statuto una clausola per arbitrato estero ponendo la sede in un ordinamento in cui non erano ammessi l'impugnazione del lodo né, salvo consenso delle parti e degli arbitri, gli interventi.
Tale ordinamento era proprio la Svizzera, dove (i) ai sensi del già citato art. 192, comma 1, LDIP, allorché le parti fossero entrambe straniere, era ammessa la rinuncia preventiva all'impugnazione del lodo e (ii) ai sensi degli art. 353 LDIP e 376 c.p.c. svizzero gli interventi di terzi in arbitrato non erano ammessi, salva l'esistenza di un patto arbitrale tra le parti del procedimento e il terzo e il consenso del tribunale arbitrale.
Con particolare riferimento al regime impugnatorio, non era un caso che l'art. 31 dello statuto stabilisse che "Il lodo non sarà impugnabile se non nei casi inderogabilmente previsti dalla legge". Ben sapevano i redattori che, ponendo la sede dell'arbitrato a Ginevra, il lodo sarebbe in realtà stato inoppugnabile sicché la salvezza nell'art. 31 dello statuto dei casi d'impugnazione "inderogabilmente previsti dalla legge" appariva inutile.
La finalità elusiva risultava ancora più lampante se si teneva conto che non vi era alcun rapporto di Ferretti o dei suoi soci con la Svizzera, ordinamento eletto quindi esclusivamente per poter disporre di un arbitrato non ammesso dalla legge che regolava le società italiane.
In conclusione, l'escamotage adottato dai soci di Ferretti era in contrasto con l'ordine pubblico per consapevole elusione di una disciplina inderogabile del foro.
Il lodo che aveva concluso il procedimento non era riconoscibile né eseguibile in Italia: "Il riconoscimento e l'esecuzione d'una sentenza arbitrale potranno essere negati, se l'autorità competente del paese dove sono domandati, riscontra

che: (B) il riconoscimento o l'esecuzione della sentenza sia contrario all'ordine pubblico" (art. V.2.B della Convenzione di New York).
Con il terzo motivo deduceva, ai sensi degli artt. 840, comma 3, n. 1 o n. 3, c.p.c. nonché V.1.A o V.1.C Convenzione di New York, inesistenza (sopravvenuta) di convenzione arbitrale. Ulteriore causa di assenza di giurisdizione arbitrale nonché di irriconoscibilità del lodo era rappresentata dalla intervenuta rinuncia da parte di Ferretti, in corso di procedimento, alla clausola compromissoria.
Con la propria seconda memoria in data 28 maggio 2015, autorizzato dal Tribunale Arbitrale con ordinanza processuale n. 2 del 4 maggio 2015, l'opponente aveva prodotto il documento C-18, oggi in atti come doc. 7.
Si trattava della "memoria di costituzione" depositata da Ferretti nella Cancelleria del Tribunale di Bergamo, Sezione Lavoro, in data 15 maggio 2015 nel procedimento lavoristico tra Ferretti e Marco Zambelli (R.G. n. 109/2015).
Con tale atto Ferretti aveva chiesto di chiamare in causa il terzo FERRUCCIO ROSSI deducendo che: "Nella parte in fatto che precede si è ampiamente dato conto del ruolo attivo e doloso avuto dall'allora Amministratore Delegato, Ferruccio Rossi, nella ideazione, redazione e sottoscrizione del patto di stabilità (cfr doc. 6) firmato in favore tanto di Zabelli quanto di Galassetti; di conseguenza, sebbene Rossi fosse ben consapevole di non averne i poteri, giusta quanto deliberato dal Cda nella seduta del 1.8.2012 (doc. 7 e 8) e nella successiva seduta del 12.1.2013, in cui il Cda veniva conferito al medesimo mandato di assumere Zambelli pattuendo uno stipendio annuo lordo di 160.000 più Mbo e benefits come da policy, ha ugualmente sottoscritto il predetto patto. In considerazione di quanto sopra, tenuto conto che unico autore del patto è Ferruccio Rossi, il quale lo ha sottoscritto senza averne i poteri e senza la preventiva o successiva autorizzazione del CdA, Ferretti S.p.A. chiede di essere autorizzata a chiamare in giudizio Ferruccio Rossi, [...], affinché, nella denegata ipotesi in cui venga accertata la validità ed efficacia del patto di stabilità e conseguentemente venga accolta della domanda di controparte di corresponsione a Zambelli della somma di €968.449,65 a titolo di corrispettivo del patto di stabilità, venga condannato direttamente il Rossi a corrispondere a Zambelli il suddetto importo, ovvero venga condannato Ferruccio Rossi a restituire a Ferretti spa la suindicata somma ove la società dovesse esser condannata al pagamento" (doc. 7 impugnante).
Sulla base di tali allegazioni, Ferretti ha rassegnato le seguenti conclusioni: "[…] - In ulteriore subordine ove venisse accertata la illegittimità del licenziamento e la legittimità ed efficacia del patto di stabilità, ridurre le somme richieste a titolo di preavviso e indennità supplementare in forza delle ragioni esposte nella presente memoria tenendo conto della minore retribuzione globale lorda indicata in memoria e condannare il Sig. Ferruccio Rossi a corrispondere direttamente a Zambelli l'importo da questi richiesto a titolo di penale in forza del patto di stabilità, ovvero condannare Ferruccio Rossi a corrispondere a Ferretti le somme che la stessa dovesse esser condannata a pagare a Zambelli a titolo di corrispettivo del patto di stabilità".
Si trattava di domande risarcitorie identiche, per titolo e per petitum, a quelle svolte da Ferretti contro Rossi nel procedimento arbitrale (riguardanti il dipendente Zambelli) e in relazione alle quali il convenuto aveva eccepito la carenza di giurisdizione degli arbitri.

Ad avviso del Rossi tale comportamento era idoneo a determinare la cessazione degli effetti della convenzione arbitrale con riferimento alla controversia decisa con il lodo finale in quanto la parte che ha adito il giudice ordinario per la tutela dei diritti nascenti da un contratto, nonostante la presenza di una clausola di arbitrato estero, implicitamente rinuncia alla facoltà di avvalersi della predetta clausola.
A nulla valeva la successiva rinuncia di Ferretti alle domande svolte in Italia avvenuta alla prima udienza nel processo Ferretti/Zambelli tenutasi davanti al Tribunale di Bergamo in data 26 maggio 2015.
Doveva ritenersi che se la parte sceglie di rivolgersi al giudice per sentir decidere il merito di una controversia che sarebbe stata di competenza degli arbitri, compie un'irrevocabile scelta nel senso di escludere definitivamente l'arbitrato.
Inoltre, Ferretti, nel giudizio lavoristico pendente tra la stessa e il dott. Rossi davanti al Tribunale di Bergamo (successivamente riassunto innanzi al Tribunale di Bologna), non aveva eccepito, nella memoria di costituzione depositata in data 26 febbraio 2015, il difetto di giurisdizione del giudice italiano in forza della clausola compromissoria contenuta nello statuto.
Rossi Ferruccio instava quindi per l'accoglimento delle conclusioni di cui all'epigrafe.
Si costituiva Ferretti s.p.a. opponendosi alle avversarie domande e chiedendone il rigetto.
Erano precisate le conclusioni come in epigrafe trascritte e, decorsi i termini di cui agli artt. 190 e 352 c.p.c., la causa era decisa in camera di consiglio.
1. Quanto al primo motivo di opposizione la Corte osserva quanto segue.
La clausola compromissoria contenuta nell'art. 31 dello statuto di Ferretti s.p.a. fissa la sede dell'arbitrato a Ginevra (cfr. doc. 2 Ferretti s.p.a.), determinando così la nazionalità dell'arbitrato ed individuando la lex arbitri, ossia la legge processuale che, ai sensi degli artt. 816 e 810, comma 3, cod. proc. civ., è quella svizzera.
Ciò è del resto confermato dalla stessa legge processuale svizzera: l'art. 176, comma 1, della LDIP (cfr. doc. 7 Ferretti) prevede che "Le disposizioni del presente capitolo si applicano ai tribunali arbitrali con sede in Svizzera sempreché, al momento della stipulazione del patto di arbitrato, almeno una parte non fosse domiciliata né dimorasse abitualmente in Svizzera" (questa norma trova applicazione in forza dell'Atto di Missione accettato dalle parti in sede di apertura della procedura arbitrale - cfr. doc. 9, parr. 27 e 28 prodotto da Ferretti s.p.a.).
La clausola compromissoria dispone poi, all'art. 31.3, che gli arbitri devono applicare le "disposizioni di cui al codice civile", con ciò prevedendo che la legge sostanziale in base alla quale gli arbitri sono chiamati a decidere il merito della controversia sia quella italiana.
Pertanto, la legge processuale applicabile è quella svizzera e la legge sostanziale applicabile è quella italiana.
Ora, è pacifico che la convenzione di arbitrato integri un negozio, con la conseguenza che la sua validità va valutata rispetto alla legge sostanziale, e non a quella processuale.
Per individuare detta legge sostanziale, l'art. 178, comma 2, LDIP (ossia la lex arbitri) prevede che: "il patto di arbitrato è materialmente valido se conforme al

diritto scelto dalle parti, al diritto applicabile all'oggetto litigioso, segnatamente a quello applicabile al contratto principale, o al diritto svizzero". Quindi la validità della clausola compromissoria va valutata in base a uno qualsiasi degli ordinamenti richiamati dalla citata norma.
Orbene, la clausola compromissoria è innanzitutto valida secondo il diritto sostanziale italiano (il "diritto applicabile all'oggetto litigioso"); Rossi, invece, pretenderebbe di applicare alla convenzione di arbitrato il diritto processuale italiano, ricavandone conseguentemente la nullità.
Rossi, infatti, confonde le norme sostanziali italiane dettate per la validità della clausola statutaria arbitrale (rilevanti per giudicare la validità della clausola compromissoria) con quelle processuali italiane in materia di procedimento arbitrale societario domestico (irrilevanti, posto che, come si è detto, il giudizio arbitrale all'esito del quale è stato reso il lodo finale è retto dalla legge processuale svizzera).
Rossi infatti afferma che gli artt. 34 ss. d.lgs. 5/2003 disciplinano "l'unico possibile tipo di clausola compromissoria che può essere inserito nello statuto di una società italiana e l'unico procedimento arbitrale societario ammissibile secondo la legge italiana in detti casi".
A quanto già rilevato circa la nazionalità svizzera dell'arbitrato che impone l'applicazione delle norme processuali svizzere in materia di arbitrato si aggiunga che, in ogni caso, le norme italiane processuali hanno efficacia territorialmente limitata all'ordinamento italiano, come previsto dall'art. 12 della l. 31 maggio 1995, n. 218.
Anche l'argomento letterale fornisce un indice sicuro (la rubrica dell'art. 34 è "Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie" mentre quella degli artt. 35 e 36 è, rispettivamente, "Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale" e "Decisione secondo diritto").
Il legislatore commina la nullità della convenzione di arbitrato solo nel caso di clausola compromissoria che non devolva la nomina degli arbitri a un soggetto esterno alla società (cfr. art. 34, comma 2, d.lgs. 5/2003), mentre nessuna ipotesi di nullità è prevista negli artt. 35 e 36 d.lgs. 5/2003.
In ogni caso, l'art. 35. d.lgs. 5/2003 non prescrive il contenuto della clausola arbitrale, ma reca la "disciplina inderogabile del procedimento arbitrale" societario italiano: l'art. 35 non si applica pertanto a questo procedimento arbitrale, che è retto dalla legge processuale svizzera.
Del pari, l'art. 36 d.lgs. 5/2003, là dove disciplina l'impugnazione del lodo, non detta un contenuto inderogabile in materia di convenzione arbitrale societaria, bensì regola le impugnazioni dei lodi interni emessi in esito a procedimenti arbitrali aventi la sede in Italia ai sensi dell'art. 816 cod. proc. civ. In altri termini l'art. 36 d.lgs. 5/2003 non prescrive il contenuto della clausola ma la disciplina delle impugnazioni.
Da quanto sin qui detto emerge la validità della clausola compromissoria secondo il diritto italiano, il che è dirimente.
1.2. Ciò posto, fermo quanto detto sopra in merito alla natura processuale degli artt. 35 e 36 d.lgs. 5/2003, e alla loro conseguente irrilevanza ai fini della valutazione della validità della clausola compromissoria, l'opponente afferma che gli artt. 35 e 36 d.lgs. 5/2003 contemplano garanzie processuali che sarebbero invece assenti nell'arbitrato internazionale svizzero, assenza che costituirebbe la

ragione della fissazione della sede dell'arbitrato in Svizzera, nonché dimostrazione dell'intento elusivo dei soci di Ferretti.
La tesi non è fondata.
Infatti la disciplina dell'arbitrato riserva alle parti garanzie processuali equivalenti in Italia ed in Svizzera.
Così, nessun rilievo ha il richiamo del Rossi alla disciplina dell'intervento, contenuta nell'art. 35, comma 2, d.lgs. 5/2003.
Nel caso di specie, il Tribunale Arbitrale ha deciso su un'azione sociale di responsabilità: siamo dunque al di fuori del perimetro di azioni cui il legislatore pensava allorché ha disciplinato l'intervento in arbitrato.
Infatti, la struttura dell'arbitrato societario è stata modellata soprattutto per dare efficienza ai procedimenti in cui tipicamente vi è una pluralità di parti, ossia le impugnative di delibere assembleari (in cui i soci, onde essere legittimati all'azione, devono raggiungere, anche cumulativamente, una determinata percentuale del capitale sociale: cfr. art. 2377 cod. civ.).
Non si vede, invece, quale intervento il socio debba dispiegare nell'azione sociale di responsabilità, posto che egli rimane estraneo alla domanda risarcitoria, proposta dall'ente a beneficio proprio e, di riflesso, di tutti i soci.
Venendo poi al richiamo della disciplina dell'impugnazione di cui agli artt. 35, comma 3, e 36 d.lgs. 5/2003, Rossi Ferruccio sostiene che i soci di Ferretti avrebbero fissato la sede dell'arbitrato in Svizzera, Stato con cui non avrebbero alcun legame, nel deliberato intento di eludere la legge italiana ed escludere ogni possibilità di impugnare il lodo.
L'art. 192 LDIP richiede, ai fini di una valida rinuncia alla impugnabilità del lodo, una "dichiarazione espressa" delle parti.
Orbene, la clausola compromissoria non contiene alcuna rinuncia preventiva, né implicita né espressa, all'impugnazione del lodo, ma anzi dispone, all'art. 31.5, che il lodo sarà impugnabile "nei casi inderogabilmente previsti dalla legge": il lodo reso dal Tribunale Arbitrale sarà dunque censurabile in base a tutti i motivi di cui all'art. 190 LDIP, risultando così smentite le doglianze di Rossi.
1.3. Quanto sin qui rilevato è sufficiente altresì per smentire l'osservazione dell'opponente secondo cui aver posto la sede dell'arbitrato in Svizzera comporterebbe una "clamorosa elusione studiata 'a tavolino' dai soci di Ferretti della normativa inderogabile applicabile alle società italiane", che determinerebbe la frode alla legge.
Nel caso di specie non vi è stato alcun tentativo di aggirare un divieto, posto che, da quanto sopra illustrato, discende che alcun divieto nel caso di specie è possibile rinvenire.
Si è, infatti, già detto che l'arbitrato estero non è escluso dalle previsioni in materia di arbitrato societario, e che, in ogni caso, le garanzie qualificate da Rossi come inderogabili (come ad esempio quelle in tema di impugnazioni) non sono tate disattese, giacché le determinazioni del Tribunale Arbitrale sono in ogni caso impugnabili secondo i rimedi di cui all'art. 190 LDIP.
2. Quanto al secondo motivo, la Corte osserva che l'ordine pubblico che rileva è il c.d. ordine pubblico interno internazionale, ossia quello dello Stato richiesto sulla base di quanto previsto dalla Convenzione di New York, ma riguardante anche i principi fondamentali sovranazionali che presiedono al nostro ordinamento in un dato momento storico; in altre parole, il concetto di ordine

pubblico si identifica con l'insieme delle regole e dei valori che l'ordinamento italiano non può vedere disconosciuti neanche nei rapporti transnazionali.
Nel valutare se una simile violazione ricorra va considerata la lettera dell'art. 840 cod. proc. civ., il quale prevede che il riconoscimento è rifiutato qualora "il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico". La giurisprudenza ha tradizionalmente ritenuto che il rispetto dell'ordine pubblico debba essere valutato con riguardo alla sola parte dispositiva del lodo (cfr. Cass. 8 aprile 2004, n. 6974). Non sarebbe infatti ammissibile alcuna valutazione in punto di motivazione, pena il rischio di un riesame del merito della questione sottoposta agli arbitri.
Da quanto sopra discende che l'ordine pubblico evocato nella norma è quello sostanziale e non processuale, essendo i principi processuali irrinunciabili dell'ordinamento italiano già declinati negli altri motivi di opposizione al riconoscimento dei lodi stranieri.
Nessuna violazione dell'ordine pubblico sostanziale è stata lamentata nel caso di specie.
Le determinazioni del Tribunale Arbitrale non sono comunque in contrasto nemmeno con l'ordine pubblico processuale, che si configura in caso di lesione dei principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e resistere in giudizio (quali violazioni gravissime del principio del contraddittorio e dell'imparzialità degli arbitri). La particolare restrittività con cui va inteso il concetto di ordine pubblico processuale è stata recentemente ribadita delle Sezioni Unite, secondo cui "la tutela del diritto fondamentale ad un equo processo, più volte enunciata, non è stata intesa come prerogativa assoluta, cioè intransigente ricerca di qualsivoglia violazione in relazione alle movenze processuali di ogni singolo Stato, ma come mezzo per impedire, tramite l'esecuzione di sentenze, soltanto lesioni manifeste e smisurate del diritto alle parti al contraddittorio e alla difesa" (cfr. Cass., S.U., n. 16601 del 7 febbraio 2017).
Risulta quindi fuori luogo la contestazione di Rossi che vorrebbe trarre dalla inapplicabilità delle norme (processuali) sull'arbitrato societario italiano al caso di specie una violazione dell'ordine pubblico idonea a impedire il riconoscimento del lodo finale, posto che, come si è visto in precedenza, lo svolgimento dell'arbitrato in esito al quale è stato pronunciato il lodo non ha violato le garanzie che l'ordinamento italiano considera di fondamentale applicazione (non vi sono contestazioni sul contraddittorio, che è stato pienamente rispettato; così come è fuori discussione l'imparzialità del Tribunale Arbitrale).
Del medesimo avviso è il Tribunale Arbitrale, che, nel lodo intermedio, afferma che: "le disposizioni procedurali degli artt. artt. 35 e 36 D.Lgs. n. 5/2003 ancorché inderogabili se l'arbitrato ha sede in Italia, non sono poste a tutela di principi di ordine pubblico internazionale, e quindi, gli arbitrati nascenti da una clausola arbitrale statutaria, valida e conforme nella sostanza ai sensi dell'art. 34 D.lgs. n. 5/2003, oltre che valida per la lex arbitri, possono avere sede fuori dall'Italia ed essere svolti secondo le regole procedurali di uno Stato diverso" (cfr. doc. 5, par. 127, Ferretti).
Le garanzie processuali di cui Rossi denuncia la violazione risultano in ogni caso rispettate, sicché il lodo finale nella sua parte dispositiva non presenta alcuna statuizione che, una volta eseguita, potrebbe porsi in contrasto con l'ordine pubblico.

3. Quanto al terzo motivo di opposizione, la Corte rileva che è infondato, come già detto nell'ordinanza del 17 gennaio 2019 con cui è stata concessa la provvisoria esecutività al decreto di riconoscimento del lodo finale: "non appare ravvisabile l'eccepita inesistenza sopravvenuta della convenzione arbitrale per implicita rinuncia alla stessa da parte di Ferretti s.p.a., conseguente alla proposizione, da parte di quest'ultima, innanzi al Giudice ordinario, delle medesime domande formulate in sede di arbitrato", poiché "all'atto della proposizione di tali domande il procedimento arbitrale era già pendente".
Anzitutto, Ferretti non ha proposto innanzi al Tribunale di Bergamo alcuna domanda nei confronti del Rossi, ma ha solo chiesto di essere autorizzata a chiamarlo in giudizio (cfr. doc. 10 Ferretti e doc. 7 Rossi). Non vi è dunque mai stata alcuna domanda di Ferretti nei confronti del Rossi, perché nessun atto di citazione è stato notificato a quest'ultimo.
In secondo luogo, anche se di vera e propria domanda si fosse trattato, da essa non si sarebbe potuta ricavare alcuna rinuncia alla clausola compromissoria. E ciò non solo perché la chiamata in causa svolta da Ferretti avrebbe instaurato un contraddittorio diretto tra il dott. Zambelli e il dott. Rossi, ma anche perché in data 15 maggio 2015 questo giudizio arbitrale già era pendente: la domanda davanti al Tribunale di Bergamo è stata dunque proposta in pendenza di arbitrato.
Ora, l'inefficacia della convenzione di arbitrato per rinuncia è configurata dalla giurisprudenza con riferimento ad ipotesi in cui il giudizio ordinario sia stato promosso prima della domanda di arbitrato e non, come nel caso di specie, viceversa.
Ciò emerge dalla pronuncia della Cassazione n. 22236/2009: la domanda davanti al giudice togato, si legge, implica una "rinuncia alla facoltà di avvalersi della clausola". È chiaro dunque che secondo le Sezioni Unite può rinunciare alla facoltà di avvalersi della clausola solo chi ancora non abbia proposto la domanda di arbitrato.
L'azione davanti al giudice promossa prima della domanda di arbitrato può quindi costituire, per la giurisprudenza, un fatto concludente dal quale desumere una implicita rinuncia ad avvalersi degli effetti processuali della convenzione di arbitrato, vale a dire a proporre in futuro una domanda di arbitrato, ma ciò prima che l'arbitrato sia pendente.
Una volta proposta la domanda di arbitrato, non vi è invece più spazio per la rinuncia al patto compromissorio.
L'arbitrato potrà al più estinguersi per una rinuncia agli atti formulata innanzi agli arbitri, ma si tratterà di applicare i pertinenti istituti processuali e non quelli propri del diritto sostanziale.
E Ferretti non ha rinunciato agli atti dell'arbitrato. Inoltre, Ferretti ha preferito rinunciare a chiamare in causa il Rossi all'udienza del 26 maggio 2015 (cfr. doc. 11 Ferretti).
In rapporto a ciò, appare priva di pregio la contestazione per cui la rinuncia non avrebbe effetto non essendoci alcuno spazio per il riconoscimento di un "diritto unilaterale di pentimento".
Anzitutto la rinuncia agli atti del giudizio è sempre possibile ex art. 306 cod. proc. civ. e, ai fini dell'estinzione, è subordinata all'accettazione della controparte solo se essa è costituita.

Orbene, nel caso in esame il Rossi non solo non era costituito, ma neppure era parte, giacché la domanda, non essendo ancora stata autorizzata, non gli era stata notificata. Dunque Ferretti poteva rinunciare all'istanza.
Ferruccio Rossi cerca poi di trarre un qualche indice di rinuncia alla clausola compromissoria dalla circostanza per cui Ferretti, nel giudizio lavoristico pendente tra la stessa ed esso Rossi davanti al Tribunale di Bergamo (successivamente riassunto innanzi al Tribunale di Bologna), non ha eccepito, nella memoria di costituzione depositata in data 26 febbraio 2015 (cfr. doc. 12 ferretti e doc. 14 Rossi), il difetto di giurisdizione del giudice italiano in forza della clausola compromissoria contenuta nello statuto (cfr. opposizione, pag. 31).
La doglianza è priva di fondamento.
Anche a prescindere dal fatto che l'opponente non ha mai sollevato la questione in sede arbitrale, nulla osta a che la medesima questione sia contemporaneamente pendente innanzi ad un collegio arbitrale adito in precedenza e a un giudice ordinario.
Peraltro, nella comparsa di costituzione e risposta del 9 ottobre 2017, depositata da Ferretti a seguito della riassunzione del giudizio in discorso innanzi al Tribunale di Bologna, la società ha sollevato l'eccezione di compromesso (cfr. doc. 17 Ferretti). Ciò dimostra l'assenza di qualsiasi volontà di Ferretti di rinunciare all'arbitrato.
Infine, l'art. 840, comma 3, n.1, cod. proc. civ. indica, quale possibile causa ostativa al riconoscimento del lodo, la "invalidità" della clausola compromissoria, mentre la rinuncia implicita alla clausola arbitrale è pacifico che ne comporti una mera inefficacia (Cass., 7 luglio 2014, n. 15452, la quale afferma che "Il carattere non vincolante, nella fase sommaria, della proposizione della domanda di risoluzione, comporta che, quando la stessa sia stata espressamente avanzata, la parte abbia in tal modo manifestato la propria intenzione di non volersi avvalere della clausola compromissoria, con conseguente inefficacia della medesima").
Ora, l'invalidità è un vizio diverso dalla mera inefficacia, sostanziandosi il primo in un difetto che inficia l'accordo ab origine nel suo insieme, mentre il secondo in un vizio che, anzi, ne suppone la validità.
E infatti, anche in materia di convenzione di arbitrato, invalidità e inefficacia sono vizi distinti: basta guardare, per esempio, all'art. 817, comma 2, secondo periodo, cod. proc. civ., in cui "invalidità e inefficacia" sono espressamente menzionate come possibili vizi tra loro alternativi.
Orbene, l'invalidità di cui al n. 1 dell'art. 840 cod. proc. civ. che rileva ai fini ostativi del riconoscimento, secondo la dottrina "va riferit[a] esclusivamente alle cause di invalidità cd. sostanziale dell'accordo arbitrale relative al consenso delle parti", ovvero riferita al fatto che le parti non abbiano consapevolmente e validamente optato per la soluzione della controversia davanti agli arbitri (anziché davanti al giudice togato); ed è fuor di dubbio che nessun vizio attinente all'accordo delle parti sussista nel caso di specie.
È evidente, dunque, che, ove mai si dovesse ravvisare nel comportamento di Ferretti una rinuncia implicita alla clausola compromissoria, quest'ultima sarebbe diventata al più inefficace e non invalida, sicché al lodo finale non potrebbe essere negato il riconoscimento.
Anche il terzo motivo di opposizione è da ritenersi infondato.
L'opposizione va quindi respinta.

4. Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza.
[OMISSIS]

Il commento
di Roberto Oliva

L'arbitrato internazionale societario rappresenta un tema tanto interessante quanto sovente negletto dalla nostra dottrina. Rari pure i precedenti giurisprudenziali: ad oggi, anzi, non ne consta alcuno edito.

Una precisazione terminologica innanzi tutto si impone: per arbitrato internazionale societario si intende in questo scritto un arbitrato con sede all'estero ricadente nell'ambito di applicazione dell'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Non sono così infrequenti i casi in cui esso trova, o può trovare, applicazione. Si pensi al riguardo all'ipotesi di società costituita in Italia e che rappresenti il veicolo di investimento (anche) di soggetto straniero. Ebbene, non è così peregrina l'ipotesi che questo investitore straniero desideri devolvere le eventuali controversie societarie (magari con un co-investitore invece italiano, o con gli amministratori della società) a un procedimento arbitrale con sede all'estero, magari un procedimento arbitrale amministrato all'estero.

Sinora sul tema potevano leggersi gli interessanti contributi di Giardina e Benedettelli. Ora ad essi si aggiunge una recente pronunzia della Corte di Appello di Genova: la n. 649 del 9 luglio 2020.

La vicenda sottoposta alla cognizione della corte territoriale ligure concerneva il riconoscimento di un lodo emesso all'estero, in forza di clausola compromissoria contenuta nello statuto di società italiana, che prevedeva un procedimento arbitrale amministrato dall'ICC e con sede in Svizzera.

La controversia devoluta agli arbitri concerneva l'azione sociale di responsabilità, esercitata dalla società nei confronti del suo amministratore. Quest'ultimo si è costituito nel procedimento arbitrale, difendendosi sì nel merito, ma prima ancora denunziando la pretesa nullità della clausola compromissoria.

Il procedimento arbitrale si è concluso con il parziale accoglimento delle domande della società attrice, che quindi si è rivolta alla Corte di Appello di Genova per veder riconosciuto il lodo.

Avverso il decreto di riconoscimento ha proposto opposizione il convenuto nel giudizio arbitrale.

A suo avviso, in particolare e per quel che qui interessa, il lodo non sarebbe stato riconoscibile in Italia, ai sensi dell'art. V, co. 1, lett. a) della Convenzione di New York, in quanto la clausola compromissoria per arbitrato internazionale societario sarebbe stata nulla, in quanto in contrasto con la disciplina inderogabile di cui agli artt. 34-36 d.lgs. 5/2003, e comunque per frode alla legge. La contestazione si appuntava nello specifico sulla non impugnabilità, ai sensi dell'applicabile legge processuale Svizzera, del lodo nei casi previsti dagli artt. 35 e 36 d.lgs. cit.

Sotto altro profilo, la parte nei cui confronti era stato invocato il lodo ne denunciava il contrasto con l'ordine pubblico, ai sensi dell'art. V, co. 2, lett. b) della Convenzione di New York, giacché a suo dire la clausola compromissoria avrebbe rappresentato un congegno volto a eludere norme imperative del foro (ancora una volta, quelle in tema di impugnazione del lodo).

L'ultimo motivo di impugnazione riguardava invece l'asserita sopravvenuta inesistenza della convenzione arbitrale, rilevante ad avviso della parte opponente ai sensi dell'art. V, co. 1, lett. a) o lett. c) della Convenzione di New York, conseguente al fatto che le stesse domande devolute agli arbitri sarebbero state proposte dalla società nei confronti del suo amministratore in un procedimento avanti il Giudice statuale italiano.

Tale ultimo motivo di opposizione è stato respinto: innanzi tutto perché la società non aveva in realtà mai formulato alcuna domanda avanti il Giudice statuale italiano nei confronti del suo amministratore (aveva chiesto di essere autorizzata a chiamarlo in altra causa già pendente, cosa che però non aveva poi fatto). In secondo luogo, in considerazione del fatto che tale domanda, pure ove fosse stata proposta, lo sarebbe stata in un momento in cui il giudizio arbitrale era già pendente e dunque non avrebbe potuto configurare una rinunzia alla clausola compromissoria.

Anche il secondo motivo di opposizione è stato respinto, in considerazione della circostanza che il contrasto con l'ordine pubblico rilevante ai sensi dell'art. V, co. 2, lett. b) della Convenzione di New York deve essere valutato con riguardo alla sola parte dispositiva del lodo (v.si sul punto Cass., Sez. I Civ., 8 aprile 2004, n. 6947, disponibile qui). Riguarda, in altri termini, l'ordine pubblico sostanziale. E nessuna violazione di tale ordine pubblico era stata mai denunziata.

Di maggiore rilevanza è la decisione della Corte di Appello sul primo motivo di opposizione. Al riguardo, la Corte territoriale ha ritenuto che i requisiti di forma-contenuto dell'accordo arbitrale societario sono dettati dal solo art. 34 d.lgs. 5/2003, che invero commina la nullità della convenzione arbitrale solo nel caso di clausola compromissoria che non devolva la nomina degli arbitri a un soggetto esterno alla società, laddove gli artt. 35 e 36 d.lgs. cit. attengono al procedimento arbitrale societario e trovano applicazione ove (e solo ove) tale procedimento abbia sede in Italia.

Non deve al riguardo confondere – è tema, questo, su cui non si è soffermata la Corte di Appello – il riferimento, contenuto negli artt. 35 e 36 d.lgs. 5/2003, all'arbitrato internazionale, in relazione al quale pure si ribadisce l'impugnabilità dei lodi. Tale riferimento invero deve essere inteso quale fatto alla abrogata disciplina dell'arbitrato internazionale contenuta nel codice di procedura civile, che riguardava arbitrati con sede in Italia ma che presentavano elementi di internazionalità (in sintesi, sede all'estero di una delle parti o esecuzione all'estero di parte rilevanti del rapporto controverso).

Sullo sfondo sono rimaste alcune questioni di diritto internazionale privato: in particolare, quella del diritto applicabile alla clausola compromissoria, che la Corte di Appello pare aver individuato senza curarsi della norma di conflitto di cui all'art. V, co. 1, lett. a) della Convenzione di New York (giungendo comunque, apparentemente, a conclusioni compatibili con tale norma di conflitto e con l'interpretazione che della stessa viene fornita).

Ancora sullo sfondo è rimasto il tema dell'ammissibilità, ai fini dell'applicazione dell'art. V, co. 1, lett. a) della Convenzione di New York, di un motivo di invalidità della clausola compromissoria specifico a un particolare ordinamento e non invece universalmente riconosciuto (o, per usare il linguaggio della dottrina straniera, 'internazionalmente neutrale').

Del pari sullo sfondo è rimasta una questione pratica di non indifferente rilevanza: come adempiere agli obblighi di deposito di cui all'art. 35, co. 1, d.lgs. 5/2003 (che prevede che la domanda di arbitrato proposta dalla società o nei suoi confronti è depositata presso il registro delle imprese ed è accessibile ai soci) in caso di arbitrato con sede all'estero svolto in lingua diversa da quella italiana?

Nonostante tali questioni rimaste sullo sfondo, quello della Corte di Appello di Genova rappresenta il primo precedente edito che ha affermato l'ammissibilità dell'arbitrato internazionale societario e il punto di partenza, auspicabilmente, di un orientamento giurisprudenziale in tal senso.

⁂

Inesistenza della clausola compromissoria
Lodo arbitrale, Padova, 21 gennaio 2020
di Roberto Oliva

Un Tribunale Arbitrale con sede a Padova ha recentemente esaminato talune interessanti questioni con riferimento ad un'eccezione di incompetenza degli arbitri.

La controversia concerneva un preteso rapporto contrattuale tra una banca e una società, i cui termini erano contenuti in un accordo quadro e in un contratto di interest rate swap.

A dire della società, però, i suddetti documenti contrattuali non erano mai stati sottoscritti dal suo legale rappresentante e la firma ivi contenuta doveva pertanto ritenersi apocrifa. Conseguentemente, la società ha agito per ottenere la restituzione di quanto corrisposto alla banca in esecuzione di rapporti giuridici in realtà inesistenti.

L'aspetto interessante della vicenda è costituito dal fatto che la parte attrice ha invocato l'applicazione della convenzione di arbitrato contenuta nel contratto che, a suo dire, essa mai aveva concluso.

La vicenda è poi ulteriormente complicata dalla circostanza che, all'esito della consulenza tecnica disposta nel corso del procedimento, è emerso che effettivamente la firma apposta sui contratti contestati non era del legale rappresentante dell'attrice. La convenuta, che pur nulla aveva eccepito anche dopo il deposito della relazione peritale, nel momento in cui il Tribunale Arbitrale ha invitato le parti a esprimere la loro posizione, ha denunciato il difetto di competenza degli arbitri, in mancanza di una valida clausola compromissoria.

Il Tribunale Arbitrale è giunto a una conclusione che pare corretta, ha ossia affermato la sussistenza della sua competenza. Ciò ha fatto seguendo un percorso logico che presenta alcuni elementi che, sia pure non del tutto condivisibili, lasciano trasparire l'attenzione che è stata dedicata alla questione e la grande prudenza che ha ispirato gli arbitri.

In primo luogo, il Tribunale Arbitrale ha ritenuto di poter sollevare d'ufficio l'eccezione di invalidità della clausola compromissoria, a prescindere dunque da una tempestiva eccezione della parte convenuta ai sensi dell'art. 817 cod. proc. civ.

A tal riguardo, ha invocato l'autorità di Cass., Sez. I Civ., 8 ottobre 2014, n. 21215, che attiene però a fattispecie non del tutto sovrapponibile (nella vicenda decisa dalla Suprema Corte, questa aveva escluso che fosse incorsa nella decadenza di cui all'art. 817 cod. proc. civ. la parte rimasta contumace nel procedimento arbitrale e che quindi non aveva eccepito in tale procedimento l'invalidità della clausola compromissoria, impugnando invece il lodo ai sensi dell'art. 829, co. 1, n. 1 cod. proc. civ.).

Ha poi soggiunto il Tribunale Arbitrale che l'art. 817 cod. proc. civ. non riguarderebbe le decadenze e le preclusioni nel procedimento arbitrale, bensì quelle, in tesi diverse, concernenti i motivi di impugnazione del lodo.

Sembrerebbe in realtà preferibile la tesi che ritiene che "*sia che la convenzione di arbitrato manchi del tutto (…), sia che sia nulla per vizio di forma, o annullabile (…) è sufficiente la mancata deduzione del vizio nei termini (…) per sanare il vizio*" (così SALVANESCHI, *L'arbitrato*, Bologna-Roma, 2014, p. 563).

Non pare che, nel caso di specie, venissero poi in rilievo le contrapposte teorie dottrinarie concernenti la natura, sostanziale o processuale, della suddetta sanatoria. La conclusione cui è pervenuto il Tribunale Arbitrale avrebbe dunque potuto essere raggiunta sulla scorta del rilievo della mancata tempestiva eccezione della parte convenuta.

Gli arbitri hanno invece, come detto, affermato di poter delibare il tema dell'invalidità/inesistenza della clausola compromissoria. E hanno ritenuto di non poter affermare l'invalidità di tale clausola, facendo applicazione al caso di specie di quanto disposto, in tema di nullità di protezione, dall'art. 23 TUF con riferimento al contratto sottostante. Si tratta di una soluzione che forse sacrifica eccessivamente l'autonomia della convenzione di arbitrato.

Seguendo invece una diversa – e a sommesso avviso di chi scrive, più interessante – argomentazione, gli arbitri hanno soggiunto che comunque la mancata sottoscrizione della convenzione di arbitrato da parte dell'attrice ben avrebbe potuto essere sostituita, così perfezionando l'accordo compromissorio, dalla produzione, da parte della stessa attrice, del relativo documento, accompagnata dalla dichiarazione di volersene valere, richiamando sul punto l'autorità di Cass., SS.UU., 12 febbraio 1985, n. 1168; Cass., 23 marzo 1963, n. 720 e Cass., 15 gennaio 1953, n. 105, oltre a Cass., 24 dicembre 1968, n. 4075 (relativa però quest'ultima al tema specifico della prescrizione di forma di cui all'art. 1341, co. 2, cod. civ. Anche per tale via, quindi, si perveniva ad affermare la competenza arbitrale).

⁂

Una modesta proposta

Una condizione per l'accesso alle risorse del c.d. Recovery Fund è rappresentata dalla presentazione di un "Piano nazionale di ripresa e resilienza", che deve essere coerente con le raccomandazioni specifiche rivolte a ciascuno Stato membro dalla Commissione europea.

Il Governo italiano ha recentemente reso disponibile un documento preliminare, denominato "Linee guida per la definizione del piano nazionale di ripresa e resilienza". Un documento snello, che consta di una quarantina di pagine, due delle quali dedicate alla giustizia.

E proprio con riferimento alla giustizia particolarmente vaghe sono le indicazioni contenute in queste linee guida: si enuncia l'obiettivo di ridurre la durata dei processi, si annunciano riforme della giustizia civile, penale e tributaria, si indica il tema della necessità di interventi di natura strutturale sull'organizzazione dell'amministrazione della giustizia. Null'altro.

A seguito della pubblicazione di queste linee guida, l'Unione Nazionale delle Camere Civili, ossia l'associazione forense rappresentativa degli avvocati civilisti italiani, ha diffuso una proposta di piano straordinario per la giustizia civile (disponibile qui). Una iniziativa meritoria, poiché avvia un dibattito su possibili misure concrete.

Con riferimento al tema dell'arbitrato nel nostro Paese, sono due le proposte formulate dall'Unione Nazionale delle Camere Civili.

La prima proposta è quella di "*rendere obbligatorio, in alcune materie e se del caso con limiti di valore, il ricorso all'arbitrato (eventualmente nella forma dell'arbitro unico) a tariffe calmierate, (…) prevedendo (al fine di scongiurare possibili violazioni dell'art. 102 Cost.) che il relativo lodo sia destinato ad acquisire efficacia esecutiva, ma non l'idoneità del giudicato (così come oggi accade per i procedimenti di cui all'art. 700 c.p.c.)*".

La seconda proposta è invece quella di "*prevedere che gli arbitri, quanto meno in alcune materie, possano emettere provvedimenti cautelari e/o di urgenza*".

La finalità di entrambe queste proposte, quanto meno a un primo esame, è quella di impiegare l'arbitrato quale strumento deflattivo del contenzioso civile ordinario.

Non è qui in questione se tale finalità renda giustizia delle potenzialità dello strumento arbitrale. Occorre però interrogarsi se le proposte siano funzionali a quella che pare la loro finalità.

Innanzi tutto, l'arbitrato obbligatorio. Nel nostro ordinamento tale tipo di arbitrato non è ammesso (è risalente sul punto l'insegnamento della Corte costituzionale: sentenza n. 127 del 14 luglio 1977; in tempi più recenti, Corte costituzionale, sentenza n. 221 dell'8 giugno 2005). La ragione è semplice: l'arbitrato è un meccanismo di risoluzione sulle controversie per sua natura fondato sul consenso. E questo consenso non può essere sostituito da una disposizione di legge.

La proposta in commento vorrebbe superare questo scoglio trasformando il lodo reso in sede di arbitrato obbligatorio in un lodo, per così dire, anticipatorio: un provvedimento idoneo a fondare l'esecuzione forzata, ma non a passare in giudicato.

Non è ben chiaro come questo meccanismo possa concretamente operare, quel che però ben si comprende è che, se il lodo anticipa la sentenza del Giudice statuale e non si sostituisce ad essa, l'efficacia della misura non è facilmente prevedibile e potrebbe pure essere nulla (come sostanzialmente nulla è stata l'efficacia del c.d. arbitrato deflattivo previsto dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni in l. 10 novembre 2014, n. 162).

Ben altro respiro ha la seconda proposta formulata dall'Unione Nazionale delle Camere Civili: quella di – finalmente – attribuire poteri cautelari agli arbitri, dove già non li abbiano (in materia societaria: art 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) o non abbiano trovato un meccanismo per esercitarli, se non nella forma, almeno nella sostanza (il riferimento corre alle previsioni di cui all'art. 26 del Regolamento arbitrale della Camera arbitrale di Milano entrato in vigore nel marzo 2019, ma di cui non si conoscono allo stato applicazioni pratiche).

Si tratta di una riforma da tempo e da più parti invocata, per uniformare il nostro diritto dell'arbitrato a quello di altri ordinamenti che si riconoscono nella stessa prospettiva di civiltà, e abbandonare così il ristretto club di quei sistemi che riservano il potere cautelare al Giudice statuale.

Manca però una terza proposta, che dovrebbe essere la principale proposta. Una proposta volta a incentivare l'impiego dello strumento arbitrale.

Sono principalmente due gli aspetti che limitano fortemente la diffusione dell'arbitrato in Italia.

Un primo aspetto, acutamente analizzato in un recente studio (disponibile qui), è quello della mancanza di fiducia nello strumento arbitrale. Si tratta di un tema di rilevante importanza, che per essere risolto richiede una seria riflessione da parte degli operatori del diritto e della classe forense in particolare.

Il secondo aspetto riguarda invece i costi del procedimento arbitrale. Il costo del Giudice statuale è quasi esclusivamente a carico della fiscalità generale; il costo del Tribunale arbitrale è a carico delle parti. Ecco che allora su questi costi si potrebbe incidere. Innanzi tutto, esentando dall'imposta di bollo tutti gli atti del procedimento arbitrale (ora invece tassati nella misura di Euro 16 ogni quattro cartelle). In secondo luogo, esentando dall'imposta di registro il lodo (che ora è soggetto all'imposta nella stessa misura delle sentenze del Giudice statuale). Infine, se si desidera impiegare l'arbitrato come strumento deflattivo del contenzioso avanti il Giudice statuale, a vantaggio della collettività, ossia se si considera l'arbitrato come esternalità positiva, è necessario incentivare una simile esternalità. E farlo con un incentivo che sia economicamente apprezzabile, quale potrebbe ad esempio essere un credito d'imposta in favore delle parti, commisurato ai costi da queste sostenuti per il funzionamento del Tribunale arbitrale.

⁂

Principio di autonomia

Corte d'appello di Ancona, 15 settembre 2020, n. 916
Tribunale di Catania, 21 settembre 2020, n. 3016

Corte d'appello di Ancona, 15 settembre 2020, n. 916
[OMISSIS]
Con citazione notificata il 3.8.2011 Travagli Simone e Ubaldi Elisabetta convenivano in giudizio dinanzi al Tribunale di Pesaro Diotallevi Luciana per l'annullamento del lodo arbitrale irrituale pronunciato in data 22.9.2010 con il quale era stato riconosciuto il loro inadempimento rispetto alle obbligazioni assunte con il preliminare di vendita di un piccolo fabbricato sito alla via Fazi n. 56 in Pesaro, con conseguente condanna alla restituzione del doppio della caparra ricevuta oltre interessi e alle spese.
Ritualmente costituitasi, la Diotallevi chiedeva il rigetto del gravame in quanto infondato.
All'esito del giudizio il Tribunale rigettava la domanda e condannava gli attori alla rifusione delle spese.
Proponevano appello il Travagli e la Ubaldi lamentando: -l'erronea e falsa applicazione degli artt. 88,808 ter n. 1 c.p.c. e 1418 e 1427 c.c. stante la non autonomia della clausola compromissoria nell'arbitrato irrituale, che non può sopravvivere alle cause risolutive del preliminare; - l'erroneo apprezzamento della possibilità per l'arbitro di conoscere di tutte le controversie derivanti dal contratto nonostante la risoluzione con effetto retroattivo del contratto stesso; - l'invalidità del lodo per ultrapetizione; - l'erroneo apprezzamento della mancata attivazione della DIA da parte dei promittenti alienati; - l'inesistenza delle difformità edilizie e comunque la possibilità di ovviare alle difformità con una sanatoria; e chiedendo la declaratoria di nullità o l'annullamento del lodo arbitrale con restituzione di quanto corrisposto in esecuzione dello stesso e dell'impugnata sentenza oltre interessi e spese.
Ritualmente costituitasi, la Diotallevi chiedeva il rigetto del gravame in quanto infondato e la condanna degli appellanti ex art. 96 comma 3 c.p.c. avendo promosso gli appellanti altra identica impugnazione del lodo dinanzi alla Corte d'Appello di Ancona.
All'udienza del 4.2.2020 sulle conclusioni di cui al verbale in atti la Corte ha riservato la decisione con termini per scritti conclusionali.
Va preliminarmente osservato che in caso di arbitrato irrituale è esperibile unicamente l'azione per eventuali vizi del negozio, da proporre con l'osservanza delle norme ordinarie sulla competenza e del doppio grado di giurisdizione.

La risoluzione implica l'esistenza di un atto valido di cui mira ad eliminare esclusivamente gli effetti: sia la domanda di adempimento che quella di risoluzione presuppongono, allo stesso modo, la richiesta di applicazione del contratto presupponendone la validità (SS.UU. n. 21095/2004); in particolare, la risoluzione incide non sull'atto ma sul rapporto,ovvero sulla situazione giuridica che consegue alla stipula del contratto.
Pertanto correttamente il primo giudice ha ritenuto che "La clausola compromissoria deve, in mancanza di espressa volontà contraria, essere interpretata nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte le controversie che si riferiscono a pretese aventi la loro "causa petendi" nel contratto medesimo.") riguarda un caso di annullamento del contratto ed una clausola che devolveva ad amichevoli compositori ogni controversia inerente "l'applicazione e l'interpretazione" del contratto. Dunque, già in epoca precedente alla riforma introdotta dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, (la sentenza del 2011 prendeva in esameuna clausola arbitrale antecedente) vi era un orientamento della Cassazione (forse all'epoca non prevalente) nel senso dell'interpretazione estensiva della clausola compromissoria. Alla luce dell'art. 808 quater c.p.c. nel testo vigente, introdotto dal decreto legislativo citato ed applicabile alle convenzioni di arbitrato (come quella di cuisi tratta) posteriori alla data del 2 marzo 2006, si può affermare che il legislatore ha recepito l'orientamento giurisprudenziale richiamato, con la conseguenza che anche l'uso di formule generiche ("interpretazione" ed "esecuzione" come nel caso di specie) consente di ritenere comprese nella convenzione anche le controversie attinenti alle vicende estintive del contratto, e, più in generale, ogni questione che non sia stata dalle parti espressamente esclusa". In tal senso si e espressa anche la Suprema Corte (Cass. n. 26553/2018).
Quanto ai limiti del potere decisionale dell'arbitro allo stesso demandato,dalla lettura del lodo si evince con chiarezza come l'apprezzato inadempimento sia stato apprezzato non in base a presunti vizi in ordine alla situazione giuridico-urbanistica dell'immobile quanto piuttosto per l'esistenza di vizi occulti, consistenti nell'aver sottaciuto che le "bucature" sul retro-prospetto, costituenti vedute necessarie alla vivibilità dell'immobile, erano oggetto di legittime rimostranze da parte del proprietario dell'immobile confinante, che aveva già intimato ai proprietari il ripristino dello status quo ante e quindi la chiusura delle suddette "bucature", minacciando altrimenti di adire le autorità giudiziarie ("i promittenti venditori erano a piena conoscenza delle problematiche inerenti le bucature, che avevano ricevuto la comunicazione 13.6.02 dell'avv. Bartoccioni, legale del Galeotti, con la quale era loro intimato di richiudere le bucature abusivamente aperte ed eliminare i gocciolatoi, che doveva riconoscersi "l'esistenza di vizi e difetti…anche con riferimento ai diritti di terzi…risulta che di tali inconvenienti Travagli Simone e Ubaldi Elisabetta ne fossero a conoscenza come da comunicazione racc.a/r del 13.06.2002…a fronte della scoperta di tali vizi la sig.ra Diotallevi, lecitamente, esercita il proprio diritto di recesso da cui consegue il diritto a conseguire il doppio della caparra…".
Come condivisibilmente osservato nell'impugnata sentenza, il richiamo, da parte dell'arbitro, alla D.I.A. n. 176/2009 è del tutto inconferente ("la DIA del 2009 non costituiva l'oggetto del contendere, che riguardava piuttosto la presenza di bucature, riaperte (con regolare concessione) nel 1999, in relazione alle quali

tuttavia il confinante rivendicava la lesione di propri diritti, pretendendo il ripristino dello status quo ante; la questione è tutta qui, e l'arbitro ha ritenuto la condotta dei venditori, che avevano taciuto l'esistenza del contenzioso con il confinante, inadempimento contrattuale rilevante; è vero che il lodo (come la ctu) si dilunga, come già detto, su questioni esulanti dall'oggetto del contendere e dalle argomentazioni delle parti, ma la decisione arbitrale può sintetizzarsi in poche righe, scevre dall'errore invocato dagli odierni attori").
La Corte ritiene insussistenti i presupposti per un apprezzamento della temerarietà dell'impugnazione ex art 96 comma 3 c.p.c..
Ciò posto, richiamate, per quanto non esplicitato, le condivisibili motivazioni dell'impugnata sentenza e ritenute assorbite le ulteriori argomentazioni sviluppate dalle parti, le spese del grado seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo. Il rigetto dell'appello è apprezzabile ai fini della rideterminazione del contributo unificato dovuto dagli appellanti.
[OMISSIS]

Tribunale di Catania, 21 settembre 2020, n. 3016
[OMISSIS]
Con atto di citazione ritualmente notificato Nicolosi Agata ha chiesto l'annullamento della delibera di esclusione adottata nei suoi confronti dall'assemblea dei soci della Tropical Piante di Valenti Mario e C. snc il 16.12.2011, per l'inadempimento del pagamento della quota a suo carico afferente spese sociali.
L'attrice ha dedotto l'inesistenza dell'inadempimento in quanto non sussisterebbe alcun obbligo sociale poiché le società Tropical Piante di Valenti Mario e C. snc, costituita con atto pubblico del 28.9.1983, non ha mai inteso svolgere alcuna attività commerciale e produttiva, ma è stata costituita al solo scopo di procedere all'acquisto del terreno sito in Riposto, località Praiola, da dividere in sezioni tra i singoli soci per consentirne il libero godimento a ciascuno di essi.
Si è costituita tempestivamente la società convenuta eccependo l'improcedibilità della domanda, perché la controversia avrebbe dovuto essere devoluta ad un arbitro così come previsto dall'art.10 del contratto di cessione quote e di parziale modifica dell'atto costitutivo sottoscritto il 4.4.1991; ove annullata la delibera di esclusione, la convenuta ha spiegato domanda riconvenzionale per la dichiarazione di nullità di un altro atto assembleare (con il quale vennero assegnati i singoli lotti di terreno ai soci) e per il pagamento della somma pro quota a carico dell'attrice, per come deliberata dall'assemblea.
Nel corso del giudizio è stato integrato il contraddittorio con tutti i soci, ritenendo il litisconsorzio in ragione delle domande di nullità svolte da entrambe le parti, rispettivamente del contratto sociale e dell'atto di assegnazione.
Con ordinanza in data 8.2.2013 il GI ha rigettato l'istanza di sospensione dell'atto impugnato ed ha concesso i termini ex art.183, c.VI, cpc.
All'udienza del 12.11.2018 il giudizio è stato interrotto a seguito del decesso del procuratore di parte convenuta.
Tempestivamente riassunto, non si è costituita la società convenuta, ma soltanto i soci Messina Filippo, Caramma Alfio, Rapisarda Giovanni, Messina Giovanni e Conti Antonino.
All'udienza del 24.2.2020 la causa, sulle conclusioni precisate come in atti, è stata assunta in decisione con la concessione dei termini ex art.190 cpc per il deposito degli scritti difensivi finali.
Preliminarmente va evidenziato che il decorso dei termini ex art.190 cpc concessi alle parti per il deposito degli scritti difensivi finali è stato sospeso dal 9 marzo al 15 aprile

2020 dal DL 18/20 (sospensione successivamente prorogata fino all'11 maggio 2020 dal DL 23/20) a causa dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Sempre in via preliminare va dichiarata la contumacia di Valenti Mario e di Giuffrida Concetta.

Tanto esposto e venendo al merito della questione, è opinione del Collegio che la domanda proposta dall'attrice vada accolta per le ragioni di seguito esposte, alle quale è opportuno fare precedere una breve ricostruzione in fatto.

Con atto in notaio Miano del 28.9.1983 è stata costituita la società Tropical Piante di Valenti Mario e C. snc, avente quale oggetto sociale la coltivazione di piante tropicali e fiori.

Con successivo atto pubblico del 17.10.1983 la neo costituita società ha acquistato un terreno in Riposto, località Praiola, esteso mq.5460.

È sostanzialmente non contestato tra le parti che l'acquisto del citato terreno non è stato effettuato con lo scopo di avviare l'attività costituente l'oggetto sociale, bensì con la diversa intenzione dei soci di procedere alla divisione del terreno in otto sezioni per consentire a ciascuno di essi di potere godere in modo pieno ed esclusivo di una determinata sezione. Ed infatti, con apposito regolamento sottoscritto il 3.12.1988 i soci, oltre a legittimare l'uso esclusivo della singola sezione di terreno che concordemente si erano assegnati, hanno anche disciplinato l'uso delle parti comuni.

A seguito del crollo parziale del muro comune posto sul lato mare, la società ha provveduto a fare eseguire i necessari lavori di ripristino, dividendo tra i soci la relativa spesa, per un costo pro capite di euro 21.942,00. Somma, quest'ultima, che l'attrice si è rifiutata di corrispondere, adducendo di non essere stata messa in grado di verificarne la congruità. A ciò ha fatto seguito la delibera adottata dall'assemblea sociale il 16.12.2011, ed oggetto della presente impugnazione, con la quale la Nicolosi è stata esclusa dalla società.

Così ricostruiti, sia pure brevemente, i fatti di causa, è, innanzitutto, opinione del Collegio che l'eccezione di riserva arbitrale proposta dalla società convenuta non possa essere accolta per le argomentazioni che seguono attinenti alla inesistenza di una società.

Muovendo, invero, dalla circostanza, sostanzialmente non contestata tra le parti, che la Tropical Piante di Valenti Mario e C. snc non è stata costituita per lo svolgimento di alcuna attività commerciale/produttiva, bensì all'esclusivo fine di consentire ai soci il godimento delle porzioni del terreno in località Praiola acquistato con atto pubblico del 17.10.1983, si pongono una serie di questioni già ampiamente esaminate e risolte da questo Tribunale nella sentenza n.1361/05 (già richiamata dal precedente GI nell'ordinanza dell'8.2.2013).

In quel caso il Tribunale, nell'esaminare una fattispecie analoga a quella in oggetto e relativa alla costituzione di una società avente come mero scopo il godimento diretto da parte dei soci di alcuni immobili, ha affermato, per quanto qui di interesse, che "premesso che è essenziale per la configurabilità della società per azioni - ossia per la sua esistenza e per l'attribuzione alla stessa di una personalità giuridica - un "complesso strutturale organizzato a base soggettiva e l'esercizio di un'attività imprenditoriale", che scopo sociale, quindi, ai sensi dell'art. 2247 c.c., deve necessariamente essere l'esercizio in comune di un'attività economica e cioè, richiamando l'art. 2082 c.c., "un'attività produttiva, creatrice di ricchezza finalizzata alla formazione, all'esito del processo produttivo, di beni o servizi per lo scambio, mediante offerta sul mercato, ovvero allo scambio (offerta sul mercato) di beni o servizi prodotti da altri" ed, infine, che non ricorre detto ultimo requisito nel caso in cui l'attività consista nel semplice godimento, da parte dei soci, di un complesso immobiliare il cui diritto di proprietà è intestato alla società, poiché in siffatti casi è configurabile "una comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose" che, per la norma di cui all'art. 2248 c.c., è regolata dagli artt. 1100 - 1139 c.c. riguardanti la comproprietà (o la contitolarità di un

diritto reale di godimento) con l'esclusione della configurabilità di una società di qualsiasi tipo".
Nella specie, quindi, alla luce di quanto sopra evidenziato e non contestato tra le parti in punto alla precisa volontà dei soci di non svolgere alcuna attività imprenditoriale e di limitarsi al godimento dell'immobile acquistato, per come, peraltro, confermato anche dal regolamento sottoscritto il 3.12.1988, si è in presenza di un comportamento sussumibile sotto la disciplina di cui all'art. 2248 c.c, "atteso che la mera intestazione della proprietà dei beni in capo allo società non rappresenta alcuna attività ed, anche qualora i soci abbiano inteso utilizzare personalmente i beni intestati alla società, l'attività di godimento di tali beni rappresenta un'attività intrinsecamente inidonea a produrre un qualche lucro e non si presta neppure ad essere definita come attività esercitata in comune" (v. Trib. Catania, sentenza 1361/05).
Logico corollario di quanto sopra è l'affermazione dell'esistenza di una simulazione per avere le parti costituito una società avente come unico scopo il godimento dei beni sociali ed attesa, quindi, l'evidente difformità tra l'accordo trasfuso nell'atto costitutivo della società e quanto effettivamente voluto dalle parti e realizzato sin dall'inizio dalle stesse.
Sin dall'inizio, infatti, i soci non hanno mai inteso dare corso all'attività costituente l'oggetto sociale (la coltivazione di piante tropicali e di fiori), ma hanno, invece, voluto semplicemente godere dell'immobile acquistato in località Praiola, provvedendo alla divisione dello stesso in otto sezioni, destinate, ciascuna, al pieno ed esclusivo godimento dei singoli soci, che così hanno fatto per oltre 30 anni e ciò in completa difformità da quanto previsto dal contratto sociale.
All'accertata natura simulata del contratto consegue la declaratoria di inesistenza della società con la conseguente applicazione ex tunc delle norme dettate in tema di comunione e ciò in ossequio a quanto sostenuto dalla Suprema Corte di Cassazione nel 1987, poi ripreso nel 1993, secondo cui ciò che ha rilevanza è "l'effettiva attività svolta in concreto e stabilmente, non la prospettazione dell'esercizio di un'attività imprenditoriale indicata nell'atto costitutivo come scopo sociale, che è mera apparenza", detta simulazione "è rilevabile dovendosi rendere manifesta l'effettiva realtà giuridica esistente tra le parti con la conseguente individuazione della normativa che la regola" e non è di ostacolo "l'attribuzione della personalità giuridica" che sarebbe conseguente all'iscrizione della società nel registro delle imprese perché "la soggettivizzazione presuppone necessariamente, quale prius logico, l'esistenza di un effettivo complesso strutturale organizzato... finalizzato all'esercizio di un'attività imprenditoriale" e siffatta "simulazione comporta l'inesistenza del negozio apparentemente posto in essere per cui si è al di fuori della nozione e delle categorie di nullità previste e disciplinate dall'art. 2332 c.c.". La seconda sentenza sottolinea la differenza tra la comunione di cui all'art. 2248 c.c., caratterizzata dalla prevalenza dell'elemento statico del godimento dei beni secondo la destinazione loro propria, e la società, in cui prevale l'elemento dinamico, nel senso che i beni appaiono strumentali alla realizzazione dell'attività economica, per giungere a ritenere rilevante l'accertamento della simulazione.
Affermato che nel caso di specie si è certamente nell'ambito della comunione di mero godimento del bene conferito nella società e che conseguentemente l'atto costitutivo della Tropical Piante di Valenti Mario e C. snc è palesemente simulato, per come sopra specificato, non può non giungersi alla declaratoria di inesistenza della società.
Come già evidenziato nella richiamata sentenza 1361/05 "Sotto il primo profilo va rilevato che nel nostro ordinamento, a differenza di altri, la dottrina maggioritaria ritiene sussistente la diversità tra la categoria dell'inesistenza e quella della nullità, ricollegando alla seconda le cause di impossibilità originaria o mancanza di un elemento costitutivo ovvero la l'illiceità del negozio ed alla prima la mancanza di un fatto o atto socialmente rispondente alla nozione di contratto. Quest'ultima, si sottolinea, risponde all'esigenza concreta di determinare l'ambito entro il quale il contratto può costituire oggetto anche

della valutazione di nullità e di escludere ogni effetto a quelle situazioni nelle quali non è riscontrabile un atto di autonomia patrimoniale. Il criterio distintivo è, pertanto, quello della ricorrenza o meno di un atto che alla stregua della valutazione sociale risponde alla nozione di contratto e cioè di un accordo diretto a costituire, regolare, o estinguere un rapporto giuridico. E nel caso in esame un accordo diretto a costituire una società non ricorre. Sotto il secondo profilo si deve rimarcare che il legislatore, subito dopo aver definito e disciplinato ciò che può considerarsi società alla stregua dei principi sanciti nell'art. 2247 c.c., ha altresì ritenuto necessario evidenziare ciò che non può certamente essere considerato società, ossia la comunione di mero godimento, in tal modo segnando un solco insuperabile tra le due attività, una dinamica e l'altra statica. Solco che viene differenziato, è bene sottolinearlo, non solo e non tanto in punto di definizione teorica ma quanto di disciplina pratica. Ciò che è specificato nell'art. 2248 è che, mentre alle società devono ritenersi applicabili le norme di cui al capo I del titolo V del libro V, alle comunioni di godimento va applicata soltanto la disciplina di cui al titolo VII del libro III. La scelta del legislatore è chiara nel distinguere le due discipline e da tale distinzione non può non discendere l'inapplicabilità alle seconde di tutta la normativa dettata per le società ivi compreso l'art. 2332 c.c. che è norma precipua delle situazione in cui comunque è riscontrabile un contratto sociale. Né d'altra parte può ritenersi che un'affermazione siffatta si ponga in contrasto con la disciplina comunitaria e con le sue finalità di affidamento dei terzi. La disciplina della comunione, infatti, è stata prescelta dal legislatore proprio per l'eliminazione di eventuali società di comodo ed anche in vista della maggiore e non della minore tutela dei terzi. Ed invero, premesso che al riconoscimento di una mera comunione di godimento si può giungere solo dopo l'accertamento della inesistenza di una qualsivoglia attività economica e quindi lo stesso presuppone l'inesistenza altresì di atti "societari" che non si concretizzino nel mero godimento del bene, va in ogni caso rilevato che nella disciplina della comunione, oltre alla configurazione di una struttura organizzativa affatto similare a quella societaria (amministratore, regolamento, impugnazione delle deliberazioni, scioglimento), il legislatore ha previsto che i creditori della medesima non solo possano soddisfarsi sul patrimonio comune ma altresì su quello dei singoli comunisti per la quota di spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune a fronte di una disciplina delle società, soprattutto di capitali, in cui è previsto che i creditori della società possano soddisfarsi solo sul patrimonio della società. Ne emerge che la tutela dei terzi che abbiano contratto obbligazioni con la comunione (non potendosi in tal caso evidenziare obbligazioni derivanti da attività economica pura) è, conseguentemente, assolutamente rispettata ed anzi valorizzata a fronte degli interessi dei comunisti di costituirsi in società. Alla luce delle superiori considerazioni, accertato che tra le parti (omissis), soci delle due società, è intercorso esclusivamente un rapporto di comunione di godimento del fabbricato sito in (omissis), va, pertanto, dichiarata l'inesistenza della (omissis) e, conseguentemente, della (omissis) S.n.c., semplice trasformazione della prima, per simulazione di entrambi i contratti sociali".

La superiore dichiarazione di inesistenza della Tropical Piante di Valenti Mario e C. snc comporta le seguenti conseguenze: 1) l'inesistenza della clausola contenuta nell'atto del 4.4.1991 che rimetteva all'arbitro la risoluzione delle insorgende controversie; 2) l'inesistenza della delibera del 16.12.2011 di esclusione dell'odierna attrice dalla compagine societaria, atteso che, non esistendo alcuna società e dovendosi applicare le norme in tema di comunione, non è prevista l'esclusione del comunista ad opera degli altri, dovendosi, invece, procedere allo scioglimento della comunione.

Per le superiori ragioni la domanda proposta dall'attrice merita di essere accolta e va dichiarata l'inesistenza della delibera di esclusione del 16.12.2011.

In ragione della complessità delle questioni giuridiche trattate, stimasi equo compensare le spese tra le parti.

[OMISSIS]

Il commento
di Roberto Oliva

Il principio di autonomia della clausola compromissoria è oggi universalmente riconosciuto, dopo essersi affermato nel corso della prima metà del XX secolo: dapprima in alcuni ordinamenti e successivamente in altri.

Per impiegare le parole del nostro legislatore, esso può essere sintetizzato così come segue: "*La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto cui si riferisce*" (art. 808, co. 2, cod. proc. civ.).

La strada del principio di autonomia è stata aperta in ambiente tedesco già al volgere del XIX secolo: così, ad esempio, la Corte suprema tedesca, nella sua decisione del 30 aprile 1890, aveva affermato che il vizio del contratto sottostante non ha come inevitabile conseguenza il vizio pure della clausola compromissoria; applicando tale principio, la Corte d'appello di Norimberga aveva affermato la competenza arbitrale a giudicare della validità del contratto (decisione del 24 maggio 1909), seguita dalla Corte d'appello di Dresda (decisione dell'11 gennaio 1912). I giudici tedeschi erano nondimeno restii ad applicare il principio di autonomia nei casi in cui l'invalidità del contratto sottostante derivava dalla sua illiceità (come nel caso di alcuni contratti di gioco: v.si Corte suprema tedesca, decisione del 18 maggio 1904).

Nel frattempo, il principio di autonomia si stava facendo strada anche in Svizzera ed è stato affermato dal Tribunale federale elvetico nelle sue decisioni del 22 ottobre 1881, 3 ottobre 1913 e 5 marzo 1915. Già nel 1933 si può trovare il principio di autonomia chiaramente espresso: "*l'invalidità del contratto principale non rende immediatamente invalida la clausola compromissoria ivi contenuta; la clausola ai sensi della quale le controversie che sorgono dal contratto principale sono assoggettate all'arbitrato ricomprende, in caso di dubbio, anche le controversie relative alla validità e all'eccezione di simulazione*" (Tribunale federale elvetico, decisione del 7 ottobre 1933).

Nel secondo dopoguerra e negli anni a noi più vicini, il principio di autonomia si è diffuso ed è stato, ad esempio, riconosciuto dalla Convenzione di New York del 1958, dalla legge modello dell'UNCITRAL del 1976, dalla riforma del codice di procedura francese del 1980 (che però ha codificato principi cui era già addivenuta la giurisprudenza) e dalla legge sull'arbitrato inglese del 1996.

In Italia, ancora agli inizi del XX secolo, la posizione prevalente in dottrina e giurisprudenza era quella secondo la quale le controversie sull'esistenza e sulla validità del contratto non rientrerebbero nell'ambito di applicazione della clausola compromissoria contenuta nello stesso contratto, giacché dall'invalidità del contratto discenderebbe pure l'invalidità delle clausola, con conseguente

carenza del potere decisorio in capo agli arbitri: "*posta in discussione la esistenza o la validità del contratto che comprende la clausola, è posta in forse la stessa giurisdizione degli arbitri*" (così CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 344; in senso conforme pure MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, V ed., Torino, 1932, p. 761 oltre che, ancora nel XIX secolo, AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1868, p. 157). Non era d'altronde isolata sul punto la posizione italiana: ragionamenti non dissimili venivano compiuti, ad esempio, secondo il diritto inglese (v.si ad esempio la decisione della Camera dei Lord del 20 febbraio 1942, *Heyman v. Darwins Ltd*).

Nella dottrina italiana del tempo, rara voce in senso contrario è stata quella di Carnelutti (*Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, nota critica a Tribunale di Venezia, 4 agosto 1920, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, p. 327 ss.), il quale ha sottolineato l'ambiguità del termine "clausola" contenuto nell'espressione "clausola compromissoria".

Clausola è senz'altro, nell'accezione più comune, una parte di una convenzione, che segue le sorti di questa, così come la parte segue le sorti del tutto. La clausola compromissoria, invece, è clausola nel senso che essa è una convenzione che si costituisce contemporaneamente a un'altra e in occasione di un'altra (il contratto sottostante), di cui però non è una mera parte.

Ci possono certo essere ipotesi in cui il vizio del contratto travolge anche la clausola compromissoria: si pensi ad esempio al caso, citato da Carnelutti (*Clausola compromissoria*, cit., p. 331), del contratto e della clausola conclusi da un incapace; oppure al caso, di più frequente applicazione pratica, del contratto la cui sottoscrizione è apocrifa. Ciò avviene perché il vizio del contratto comporta un vizio anche della clausola compromissoria. In tutti gli altri casi, però, il vizio del contratto non può costituire un vizio anche dell'autonoma stipulazione contenuta nella clausola compromissoria. Quest'ultima dunque non ne è travolta e in capo agli arbitri permane il potere decisorio.

La giurisprudenza nazionale nel dopoguerra ha aderito alla tesi dell'autonomia della clausola compromissoria rispetto al rapporto sottostante, con la conseguente insensibilità dell'uno ai vizi dell'altra, e viceversa (alle prime pronunzie degli anni '50 del XX secolo hanno fatto seguito Cass., Sez. I Civ., 29 luglio 1964, n. 2161; Cass., Sez. I Civ., 27 gennaio 1967, n. 221; Cass., Sez. I Civ., 11 ottobre 1972, n. 3003; per arrivare infine a Cass., Sez. I Civ., 2 luglio 1981, n. 4279, che si cura di precisare che tale principio non trova applicazione in caso di clausola compromissoria per arbitrato irrituale, con orientamento ancora vivo nella giurisprudenza di legittimità: v.si Cass., Sez. I Civ., 9 aprile 2008, n. 9230 e Cass., Sez. I Civ., 29 marzo 2012, n. 5105).

Nello stesso senso si è espressa la dottrina (v.si ad esempio RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 13 ss.).

Infine è intervenuto il legislatore, codificando nel 1994 il principio di autonomia della clausola compromissoria, che così da principio giurisprudenziale e dottrinario si è trasformato in precisa disposizione di legge.

All'esito di questo lungo percorso, si pongono due recenti pronunzie di merito: della Corte di appello di Ancona (sentenza n. 916 del 15 settembre 2020) e del Tribunale di Catania (sentenza n. 3016 del 21 settembre 2020).

Di fronte alla Corte di appello di Ancona si lamentava l'invalidità di un lodo pronunciato in un procedimento arbitrale irrituale, in cui era in discussione la risoluzione per inadempimento del contratto sottostante. A dire dell'appellante, il principio di autonomia non troverebbe applicazione all'ipotesi dell'arbitrato irrituale (e in effetti si è visto che questo è l'orientamento della giurisprudenza di legittimità), con la conseguenza che le controversie relative alla risoluzione del contratto sottostante non potrebbero essere conosciute dagli arbitri.

La Corte di appello ha respinto l'impugnazione, notando come le controversie concernenti la risoluzione riguardano il contratto non come negozio, ma come rapporto, e che la risoluzione incide non sull'atto, che rimane valido, ma sul rapporto, che viene per l'appunto risolto. Non vi è quindi neanche spazio per invocare l'autonomia (o la pretesa non autonomia) della clausola compromissoria rispetto al rapporto sottostante: la validità di questo non è in contestazione, sì che neppure può essere contestata la validità di quella.

Si tratta di una decisione che pare corretta e condivisibile: l'unico rammarico è che la Corte di appello non abbia colto l'occasione per esprimersi sull'applicazione del principio di autonomia anche in ipotesi di arbitrato irrituale: sarebbe infatti forse opportuna una rivisitazione dell'orientamento giurisprudenziale in materia.

Il Tribunale di Catania ha invece esaminato una complessa vicenda, in cui era stato simulato un rapporto societario, quando le parti desideravano costituire una comunione. Lo statuto della società, che il Tribunale ha ritenuto simulato, conteneva una clausola compromissoria. Sorta controversia tra le parti, il Tribunale ha rigettato l'eccezione di compromesso sollevata dalla convenuta, ritenendo che la simulazione del contratto sociale travolgesse anche la clausola compromissoria. Ha affermato in particolare il Giudice che la dichiarazione di inesistenza della società, in conseguenza della simulazione, ha per effetto l'inesistenza della clausola compromissoria.

Sembra, questa cui è pervenuto il Tribunale di Catania, una conclusione eccessiva, non in linea con il principio di autonomia, così come codificato dall'art. 808 cod. proc. civ., e dimentica della stessa evoluzione storica del suddetto principio, che come si è visto è stato affermato anche con preciso riferimento a casi in cui si denunciava la simulazione del contratto sottostante (v.si la già richiamata decisione del Tribunale federale elvetico del 7 ottobre 1933).

Questione diversa, che il Tribunale non ha affrontato nella pronunzia in commento, è quella dell'applicazione nel caso di specie dell'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Detto in altri termini: la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società simulata deve rispettare i requisiti di forma-contenuto imposti dalla legge in materia di arbitrato societario (e quindi, innanzi tutto, prevedere che gli arbitri vengano nominati da un soggetto estraneo alla società)? Oppure è ammissibile, in caso di società simulata, un arbitrato di diritto comune?

Non risultano precedenti editi sul punto, né elaborazioni dottrinarie. A favore dell'applicazione delle disposizioni in materia di arbitrato societario depone la considerazione che, in caso contrario, la clausola sarebbe valida o invalida secundum eventum litis: valida ove si ritenesse effettivamente simulato il rapporto societario, invalida nell'ipotesi contraria. Si tratta però di un argomento che potrebbe essere fallace: in effetti, anche in caso di pretesa apocrifia della sottoscrizione apposta a un contratto contenente una clausola compromissoria la competenza arbitrale è sussistente o insussistente secundum eventum litis. A diverse conclusioni potrebbe poi pervenirsi ove la simulazione del rapporto non sia questione contestata tra le parti e dunque la validità della clausola non dipenda dalla soluzione della controversia su tale questione.

⁂

Arbitrato societario

Tribunale di Catania, 30 ottobre 2020, n. 3598

[OMISSIS]

L'eccezione di incompetenza sollevata dalla difesa dei convenuti per esistenza di clausola arbitrale è fondata.

L'art. 37 dello Statuto della società dispone che "qualsiasi controversia che dovesse insorgere tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbia ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, ad eccezione di quelle nella quali la legge prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, dovrà essere risolta da un arbitro nominato dal Presidente del Tribunale di Siracusa a richiesta della parte più diligente. La sede dell'arbitrato sarà presso il domicilio dell'arbitro. L'arbitro dovrà decidere entro 30 gg dalla nomina. L'arbitro deciderà in via rituale secondo diritto……."

Detta clausola è conforme alla previsione dell'art. 34 del d.lgs. 5/2003, secondo cui « gli atti costitutivi delle società (...) possono mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione d arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale» (comma 1°). «La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferento in ogni caso, a pena di nullità , il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha sede legale» (comma 2°). «Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate da soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale» (comma III).

Nella specie l'attore ha impugnato la delibera adottata in data [omissis] dall'assemblea dei soci della [omissis] con la quale, tra l'altro, era stato deliberato lo scioglimento e la messa in liquidazione della società.

Come già rilevato affermato da questo Tribunale in altri giudizi (cfr. ordinanza collegiale in sede di reclamo del 14 novembre 2013, est. Grillo, nel giudizio Benanti/SIFI s.p.a.) nel caso di specie la competenza appartiene al collegio arbitrale come da previsione statutaria.

Sul punto è sufficiente riportare le motivazioni dell'ordinanza collegiale, che ha fissato i seguenti punti fermi:

"La questione da esaminare attiene alla compromettibilità in arbitri o meno di tutte le controversie aventi ad oggetto opposizioni a delibere di assemblea di società.

Sulla compromettibilità in arbitri pur delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione di delibera assembleare non può , invero, nutrirsi significativo dubbio alla luce dell'espresso dettato normativo (art. 35 comma 4 e 5 del d.lgs 5/2003): ciò che occorre accertare è se sussistano o meno limiti all'operatività della clausola arbitrale collegati alla tipologia dei vizi lamentati.

Come noto, in subiecta materia , è intervenuta la Suprema Corte che con varie pronunce ha affermato che non possono formare oggetto di compromesso le controversie societarie che hanno per oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci. Rimangono quindi escluse dal novero delle controversie compromettibili quelle in cui vengano in discussione diritti c.d. indisponibili. In tale novero vengono fatte rientrare le controversie nelle quali vengano in rilievo ipotesi di nullità della delibera.
Chiarisce, infatti, al riguardo la Corte che al fine di qualificare l'interesse come indisponibile è necessario che la sua protezione sia assicurata mediante la predisposizione di norme inderogabili la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte e conclude rilevando che tali devono intendersi, ad avviso del Supremo Collegio, anche le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione dei bilanci di esercizio la cui inosservanza rende la delibera di approvazione illecita e dunque nulla (in tal senso Cass. n. 18671/12 Cass. n. 1860/11).
A fronte di questo orientamento della Suprema Corte si registrano nella giurisprudenza di merito (così come in dottrina) delle soluzioni eterogenee. A fronte di pronunce che aderiscono all'orientamento della Corte (cfr. Trib. Torino 14.6.2012 in Red. Giuffrè 2013) ne esistono altre che sostengono la compromettibilità in arbitri di tutte le controversie in tema di delibere senza alcun limite (in tal senso si è pronunziato il Tribunale Firenze – sentenza del 15/09/2011 in Foro padano 2012, 4, I, 624 - per il quale "Le controversie arbitrali afferenti la validità delle delibere assembleari sono in tutti i casi deferibili in arbitrato ove anche abbiano ad oggetto diritti indisponibili , resa in fattispecie nella quale era stata impugnata, per nullità, una delibera assembleare di approvazione del bilancio), ma l'opinione più diffusa è quella per la quale nell'ambito delle impugnazioni per nullità delle delibere assembleari occorre distinguere quelle da cui scaturiscono controversie su diritti disponibili e dunque arbitrabili da quelle che generano liti su diritti indisponibili restringendo l'area della non compromettibilità all'assoluta indisponibilità del diritto e , quindi alle sole nullità cd insanabili.
Tale orientamento è quello seguito nel provvedimento impugnato che riporta a tal fine la recente sentenza del Tribunale di Milano n. 6700/13 (già in precedenza affermato dallo stesso Tribunale in altre pronunce rese in data 3.6.2010, 11.1.2011, 22.2.2011, 13.12.2012 citate nello stesso provvedimento) – e fatto proprio anche da altri giudici di merito (Tribunale Catanzaro sez. I 20/05/2009 in Giurisprudenza di Merito 2010, 4, 1006, Tribunale Modena sez. I 25/10/2011 in Rivista dell'arbitrato 2012, Tribunale Napoli 09/06/2010 in Giurisprudenza Commerciale 2012, 1, II, 220).
Il percorso seguito in tali provvedimenti è chiaro:
la nozione di diritto indisponibile non va ricollegata ad una valutazione dell'interesse tutelato (e dunque se esso debba ritenersi generale o individuale) ma alla individuazione degli strumenti finalizzati alla sua tutela;
l'indisponibilità non coincide con la inderogabilità, riguardando quest'ultima i limiti posti dall'ordinamento all'autonomia privata (che pur l'organo giudicante deve rispettare) laddove la prima comporta la assoluta l'impossibilità pur per il soggetto titolare della posizione giuridica di disporne in qualunque modo;
la categoria dei diritti indisponibili coincide con quelli che possono essere tutelati senza limiti di tempo e dunque, di fatto, vanno individuati con quelli la cui violazione può essere fatta valere con azione non soggetta a limiti di decadenza;
tale non è l'ipotesi che ci occupa posto che i vizi relativi al difetto di veridicità , chiarezza e precisione del bilancio pur determinando la nullità (e non l'annullabilità) della delibera non rientrano tra quelli che possono essere fatti valere senza limiti di tempo giusta il disposto del primo comma seconda parte dell'art. 2379 c.c. per le S.p.A. e del terzo comma seconda parte dell'art. 2479 ter c.c. per le s.r.l., il cui ambito di applicazione è limitato alle sole deliberazioni che modifichino l'oggetto sociale, prevedendo attività illecite o impossibili.

Ritiene il Collegio che tutte le argomentazioni seguite dalla giurisprudenza di merito per motivare il suddetto orientamento appaiono pienamente condivisibili.
Vanno al riguardo aggiunte le seguenti considerazioni.
Nella sentenza n. 18671/12 così come in quella n. 1860/11 la Suprema Corte ripropone pedissequamente il proprio precedente orientamento (di cui sono espressione le sentenze n. 27/00, n. 928/03, n. 8204/04) formatosi, però, anterioriormente all'entrata in vigore del d.lgs n.6/2005 e, dunque, nella vigenza del vecchio art. 2379 c.c. che , quanto alle delibere nulle , si limitava a richiamare gli articoli 1421, 1422 e 1423 c.c. in tema di azione generale di nullità.
L'attuale disposto normativo, come già detto, nell'intento di garantire la certezza dei rapporti giuridici e tutelare le posizioni del terzi che hanno rapporti con la società assoggetta, come noto, pur le delibere nulle ad un termine per l'impugnativa (artt. 2379 primo comma, art. 2379 ter , 2434 bis, 2479 ter) eccezion fatta le specifiche ed individuate ipotesi - sopra individuate - in cui la nullità può essere fatta valere senza limiti di tempo, il che rende, all'evidenza, necessario distinguere tra le varie ipotesi di nullità.
La stessa Corte di Cassazione con sentenza di poco precedente quella sopra richiamata (la n. 15890/12) in fattispecie relativa a nullità della delibera per mancata convocazione del socio (soggetta al regime della sanatoria della nullità) si pronuncia espressamente nel senso della non coincidenza tra l'ambito delle nullità e l'area più ristretta della indisponibilità del diritto, dovendosi in quest'ultima area ricomprendersi esclusivamente le nullità insanabili , sole per le quali, infatti, residua il regime della assoluta inderogabilità e quindi della assoluta indisponibilità e non compromettibilità del relativo diritto (principio già affermato dalla Suprema Corte con altra sentenza - la n. 3975/04 - per la quale l'indisponibilità del diritto è il limite alla clausola compromissoria e non va confusa con l'inderogabilità della normativa applicabile al rapporto giuridico, la quale non impedisce la compromissione in arbitrato).
Il criterio discretivo che identifica le delibere afferenti diritti indisponibili nelle sole delibere affette da nullità insanabile appare, anche ad avviso di questo Collegio, quello maggiormente rispondente alla ratio legis che ha ispirato la riforma e comunque rispondente ai principi generali : se può condividersi la preoccupazione di parte reclamante in ordine ad una possibile confusione tra "il profilo sostanziale che sottende all'esistenza del vizio con il diverso profilo processuale che attiene la sua azionabilità in giudizio" è altrettanto vero che in tanto esiste un diritto in quanto si abbia la possibilità di farlo valere in giudizio; se il soggetto può disporre del suo diritto di agire in giudizio per la tutela del diritto (anche mediante l'opzione negativa del non esercizio nei termini previsti) ciò significa che può disporre anche del sottostante diritto sostanziale.
Non è d'ostacolo a tale ricostruzione la circostanza che le nullità possano essere rilevate anche d'ufficio dal giudice atteso che per pacifica interpretazione anche dottrinaria il potere officioso del giudice, nella materia in oggetto, può essere esercitato nei limiti in cui può essere esercitato dalle parti (milita in tal senso il dato testuale della norma contenuta nel comma secondo dell'art. 2379 c.c. per cui il detto potere può essere esercitato nei casi e termini previsti dal precedente comma).
Non è parimenti d'ostacolo alla ricostruzione sopra propugnata la circostanza che l'impugnativa delle delibere nulle sia consentita dalla norma a "chiunque vi abbia interesse" indice, secondo parte della dottrina, della indisponibilità della sottesa situazione giuridica.
Ed invero tale circostanza ha come unico effetto quello che il terzo possa autonomamente impugnare innanzi al giudice togato la delibera viziata (non essendo, all'evidenza , vincolato dalla clausola arbitrale) evenienza questa che, certamente non auspicabile quando sia già pendente giudizio arbitrale per i medesimi vizi, non è esclusa dall'ordinamento: le regole di cui agli artt. 819 bis e ter c.p.c. dimostrano come il legislatore ha preso atto del fatto che liti identiche o connesse possano pendere

contemporaneamente innanzi ad arbitri e giudici togati ,quando le controversie arbitrali coinvolgano anche soggetti che non hanno sottoscritto la relativa clausola.
Come correttamente rilevato dalla richiamata sentenza del Tribunale di Milano, la circostanza che permanga in capo al terzo estraneo alla compagine sociale la possibilità di proporre autonome impugnazione innanzi al giudice ordinario costituisce garanzia di tutela degli interessi dei terzi o di rilevanza pubblicistica, che rende, ancor più, preferibile la tesi della compromettibilità in arbitri delle controversie quale quella in esame, posto che l'accordo tra le parti del contratto di società in ordine all'individuazione del giudice competente alla risoluzione delle controversie intere alla società stessa, lascia inalterato il sistema di tutela degli interessi sovra societari."
Del pari alla competenza dell'arbitro spetta la domanda di risarcimento dei danni avanzata nei confronti dei soci, atteso che anche tale rapporti fanno parte della previsione del citato art. 37.
Ciò posto non resta che dichiarare l'incompetenza dell'adito Tribunale in favore del collegio arbitrale, con assegnazione di un termine alle parti per la riassunzione del relativo giudizio ex art. 50 c.p.c. (cfr. Corte Costituzionale 19 luglio 2013 n. 223, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 819 ter c.p.c. secondo comma nella parte in cui esclude l'applicabilità ai rapporti tra arbitrato e processo di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c., con particolare riferimento a quella diretta a conservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta davanti al giudice o all'arbitro incompetenti).
Le spese del giudizio seguendo la soccombemza vanno poste a carico di parte attrice e liquidate come in dispositivo.
[OMISSIS]

Il commento

di Roberto Oliva

L'arbitrato societario, introdotto con il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, ha suscitato, e continua a suscitare, numerose incertezze interpretative, che rappresentano forse uno dei fattori che hanno limitato le potenzialità, e di conseguenza la diffusione, dell'istituto.

I primi dubbi riguardavano il rapporto tra arbitrato societario e arbitrato di diritto comune e, in particolare, la possibilità, da alcuni negata e da altri affermata, che gli statuti sociali potessero contenere una clausola compromissoria per arbitrato di diritto comune. Si tratta di un tema non solo e non tanto nominalistico: con l'arbitrato di diritto comune, le parti possono procedere alla nomina degli arbitri, che invece è demandata a un terzo nell'arbitrato societario. La questione è stata infine risolta dalla Suprema Corte, che ha affermato chiaramente che le clausole compromissorie contenute negli statuti societari possono solo prevedere l'arbitrato societario e che dunque quelle difformi rispetto a tale modello sono nulle (Cass., Sez. III Civ., 20 luglio 2011, n. 15892). Non sono mancate, anche dopo il formarsi e il consolidarsi dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità, oscillazioni interpretative (ad esempio, ancora nel 2016 il Tribunale di Napoli ha ritenuto ammissibile l'arbitrato di diritto comune in materia societaria: sentenza n. 4874 del 19 aprile 2016), ma si tratta

di voci per lo più isolate e di decisioni rese con riferimento a fattispecie particolari, dalle quali difficilmente possono trarsi principi applicabili a casi diversi da quelli considerati.

Altri dubbi riguardano poi l'ammissibilità della tutela cautelare da parte del Giudice statuale in presenza di una clausola per arbitrato societario, in considerazione dei poteri cautelari che la legge concede agli arbitri societari. Alcuni Giudici di merito ammettono la suddetta tutela, soprattutto nel lasso di tempo necessario per la costituzione del tribunale arbitrale (particolarmente chiaro è sul punto l'orientamento del Tribunale di Milano: v.si ad esempio Trib. Milano, ord. 22 dicembre 2015), altri invece la negano, ritenendo che la devoluzione agli arbitri della controversia privi il Giudice statuale di poteri cautelari, ove gli stessi poteri siano attribuiti al tribunale arbitrale, come per l'appunto avviene in caso di arbitrato societario (v.si ad esempio Trib. Catania, 19 luglio 2016, n. 4041).

Ancora ulteriori dubbi concernono infine la stessa estensione della cognizione degli arbitri societari, e sono quelli che qui più interessano. Il d.lgs. 5/2003, che ha introdotto l'arbitrato societario, ha indicato che gli arbitri societari possono conoscere anche di controversie relative all'invalidità di delibere societarie e in generale di tutte le controversie che hanno ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

Manca però una definizione delle controversie riguardanti diritti disponibili discendenti dal rapporto sociale. Ecco dunque che si sono affacciate diverse ricostruzioni interpretative.

Il principio che viene tralatiziamente riportato in materia è quello secondo il quale l'area dei diritti indisponibili, in relazione ai quali non è ammessa la devoluzione in arbitri, è limitata a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte.

Anche tralasciando la sovrapposizione, di certo non corretta, tra indisponibilità del diritto e inderogabilità della norma che lo prevede o lo disciplina, questo principio pare indicare un utile criterio euristico: le controversie non arbitrabili sono quelle relative a diritti la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento anche officiosa, senza necessità di un'iniziativa delle parti interessate.

Sennonché, tale principio viene invocato – con palese forzatura – per escludere dall'ambito dell'arbitrabilità le controversie relative alla veridicità e correttezza dei bilanci. Dimenticando, quindi, che l'impugnativa dei bilanci societari è soggetta a precisi termini decadenziali: la violazione delle relative disposizioni, quindi, richiede un'iniziativa delle parti interessate, che deve non solo esistere, ma anche essere tempestiva.

A tale orientamento se ne contrappone un altro, cui aderisce il Tribunale di Catania in una sua recente pronunzia (Trib. Catania, 30 ottobre 2020, n. 3598).

Osserva il Tribunale di Catania, innanzi tutto, che indisponibilità e inderogabilità sono concetti diversi. L'inderogabilità, infatti, riguarda i limiti posti all'autonomia privata, mentre l'indisponibilità esclude del tutto un intervento di autonomia privata.

I diritti indisponibili, quindi, sono quelli che possono essere tutelati senza limiti di tempo (l'inerzia diverrebbe altrimenti essa stessa un mezzo di disposizione del diritto), ossia quelli la cui violazione può essere fatta valere con azione non soggetta a limiti di decadenza.

Il Tribunale di Catania, consapevole del contrario orientamento della Suprema Corte, fonda poi il suo ragionamento su quelle pronunzie della stessa Suprema Corte che hanno affermato la tendenziale coincidenza tra l'ambito dei diritti indisponibili e quello della nullità insanabile (Cass., 15890/2012 e 3975/2004).

Il punto di approdo di questo articolato e approfondito ragionamento è che le impugnazioni avverso le delibere di approvazione del bilancio di esercizio possono essere conosciute dagli arbitri e ciò a prescindere dal vizio in concreto fatto valere.

⁂

Clausola compromissoria e contemporanea elezione di foro
Tribunale di Milano, 26 novembre 2020, n. 7692

[OMISSIS]
In data 21 dicembre 2016 le parti hanno sottoscritto un contratto di cessione d'azienda avente ad oggetto il Centro per il Trattamento e la Cura dei Disturbi del Comportamento Alimentare ed Obesità verso il corrispettivo di € 1.348.666,55, da versarsi ratealmente secondo i termini ivi pattuiti, riducibile nella misura ivi fissata al verificarsi delle circostanze ivi previste.
Tenuto conto del parziale pagamento da parte della cessionaria San Giorgio del prezzo, come rideterminato alla luce delle previsioni contrattuali, Fondazione Omnia ha agito in via monitoria per il recupero del proprio rimanente credito, quantificato in € 832.000,00.
L'opponente ha fatto valere in via preliminare l'incompetenza del Tribunale adito in forza di clausola compromissoria contenuta nell'accordo inter partes.
Fondazione Omnia ha chiesto il rigetto dell'eccezione attorea.
A fondamento della propria contestazione la convenuta ha lamentato un'asserita ambiguità della volontà delle parti in merito al deferimento della potestas iuducandi agli arbitri a causa della compresenza di altra clausola avente ad oggetto l'elezione del foro competente.
Detta ambiguità, secondo la tesi dell'opposta, determinerebbe la prevalenza della competenza del giudice ordinario rispetto a quella degli arbitri, in virtù di consolidato principio giurisprudenziale.
Alla luce delle difese delle parti, giova, innanzitutto, richiamare il testo delle pattuizioni in esame.
In particolare, l'art. XI del contratto azionato prevede, per quello che interessa in questa sede, che 'qualsiasi controversia dovesse insorgere tra le parti in ordine alla validità, efficacia, interpretazione ed esecuzione del presente contratto e successivi patti e comunque ad esso connessa, verrà definita mediante arbitrato amministrato della Camera Arbitrale di Milano (…)'.
Il successivo art. XII statuisce che 'il Foro competente è quello di Milano'.
In secondo luogo, giova evidenziare il superamento del principio di prevalenza della competenza del giudice ordinario posto dalla convenuta a fondamento delle proprie difese, a seguito delle riforme in materia di arbitrato, con particolare alla novella di cui alla D. Lgs.. 2006/40.
Ciò è stato ben evidenziato dalla Corte Costituzionale, secondo cui con detta novella 'il legislatore ha introdotto una serie di norme che confermano

l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica' (Corte Cost. n. 2013/223)

Ed, infatti, conformemente a tali considerazioni, la Cassazione, peraltro proprio in una fattispecie analoga alla presente, ha affermato che 'la giurisdizione degli arbitri non è più un'eccezione o una deroga rispetto alla giurisdizione statale, ma un rimedio a questa perfettamente alternativo', 'espressione di una facoltà tutelata a livello costituzionale' (Cass. 2016/20880; nel merito, cfr. Tribunale di Pisa, 31/03/2020 n.387).

Ne discende, pertanto, che l'eventuale incertezza circa la volontà delle parti non determina affatto la necessaria devoluzione alla cognizione ordinaria delle controversie oggetto della clausola compromissoria in ipotesi ambigua.

In ogni caso, in via dirimente, a ciò si aggiunge, che, grazie ai criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 e ss. c.c., nella fattispecie in esame non è ravvisabile alcuna incertezza in merito a detta volontà.

A tal fine, viene innanzitutto in considerazione il dato letterale delle norme in questione, che non solo esplicita in modo espresso la volontà delle contraenti di devolvere agli arbitri la cognizione delle questioni relative al contratto, ma che anche detta una disciplina dettagliata e puntuale circa la sede di svolgimento del giudizio arbitrale, le modalità di nomina dell'Organo Arbitrale, le modalità operative di tale Organo, le norme da seguire per la decisione e il tipo di efficacia destinata ad essere assunta dal lodo ('Qualsiasi controversia che dovesse insorgere tra le parti […]verrà definita mediante arbitrato amministrato dalla Camera Arbitrale di Milano, in conformità al relativo Regolamento di arbitrato Nazionale che le parti dichiarano di conoscere ed accettare. L'Organo Arbitrale, nominato secondo Regolamento, deciderà con i poteri di arbitro rituale secondo diritto (in alternativa, può essere scelta una pronuncia secondo equità) con lodo destinato ad assumere efficacia di titolo esecutivo ai sensi e per gli effetti dell'art. 825 c.p.c.' art. XI contr.).

In secondo luogo, estendendo l'indagine al criterio teleologico e sistematico di cui all'art. 1363 c.c., viene in rilievo l'art. IX.3 del contratto de quo, che ha previsto la facoltà delle parti di adire la procedura arbitrale di cui al successivo art. XI nel caso di mancato accordo nel termine ivi previsto circa l'indennizzo pure ivi previsto.

Detta pattuizione, che richiama la clausola compromissoria, costituisce un indice rivelatore della precisa intenzione delle parti di deferire agli arbitri il potere di decidere delle vicende relative al contratto di cessione aziendale in esame.

Le osservazioni che precedono non trovano smentita nel citato art. XII contenente l'elezione del foro competente.

Al riguardo, rileva, infatti, che la legislazione vigente prevede la non compromettibilità di alcune materie (cfr. art. 806 c.p.c.) o la non assumibilità di alcuni tipi di provvedimenti da parte degli arbitri (p.es. misure cautelari, cfr. artt. 818 e 669 quinquies c.p.c.).

Detta circostanza induce a ritenere che, ferma la competenza arbitrale per le controversie descritte all'art. XI, le contraenti abbiano inteso fissare la competenza territoriale del foro di Milano per le questioni istituzionalmente sottratte al giudizio degli arbitri.

Tale conclusione risulta corroborata dal criterio ermeneutico di cui all'art. 1367 c.c., secondo cui, nel caso di dubbio, le singole clausole devono interpretarsi nel

senso in cui possono avere qualche effetto anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno.
Infatti non è configurabile, né è stata allegata, una diversa interpretazione delle clausole in oggetto, idonea a conservare l'efficacia delle stesse, entrambe inserite dalle parti nel testo dell'accordo.
Al contrario, la tesi dell'opposta secondo cui l'incertezza della volontà delle parti imporrebbe la devoluzione alla cognizione del Tribunale ordinario di tutte le controversie circa l'esecuzione del contratto inter partes finirebbe con il privare di senso, e di efficacia, la clausola compromissoria, in violazione del disposto di cui al menzionato art. 1367 c.c..
La stessa sequenza delle norme costituisce un elemento a favore della previsione della generalità della regola attributiva la potestas iudicandi in capo agli arbitri e della specialità della giurisdizione ordinaria, disposta con clausola posizionata successivamente alla prima.
L'applicazione dei criteri ermeneutici sopra richiamati evidenzia che, lungi dall'essere incerto, con il sistema delle pattuizioni di cui agli artt. IX, XI e XII l'intento delle parti è stato quello di prevedere un duplice binario di giurisdizione in dipendenza della devolvibilità o meno agli arbitri delle questioni tra le medesime insorte o delle misure dalle medesime richieste.
[OMISSIS]

Il commento

di Luca Giusquiami

Una recente sentenza del Tribunale di Milano ha affrontato il tema della compresenza, all'interno del medesimo contratto, di una clausola compromissoria e di una clausola di elezione del foro.

Si tratta di un fenomeno, in parte rischioso, capace di rallentare già dalle prime battute eventuali iniziative processuali intraprese dalle parti per la tutela dei rispettivi diritti. Basti pensare all'eccezione d'incompetenza o alla cd. "eccezione d'arbitrato" che una parte potrebbe sollevare con la conseguenza di sollecitare, da un lato una pronuncia sul rito, e ritardare, dall'altro, la pronuncia sul merito.
Il tema affrontato, oltre a essere di notevole rilevanza pratica, si pone in contrasto con uno dei capisaldi della materia, vale a dire il principio di celerità e speditezza dell'arbitrato. Infatti, da un contratto ambiguo, da cui non si comprende quale sia la sede (arbitrale o statuale) competente a dirimere eventuali controversie, possono derivare ritardi in grado di dilatare i tempi della procedura.

Si tratta di una conseguenza particolarmente negativa, soprattutto per quelle parti che, scegliendo l'arbitrato, hanno fatto affidamento su una procedura celere per risolvere le controversie.

A contrario, laddove il contratto risulti ben scritto, quanto meno con riguardo alla scelta tra arbitrato e giudizio statuale, la parte che si assume lesa nei suoi

diritti avrà la possibilità di domandare la tutela mediante lo strumento effettivamente concordato.

Il caso che ci occupa prende le mosse da una vicenda che, per quanto qui interessa, può essere riassunta come segue. Una società e una fondazione ONLUS stipulavano un contratto di cessione d'azienda per un corrispettivo particolarmente rilevante, da versare ratealmente secondo i termini pattuiti. La società, tuttavia, versava alla fondazione cedente soltanto una quota del prezzo concordato, costringendo quest'ultima ad agire in sede monitoria per ottenere il pagamento del restante. La società cessionaria presentava tempestiva opposizione avverso il decreto ingiuntivo, eccependo in via preliminare l'incompetenza del Tribunale adito in virtù della clausola compromissoria contenuta nell'accordo inter partes. La fondazione ONLUS chiedeva il rigetto di tale eccezione invocando un'ulteriore previsione contrattuale che qualificava il Tribunale di Milano come foro competente.

Il problema è dunque il seguente: quid iuris in caso di una clausola compromissoria che, nell'ambito dello stesso contratto, concorre con una clausola attributiva della competenza al giudice statale? Per chiarezza, si riportano di seguito le previsioni tra loro concorrenti:

- art. XI del contratto: "qualsiasi controversia dovesse insorgere tra le parti in ordine alla validità, efficacia, interpretazione ed esecuzione del presente contratto e successivi patti e comunque ad esso connessa, verrà definita mediante arbitrato amministrato della Camera Arbitrale di Milano (…)";

- art. XII del contratto: "il Foro competente è quello di Milano".

L'organo giudicante investito della controversia ha ritenuto prima facie fondata l'eccezione di arbitrato promossa dalla società. In sede di motivazione sono state ampiamente argomentate le ragioni della decisione che hanno portato alla declaratoria d'incompetenza del giudice statuale in favore dell'organo arbitrale munito – per converso – di potestas iudicandi in virtù della clausola compromissoria contenuta nel contratto di cessione.

Il giudice, in primo luogo, ha colto l'occasione per evidenziare l'analogia tra l'istituto dell'arbitrato e il giudizio statale, sottolineando l'intento del legislatore che, con il d.lgs. 40/2006, ha introdotto una serie di norme volte a conferire alla giustizia arbitrale una funzione del tutto sostitutiva rispetto alla giustizia statuale. Sul punto, il giudice ha altresì richiamato una nota sentenza della Corte Costituzionale che, nell'effettuare un raffronto tra processo statale e procedimento arbitrale, ha affermato la natura giurisdizionale dell'arbitrato (Corte Cost., 16 luglio 2013, n. 223). In tale occasione è stato infatti affermato che quest'ultimo costituisce, a tutti gli effetti, un procedimento disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione del diritto ai fini della risoluzione delle controversie. Come nel processo statuale, si legge nella pronuncia, anche nell'arbitrato devono essere rispettate le garanzie del contraddittorio e

dell'imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Inoltre, in un passaggio fondamentale della stessa sentenza, è stata evidenziata l'attribuzione «alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica». Da quest'ultimo assunto, e cioè dalla fungibilità dello strumento arbitrale con il processo ordinario, il giudice del Tribunale di Milano ha fissato le basi della sua motivazione.

In secondo luogo, il giudicante ha segnalato il superamento del principio di prevalenza della competenza del giudice ordinario richiamato dalla fondazione ONLUS per domandare il rigetto dell'eccezione d'arbitrato formulata dalla società. La convenuta opposta ha fatto menzione del principio della naturale prevalenza della giurisdizione statuale su quella arbitrale, affermato in passato dalla Corte di Cassazione (Cass. civ., 28 maggio 1979, n. 3099; Cass. civ. 23 agosto 1990, n. 8608). Tale principio, elaborato nel corso del secolo passato, prevedeva che nel nostro sistema processuale l'attività relativa alla tutela giurisdizionale fosse una funzione essenziale dello Stato. Questo comportava – nei casi d'incertezza – la prevalenza della competenza del giudice ordinario su quella degli arbitri. Tuttavia, in più riprese, si è assistito a un graduale superamento del suddetto principio in favore di un nuovo orientamento elaborato dai giudici di legittimità e puntualmente richiamato dal giudice del Tribunale di Milano (Cass. civ., 14 ottobre 2016, n. 20880). In particolare, la Corte di Cassazione è giunta a concludere che la giurisdizione arbitrale: (i) non è più un'eccezione o una deroga rispetto alla giurisdizione statale, (ii) è un rimedio fungibile e perfettamente alternativo al processo instaurato dinanzi ai giudici nazionali e (iii) consiste in una facoltà delle parti tutelata a livello costituzionale. Da questi importanti principi il giudice ha ricavato una conclusione di fondo che ha posto alla base della sua decisione: nel caso d'incertezza circa la volontà delle parti rispetto alla scelta tra arbitrato e processo ordinario, non deve determinarsi la necessaria attribuzione al giudice ordinario delle controversie oggetto della clausola compromissoria. Ciò che si rende necessario, e lo si apprende anche dalla motivazione della sentenza in commento, è ricercare in concreto la reale volontà delle parti. Questo è stato lo sforzo effettuato dal giudice nella sua decisione, attuato con la ricerca della reale intenzione delle parti nel testo delle clausole concorrenti.

Per fare ciò, il giudice si è avvalso dei criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 e ss. del codice civile. Il tenore della clausola compromissoria, data la sua ampiezza («qualsiasi controversia dovesse insorgere» dal contratto di cessione, o da «successivi patti e comunque ad esso connessa»), ha indotto a ritenere che la volontà delle parti fosse quella di devolvere in arbitrato tutte le controversie relative al contratto. Ma non solo. Le parti hanno altresì disciplinato in maniera dettagliata, come ha puntualizzato il giudice, le modalità di svolgimento della procedura arbitrale, le modalità di nomina del Tribunale arbitrale e il suo funzionamento, il luogo di svolgimento, le norme da seguire per la decisione e il tipo di efficacia destinata ad essere assunta dal lodo.

Inoltre, in forza dell'interpretazione complessiva delle clausole come prevista dall'art. 1363 cod. civ., il giudice ha ritenuto rilevante – al fine di determinare la

competenza arbitrale – un'ulteriore previsione del contratto. In particolare, l'art. IX.3 prevedeva la facoltà delle parti di rimettere in arbitrato le liti nascenti dal mancato accordo, nel termine pattuito, circa l'indennizzo di cui al medesimo art. IX.3. Ergo, un ulteriore richiamo all'arbitrato operato dalle parti rispetto alle controversie connesse al contratto.

Sempre in sede di motivazione è stata svolta una precisazione in merito al principio di conservazione del contratto e delle sue clausole, come disciplinato dall'art. 1367 cod. civ. A fronte delle previsioni contrattuali richiamate (tutte favor arbitrati), il fatto di attribuire la competenza al Tribunale di Milano per le controversie relative al contratto finirebbe per privare di effetti, e di senso, la clausola compromissoria di cui all'art. XI. Ciò si tradurrebbe in un risultato del tutto incompatibile con la reale volontà delle parti risultante dall'interpretazione, letterale e non, delle clausole del contratto di cessione.

Il giudice ha altresì rilevato che l'ambito operativo della clausola di elezione del foro statale, in casi come questi, è del tutto residuale. La volontà delle parti, a seguito della ricostruzione effettuata, è risultata chiara e non ambigua: scelta dell'arbitrato per tutte le controversie relative al contratto (in cui rientra quella oggetto della sentenza in commento). Da ciò si ricava, quindi, un ambito di applicazione ristretto della clausola di elezione del foro statale, limitato alle questioni che per legge sono sottratte al giudizio degli arbitri, i.e. diritti non disponibili (art. 806 cod. proc. civ.) e misure cautelari (artt. 818 e 669 quinquies cod. proc. civ.). È in questo senso, secondo il giudice, che va interpretato il doppio binario di giurisdizione adottato dalle parti.

Può lasciare sorpresi, ma solo a un primo esame, il fatto che il giudice non abbia utilizzato per corroborare la sua decisione la previsione di cui all'art. 808 quater cod. proc. civ. Tale norma consente, in caso di dubbio, di interpretare estensivamente la clausola arbitrale così da estendere la sua portata a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la clausola si riferisce. Tuttavia, la giurisprudenza è stata puntuale nell'osservare che l'art. 808 quater cod. proc. civ., concernente il "favor" per la competenza arbitrale, riguarda i soli casi in cui il dubbio interpretativo verta sulla quantificazione della materia devoluta agli arbitri alla luce della clausola compromissoria (Cass. civ., 24 settembre 2018, n. 22490). Il dubbio, pertanto, deve essere riferito solo alla portata della clausola arbitrale. Diversamente, tale norma non si estende alla scelta tra arbitrato e giudizio statuale effettuata dalle parti, che va ricostruita soltanto alla luce della loro volontà, rispetto a cui non opera il "favor" dell'art. 808 quater cod. proc. civ. Sono queste, con tutta probabilità, le ragioni che hanno spinto il giudice a non richiamare la presente norma.

La pronuncia in commento ha osservato, anche in una situazione connotata da parziale ambiguità, il principio del favor arbitrati. Questa è una conclusione a cui si è giunti (i) rilevando l'ormai nota fungibilità tra arbitrato e processo statale e (ii) rispettando la reale volontà delle parti come espressa nelle clausole del contratto di cessione. Volontà delle parti che, nell'arbitrato, trova il suo più ampio riconoscimento. Tale assunto, come si è appreso dall'esame della

motivazione, ha funzionato da guida per il giudice nell'utilizzo dei criteri ermeneutici previsti dal codice civile.

In altri casi i giudici, anche di legittimità, hanno disatteso il suddetto principio in favore della competenza del giudice statale (Cass. civ., 13 ottobre 2016, n. 20673). Questo, in forza di clausole concorrenti (arbitrale e di elezione del foro) formulate diversamente da quelle contenute nel contratto di cessione. Tuttavia, il criterio utilizzato per determinare l'organo realmente competente è stato sempre il medesimo: ricostruzione della volontà dei contraenti alla luce (i) del tenore letterale delle clausole, (ii) del loro significato come risultante dal senso complessivo del contratto e (iii) del comportamento delle parti al momento della conclusione dell'accordo e durante l'esecuzione dello stesso.

⁂

Rivista giuridica pubblicata da
Arbitration in Italy Ltd