

**Civile Ord. Sez. 1 Num. 2400 Anno 2022**

**Presidente: VALITUTTI ANTONIO**

**Relatore: IOFRIDA GIULIA**

**Data pubblicazione: 27/01/2022**



sul ricorso 25857/2017 proposto da:

Burani Walter, Burani Andrea, Burani Giovanni, elettivamente domiciliati in Roma, Via Guido D'Arezzo n.18, presso lo studio dell'avvocato Berruti Paolo, che li rappresenta e difende unitamente agli avvocati Barbieri Giorgio, Bertani Brunella, giuste procure in calce al ricorso;

contro

-ricorrenti -

Archiviato in Italia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ORD  
2751  
-----  
2021



LQH S.a., già Finwellness S.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Giovanni Bettolo n.17, presso lo studio dell'avvocato Rufini Alessandro, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Rufini Diego, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 3612/2017 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 04/08/2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 04/06/2021 dal cons. IOFRIDA GIULIA;

lette le conclusioni scritte del P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale CARDINO ALBERTO che chiede il rigetto del ricorso.

#### **FATTI DI CAUSA**

La Corte d'appello di Milano, con sentenza n.3612/2017, depositata in data 4/8/2017, ha respinto l'impugnazione proposta da Walter Burani, Giovanni Burani ed Andrea Burani, nei confronti della Finwellness, società di diritto lussemburghese (la quale aveva avanzato domanda di arbitrato, attivando la clausola compromissoria, qualificandosi come «*soggetto designato dall'Ing. Nerio Alessandri*» quale acquirente delle azioni e quindi legittimato al promuovimento del procedimento arbitrale), avverso il lodo arbitrale deliberato in data 8/3/2011 e sottoscritto il 17/6/2011, in relazione a contratto preliminare di compravendita di azioni della Burani Private Holding spa, perfezionatosi tra i sigg. Burani ed il sig. Nerio Alessandri in data 9/6/2007, con il quale il collegio arbitrale, accertata la piena validità della clausola compromissoria e la propria competenza a pronunciarsi, aveva dichiarato i sig. Burani inadempienti agli obblighi assunti, nei confronti di Finwellness, a seguito dell'esercizio del diritto di opzione



di vendita, con condanna di ciascuno di loro al pagamento di importi, complessivamente quantificati in € 14.891.254,79.

In particolare, i giudici d'appello hanno sostenuto che gli arbitri avevano esaminato l'eccezione di incompetenza sollevata dai sigg. Burani, per mancata prova da parte di Finwellness della propria legittimazione attiva, al fine sia di far valere i diritti derivanti dal contratto al soggetto «*acquirente*» sia del promuovimento del procedimento arbitrale, rilevando che la clausola di cui all'art.1 del preliminare in oggetto doveva essere intesa (non come contemplante una riserva di nomina a favore dell'acquirente o un'autorizzazione preventiva del venditore alla cessione del contratto) ma come un'ipotesi, frequente nella pratica di vendita di partecipazioni sociali, in cui il contratto di vendita, al di là del *nomen* utilizzato («*preliminare*»), era un contratto definitivo, nel quale i contraenti (i Burani, venditori, e l'Alessandri, compratore) avevano compiutamente espresso la loro volontà contrattuale, che preludeva, non alla stipula successiva di un nuovo contratto («*definitivo*») ma, al compimento di un atto, di mera esecuzione, idoneo a fare seguire, secondo le forme di legge (cfr. art.2022 c.c.), l'effetto del trasferimento delle azioni; su tale piano attuativo, inerente quindi l'intestazione azionaria, rilevavano le distinte posizioni dei soggetti Alessandri e Finwellness (il primo conservava, in linea soltanto mediata, la sostanziale qualità di compratore, la seconda, società dallo stesso controllata, diveniva intestataria e titolare formale delle azioni); di conseguenza, era stata ritenuta, dagli arbitri, infondata l'eccezione dei Burani, di carenza di legittimazione attiva della Finwellness, in quanto quest'ultima era divenuta, con la sottoscrizione e girata delle azioni, destinataria non solo degli effetti traslativi relativi alla titolarità azionaria, ma degli effetti contrattuali, secondo il modello effettuale predisposto nel contratto (indicazione da parte del Neri e procura rilasciata dai Burani

al Dr. Cepelli, con la quale essi avevano conferito il potere di eseguire le girate azionarie a favore di Finwellness).



Ora, premesso che era denunciato un *error in procedendo*, in punto di competenza arbitrale, nell'ambito del quale la Corte di merito non doveva limitarsi ad un controllo della decisione arbitrale nei limiti dei motivi di impugnazione sollevati, la Corte d'appello ha affermato, respingendo i primi due motivi di impugnazione, che non appariva corretta l'affermazione degli arbitri in ordine alla natura meramente esecutiva della girata delle azioni, svincolata da particolari oneri di forma, occorrendo sempre un atto negoziale di designazione da parte dell'Alessandri (intervenuto, nella specie, con comunicazione del 26/7/2007) ed un atto, sempre negoziale, di accettazione da parte di Finwellness (come da documento n. 4, recante sottoscrizione dell'Alessandri e della Finwellness), e che la clausola contrattuale in esame doveva, invece, ritenersi come contemplante chiaramente una riserva di nomina a favore dell'acquirente Alessandri, di «*acquistare le azioni direttamente o attraverso una società controllata*», cui era seguita il 30/7/2007, tramite il procuratore Cepelli designato dai Burani, la girata delle azioni ad opera dei venditori ed il versamento del prezzo di € 13.400.000, venendo quindi ad assumere il terzo designato, la Finwellness, la qualità di parte contraente legittimata ad operare come tale (salvo la possibilità, stante il riferimento nella pattuizione all'art.2359, primo comma, n. 1 c.c., di un'intestazione solo fiduciaria alla Finwellness, priva in ogni caso di rilievo ai fini della legittimazione della stessa); la Finwellness aveva, con comunicazione del 5/6/2019, esercitato il diritto di opzione di vendita, prevista dal contratto, mentre i sig. Burani erano rimasti inadempienti al versamento del corrispettivo pattuito, con conseguente attivazione della domanda di arbitrato da parte della prima; la designazione della società, che doveva subentrare nella titolarità delle azioni, era stata

A handwritten signature or set of initials in the right margin of the page.



effettuata in forma scritta e con comunicazione ai Burani (come risultante dai documenti prodotti in giudizio dalla Finwellness), non rilevando il mancato rispetto delle formalità descritta dall'art.6.9 del contratto, essendo sufficiente, ai fini della prova della cognizione di atti unilaterali, l'esibizione del documento, nonché potendo le parti anche rinunciare alla forma pattuita, al di fuori dei casi di forma legale. La Corte di merito respingeva anche il terzo motivo di gravame, con il quale i Burani deducevano che gli arbitri, scegliendo una terza via (contratto definitivo con efficacia solo obbligatoria), nell'interpretazione del contratto così conclusosi, avessero violato il principio del contraddittorio, ex art.829, comma primo, n. 9, c.p.c., non accordando agli impugnanti un termine per dedurre sulla nuova qualificazione giudica del contratto, rilevando che, anche nel processo ordinario, l'omessa indicazione da parte del giudice alle parti di una questione rilevabile d'ufficio, fondante la decisione, non comporta la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa, in difetto della prospettazione in concreto del pregiudizio subito.

Avverso la suddetta pronuncia, Walter Burani, Giovanni Burani ed Andrea Burani propongono ricorso per cassazione, notificato il 30/10/2017-7/11/2017, affidato ad otto motivi, nei confronti di LQH Société anonyme, già Finwellness S.A. (che resiste con controricorso, notificato il 4/12/2017). Il PG ha depositato conclusioni scritte, chiedendo il rigetto del ricorso. Entrambe le parti hanno depositato memorie.



### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. I ricorrenti lamentano; a) con il primo motivo, la nullità della sentenza, ex art.360 n. 4 c.p.c., per violazione degli artt.827, 829, 830, 329, comma 2, c.p.c. e 2909 c.c., per avere la Corte d'appello pronunciato affermando la originaria potestas iudicandi del Collegio arbitrale, in forza dell'ingresso della Finwellness nel contratto, a titolo

di designato da Nerio Alessandri con comunicazione in data 26/7/2007, laddove tale domanda o questione era stata espressamente rigettata dal lodo, con statuizione non sottoposta ad impugnazione incidentale da parte di Finwellness; b) con il secondo motivo, la violazione o falsa applicazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., dell'art.2704 c.c., primo comma, per avere la Corte d'appello ritenuto provata l'esistenza dell'intervenuta dichiarazione di nomina del terzo da parte di Nerio Alessandri a favore di Finwellness e la contestuale accettazione di quest'ultima, in data 26/7/2007, così come incorporate nel documento n. 4 prodotto da Finwellness nel giudizio arbitrale; c) con il terzo motivo, in subordine al rigetto del secondo, l'omesso esame, ex art.360 n. 5 c.p.c., di fatto decisivo rappresentato dall'inesistenza della prova dell'intervenuta dichiarazione di nomina del terzo da parte di Nerio Alessandri a favore di Finwellness e la contestuale accettazione di quest'ultima, in data 26/7/2007, così come incorporate nel documento n. 4 prodotto da Finwellness nel giudizio arbitrale; d) con il quarto motivo, la violazione o falsa applicazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., degli artt.2727 e 2729 c.c., per avere la Corte d'appello ritenuto provata, per presunzioni, l'esibizione, in data 30/7/2007, da parte di Finwellness all'Ing. Tommaso Cepelli, della scrittura privata contenuta nel documento n. 4 e per avere ritenuto che Finwellness fosse subentrata nel contratto e quindi fosse legittimata ad azionare la clausola compromissoria in esso contenuta, all'art.6.11; e) con il quinto motivo, la violazione o falsa applicazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., dell'art.1352 c.c., per avere la Corte d'appello ritenuto che i sigg. Burani avessero rinunciato, per comportamenti concludenti, alle formalità previste e prescritte dall'art.6.9 del contratto, con riferimento alla comunicazione della nomina del terzo, avendo effettuato la girata delle azioni in favore della Finwellness; f) con il sesto motivo, la violazione, ex art.360 n. 4 c.p.c., dell'art.112



c.p.c., per avere la Corte d'appello omissivo di pronunciare sul secondo motivo di impugnazione del lodo, relativo a «*legittimazione attiva o titolarità del rapporto in capo a Finwellness; violazione del principio del contraddittorio, ex art.829, primo comma, n. 9*» proposto dai sigg. Burani; g) con il settimo motivo, la violazione, ex art.360 n. 4 c.p.c., degli artt.829, primo comma, n. 9 c.p.c., in relazione all'art.816 bis primo comma, terzo periodo, 101, secondo comma, e 183 c.p.c., per avere la Corte d'appello ritenuto che gli impugnanti non avessero dedotto, in concreto, il pregiudizio subito per effetto della lamentata violazione del contraddittorio, con riguardo alla qualificazione ed interpretazione del contratto conclusosi a seguito dell'esercizio del diritto di opzione; h) con l'ottavo motivo, la nullità e/o inesistenza della sentenza, ex art.360 n. 4 c.p.c., per violazione degli artt.132 e 161 c.p.c., recando la stessa, come unica sottoscrizione, quella del Consigliere Dott. Rossella Boiti (Presidente, Relatore ed Estensore) che, alla data di pubblicazione della sentenza (ed a partire dal 5/4/2017), era stata collocata a riposo per sopraggiunti limiti di età.

2. La prima censura è infondata.

Assumono i ricorrenti - venditori delle azioni a favore di Nerio Alessandri o di altro soggetto da lui indicato, e poi acquirenti delle stesse in forza dell'opzione di vendita esercitata dall'acquirente Finwellness - che la decisione arbitrale, nel respingere l'eccezione di difetto di legittimazione attiva della Finwellness, dando rilievo, ai fini del titolo in base al quale essa era subentrata nel contratto in luogo dell'Alessandri, al dato della girata delle azioni in suo favore, evento interamente posto sul piano esecutivo del contratto, aveva, in realtà, respinto la tesi dalla suddetta parte prospettata a fondamento (*causa petendi*) delle domande spiegate, in sede arbitrale, vale a dire di essere stata, tale società, validamente nominata dall'Alessandri, in forza di contratto per persona da nominare, o di essere comunque



cessionaria, ex artt.1402-1404 c.c, del contratto in oggetto, previamente autorizzata, e che, non avendo essa impugnato tale statuizione arbitrale (impugnato solo dai Burani), pur essendosi il lodo concluso in modo a lei favorevole, neppure in via incidentale condizionata, la Corte d'appello, essendo il giudizio di impugnazione del lodo arbitrale, nella fase rescindente, a critica vincolata, stante la preclusione del giudicato, avrebbe dovuto, vista l'erroneità della statuizione del lodo sull'intervenuto ingresso di Finwellness, annullare detto lodo, dichiarando, in accoglimento del primo motivo di impugnazione, il difetto di *potestas iudicandi* degli arbitri.

Di conseguenza, si contesta la riforma operata, in sede di impugnazione del lodo, della decisione degli arbitri sul punto relativo alla girata delle azioni, con l'affermazione, in sentenza, secondo cui la clausola n. 1.2. del contratto era da intendersi come previsione di riserva di nomina ex art. 1401 c.c..

Ora, deve osservarsi che alcuna preclusione da giudicato si poneva in ordine ai presupposti fondanti la legittimazione della Finwellness, atteso che si verteva solo in ambito di diversa qualificazione giuridica di una clausola contrattuale, immutati i fatti.

Va, invero, ribadito il principio secondo cui il giudicato si può formare anche sulla qualificazione giuridica data dal giudice all'azione, quando essa abbia condizionato l'impostazione e la definizione dell'indagine di merito e la parte interessata abbia omesso di proporre specifica impugnazione sul punto (Cass. 34026/2019; Cass. 18427/2013). Questa Corte, da ultimo (Cass. 14077/2018), ha chiarito che *«la modificazione, da parte del giudice di appello, della qualificazione giuridica della domanda operata dal primo giudice è illegittima - per violazione del giudicato interno formatosi in ragione dell'omessa impugnazione sul punto della parte interessata - solo se detta qualificazione abbia condizionato l'impostazione e la definizione*



dell'indagine di merito» (cosicché è stata ritenuta legittima la riqualificazione in termini di ripetizione di indebito, ex art. 2033 c.c., della domanda originariamente qualificata come azione di ingiustificato arricchimento, ex art. 2041 c.c., quando i fatti dedotti in giudizio dalle parti siano rimasti pacificamente acclarati e non modificati; conf. Cass. 18427/2013).

Resta, in sostanza, in particolare, preclusa al giudice una decisione basata, non già sulla diversa qualificazione giuridica del rapporto, ma su diversi elementi materiali.

Nella specie l'impostazione della indagine di merito si è basata sulla stessa ricostruzione dei fatti, ed il giudice dell'impugnazione si è limitato ad una diversa qualificazione giuridica.

3. La seconda doglianza è inammissibile, perché inconferente rispetto al *decisum*.

I ricorrenti lamentano che la data della scrittura privata del 26/7/2007 (doc.to 4), contenente la dichiarazione di nomina del terzo, ex art.1.2 del contratto (contemplante la facoltà per l'acquirente di acquistare le azioni direttamente o tramite società dallo stesso controllata, con sottoscrizione del contratto entro il termine del 30/7/2007, <sup>con la</sup> ~~in sen di~~ accettazione), non fosse certa, come già dagli stessi eccepito sin dal giudizio arbitrale, nei loro confronti, in quanto parti del contratto ma terzi rispetto alla scrittura, e non vi fosse certezza neppure sul suo contenuto negoziale, non essendo stato allegata copia del contratto sottoscritta dalla terza designata Finwellness.

In sostanza, i Burani lamentano che la Corte d'appello abbia ritenuto provata l'esistenza dell'intervenuta dichiarazione di nomina, da parte di Alessandri a favore di Finwellness, e contestuale accettazione di quest'ultima, in data 26 luglio 2007, così come incorporata nel doc. n. 4 prodotto dal Finwellness nel giudizio arbitrale. La Corte sarebbe incorsa nella violazione dell'art. 2704 c.c., avendo ritenuto provato «il

fatto storico della formazione in data 26 luglio 2007 della dichiarazione di nomina e della sua accettazione come oggettivate nel documento n. 4». Per converso, i Burani avrebbero eccepito, fin dal giudizio arbitrale, come «detto documento fosse stato confezionato ad arte per la sua produzione in giudizio, non fosse mai circolarizzato seppure informalmente e fosse quindi fasullo».

Ora, dalla decisione della Corte territoriale, si evince che, in sede di impugnazione del lodo, i Burani avevano contestato la carenza di prova in ordine alla nomina in favore della Finwellness ed ad una valida cessione del contratto, anche sotto il profilo della mancata dimostrazione di una spedizione della comunicazione scritta, di natura recettizia, ai Burani, i quali dichiaravano di non averla mai ricevuta (pag. 20 della sentenza impugnata); gli stessi, come spiega poi la Corte di merito (pag. 24), avevano, nel procedimento arbitrale, non contestato il mancato rispetto delle formalità prescritte nel contratto ma solo genericamente che essi non avessero mai ricevuto tale comunicazione. Tuttavia, la Corte d'appello ha ritenuto provata la conoscenza del documento da parte dei Burani, attraverso uno scambio di mail dal 26-27/7/2007 (in particolare una mail, indirizzata ai Burani del 26/7, «dello stesso tenore letterale di quella di cui al doc.to 4 contenente quindi la designazione della Finwellness S.A. quale acquirente delle azioni ... e l'accettazione della Finwellness - sottoscritta dalla sola Finwellness, e l'allegata copia del contratto preliminare di compravendita, siglato in ogni pagina e sottoscritto dalla Finwellness (sub doc.to 29)», tanto che il rappresentante dei Burani, Cepelli, aveva sollecitato la sottoscrizione della lettera di subentro, di cui era stata trasmessa copia sottoscritta dalla sola Finwellness, anche da parte dell'Alessandri), cui avevano fatto seguito, in data 30/7/2007, la cessione, dai Burani Giovanni ed Andrea alla Finwellness, della nuda proprietà della BPH spa e, da parte di



Burani Walter alla stessa società, dell'usufrutto su azioni (con girate apposte dal procuratore speciale dei Burani, Cepelli), il che consentiva di presumere che la lettera di nomina da parte dell'Alessandri (doc.to 4) fosse conosciuta dai Burani e dai loro rappresentanti prima della girata delle azioni. In sostanza, ad avviso della Corte di merito, essendo stata eseguita la cessione delle azioni «*nella stessa data, negli stessi termini e per lo stesso prezzo previsti nel contratto, in favore della società Finwellness*», doveva presumersi che al Cepelli, rappresentante dei Burani, fosse stata consegnata o quantomeno esibita in originale la lettera contenente la dichiarazione di nomina della stessa.

Ora, in realtà, la doglianza appare incentrata sulla pretesa natura di terzo dei Burani, rispetto alla scrittura del 26 luglio 2007, e sulla mancanza di data certa ex art. 2704 c.c. della stessa.

Sotto tale profilo, la censura è inammissibile perché involge una questione nuova, come argomenta la controricorrente, atteso che – dal passaggio della motivazione trascritto dagli stessi ricorrenti – si evince che i medesimi avevano impugnato il lodo solo sotto il profilo della mancata spedizione e ricezione del doc. 4. La Corte d'appello ne aveva, perciò, tratto la conseguenza che essi non avevano contestato che le dichiarazioni contenute in detto documento rappresentavano l'effettiva *electio amici* effettuata dall'Alessandri.

Per inficiare siffatta statuizione, i ricorrenti deducono, in questa sede, la violazione dell'art. 2704 c.c., che non risulta dedotta nel giudizio di merito precedente. Ebbene, ove una determinata questione giuridica – che implichi un accertamento di fatto – non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che proponga detta questione in sede di legittimità ha l'onere, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, non solo di allegarne l'avvenuta deduzione innanzi al giudice di merito, ma anche



di indicare in quale atto del giudizio precedente vi abbia provveduto, onde dare modo alla Corte di cassazione di controllare "ex actis" la veridicità di tale asserzione prima di esaminare nel merito la questione stessa (Cass., 24/01/2019, n. 2038; Cass., 28/07/2008, n. 20518).

Solo in memoria, inammissibilmente, i ricorrenti sviluppano il contenuto dell'atto di impugnazione dinanzi alla Corte d'appello, deducendo che, in uno stralcio ivi trascritto, essi avrebbero in realtà anche lamentato l'assenza di data certa, oltre alla genuinità, del documento ex adverso prodotto nel giudizio arbitrale.

Il motivo risulta, peraltro, anche infondato, non potendo i Burani considerarsi terzi rispetto alla scrittura del 26 luglio 2007, contenente la *electio amici*, atteso che, nel contratto per persona da nominare, la nomina del terzo dà luogo ad un contratto con effetti diretti fra l'altro contraente (promittente, nella specie i Burani) e il soggetto designato (Finwellness), al quale fa acquisire, con effetto retroattivo, in luogo della parte originaria (stipulante, Alessandri), la qualità di soggetto negoziale (Cass. 14460/2002).

In memoria, i ricorrenti deducono che vi sono due piani, non sovrapponibili, quello delle parti «*della scrittura privata, della cui data si discute, e quello delle parti del contratto, cui la stessa dovrebbe riferirsi*». Ma, in realtà, ciò di cui si discute è l'adempimento della comunicazione della *electio amici* e della sua accettazione, ex art.1402 c.c., sulla base dei termini contrattualmente previsti nel c.d. contratto preliminare, di cui i Burani erano parti.

4. Il terzo motivo è inammissibile.

In via subordinata, al pregresso motivo per violazione di legge, i ricorrenti lamentano che vi sarebbe stata da parte della Corte di merito un omesso esame di fatto decisivo, rappresentato sempre dall'omessa prova dell'intervenuta dichiarazione di nomina da parte dell'Alessandri in data 26/7/2007.



Ma la Corte d'appello, con la motivazione richiamata al precedente paragrafo ha esaminato tutti i fatti, di cui si lamenta l'omesso esame. In seguito alla riformulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., disposta dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 134 del 2012, il sindacato di legittimità sulla motivazione resta circoscritto alla sola verifica della violazione del «*minimo costituzionale*» richiesto dall'art. 111, comma 6, Cost., individuabile nelle ipotesi - che si convertono in violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c. e danno luogo a nullità della sentenza - di «*mancanza della motivazione quale requisito essenziale del provvedimento giurisdizionale*», di «*motivazione apparente*», di «*manifesta ed irriducibile contraddittorietà*» e di «*motivazione perplessa od incomprensibile*», al di fuori delle quali il vizio di motivazione può essere dedotto solo per omesso esame di un «*fatto storico*», che abbia formato oggetto di discussione e che appaia «*decisivo*» ai fini di una diversa soluzione della controversia (Cass. S.U. 8053/2014; Cass. 23940/2017).

Ora, con la proposizione del ricorso per cassazione, il ricorrente non può rimettere in discussione, contrapponendone uno difforme, l'apprezzamento in fatto dei giudici del merito, tratto dall'analisi degli elementi di valutazione disponibili ed in sé coerente, atteso che l'apprezzamento dei fatti e delle prove è sottratto al sindacato di legittimità, dal momento che, nell'ambito di quest'ultimo, non è conferito il potere di riesaminare e valutare il merito della causa, ma solo quello di controllare, sotto il profilo logico formale e della correttezza giuridica, l'esame e la valutazione fatta dal giudice di merito, cui resta riservato di individuare le fonti del proprio convincimento e, all'uopo, di valutare le prove, controllarne attendibilità e concludenza e scegliere, tra le risultanze probatorie,



quelle ritenute idonee a dimostrare i fatti in discussione (Cass. 7921/2011; Cass. 9097/2017; Cass. 29404/2017).

In definitiva, l'omesso, o erroneo, esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie (Cass. Sez. U., 07/04/2014, nn. 8053 e 8054; Cass., 29/10/2018, n. 27415).

Nella specie, non vi è stato omesso esame di un fatto storico, avendo la Corte d'appello proceduto ad una propria valutazione delle risultanze istruttorie, ed in primis alla valutazione della previa conoscenza da parte dei Burani, prima della esecuzione della girata delle azioni, della lettera di subentro del 26/7/2007 della Finwellness all'Alessandri, quanto meno per effetto dell'esibizione al procuratore speciale dei Burani; con il motivo, si vuole sollecitare un nuovo esame delle risultanze fattuali accertate dal giudice di merito.

Inoltre il vizio di insufficiente motivazione non può essere più sindacato dal giudice di legittimità.

Nella specie, la doglianza si incentra, non su un fatto storico specifico, bensì nel presunto errore della Corte territoriale nel valutare le prove assunte (testimoniali, a supporto delle produzioni documentali).

5. Il quarto motivo è del pari inammissibile.

I ricorrenti si dolgono della valutazione operata dalla Corte di merito circa l'avvenuta raggiunta prova per presunzioni della esibizione in data 30/7/2007 da parte di Finwellness al Cepelli, rappresentante dei Burani, della scrittura privata contenuta nel documento 4 (*electio amici*),, in merito al subentro nel contratto della Finwellness con sua conseguente legittimazione ad azionare la clausola compromissoria.

Orbene, in tema di prova presuntiva e di applicazione dell'art.2729 c.c., secondo orientamento di questo giudice di legittimità (Cass.

2944/1978), il giudice di merito, nella valutazione degli elementi indiziari e presuntivi posti a base del suo convincimento, esercita un potere discrezionale consistente nella scelta degli elementi ritenuti più attendibili e nella valutazione della loro gravità e concludenza, cosicché nella formazione di tale suo convincimento egli non incontra altro limite che l'esigenza di applicare i principi operativi nella materia delle presunzioni, deducendo univocamente il fatto ignoto dai fatti noti attraverso un procedimento logico fondato sul criterio dell' *id quod plerumque accidit*, e tale apprezzamento dei fatti, se correttamente motivato, si sottrae al sindacato di legittimità.

Sempre, in tema di prova per presunzioni, si è affermato che è censurabile in sede di legittimità la decisione in cui il giudice si sia limitato a negare valore indiziario agli elementi acquisiti in giudizio senza accertare se essi, quand'anche singolarmente sforniti di valenza indiziaria, non fossero in grado di acquisirla ove valutati nella loro sintesi, nel senso che ognuno avrebbe potuto rafforzare e trarre vigore dall'altro in un rapporto di vicendevolesse completamento (conf. Cass. 9059/2018; Cass. 10973/2017).

Resta dunque fermo il principio per cui è incensurabile in sede di legittimità l'apprezzamento del giudice del merito circa la valutazione della ricorrenza dei requisiti di precisione, gravità e concordanza richiesti dalla legge per valorizzare elementi di fatto come fonti di presunzione, sempre che la motivazione adottata appaia congrua dal punto di vista logico, immune da errori di diritto e rispettosa dei principi che regolano la prova per presunzioni (Cass. 1216/2006; Cass. 15219/2007; Cass. 656/2014; Cass. 1792/2017, che ha affermato come il risultato dell' accertamento in merito alla valida prova presuntiva, se adeguatamente e coerentemente motivato, «*si sottrae al sindacato di legittimità, che è invece ammissibile quando nella motivazione siano stati pretermessi, senza darne ragione, uno o*



*più fattori aventi, per condivisibili massime di esperienza, una oggettiva portata indiziante»*; Cass. 19987/2018; Cass. 1234/2019, ove si è ribadito che il sindacato del giudice di legittimità circoscritto alla verifica della tenuta della relativa motivazione, nei limiti segnati dall'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.).

Nel giudizio di cassazione, quindi, la censura per vizio di motivazione in ordine all'utilizzo o meno del ragionamento presuntivo non può limitarsi ad affermare un convincimento diverso da quello espresso dal giudice di merito, ma deve fare emergere l'assoluta illogicità e contraddittorietà del ragionamento decisorio, restando peraltro escluso che la sola mancata valutazione di un elemento indiziario possa dare luogo al vizio di omesso esame di un punto decisivo (Cass. 5279/2020; Cass. 15737/2003).

Tanto precisato, nella specie, la Corte d'appello ha motivatamente valorizzato sia lo scambio di mail con documenti allegati, intervenuto tra le stesse, sia il dato rappresentato dal trasferimento delle azioni dei Burani nella stessa data, allo stesso prezzo e per lo stesso numero di azioni menzionate nel contratto, cosicché il relativo apprezzamento di merito risulta incensurabile in sede di legittimità.

Nè i ricorrenti indicano alcun fatto decisivo il cui esame sia stato omesso, bensì propongono inammissibilmente una diversa lettura della prova documentale rispetto a quella, non implausibile, esposta nella sentenza impugnata, diversa lettura che, peraltro, attenendo ad uno solo degli elementi indiziari complessivamente valutati dal giudice di merito, non sarebbe comunque idonea di per sé ad invalidare tale valutazione complessiva.

Nella specie, il motivo contiene, per l'appunto, una serie di valutazioni di merito – fondate sui documenti allegati agli atti – finalizzate ad una diversa decisione rispetto a quella impugnata, inammissibile in questa sede.



6. Il quinto motivo è infondato.

I ricorrenti contestano la valutazione operata dalla Corte di merito in ordine al fatto che i Burani avessero rinunciato, per comportamenti concludenti, avendo effettuato la girata delle azioni a favore di Finwellness, alle formalità previste nel contratto, all'art. 6.9, vale a dire la tempestiva dichiarazione di nomina del terzo e la sua relativa accettazione, fatta per iscritto, nelle forme contrattualmente previste ed entro il 30/7/2007. La Corte territoriale – violando l'art. 1352 c.c. – ha individuato una serie di comportamenti concludenti, *«dai quali far discendere la rinuncia agli stringenti oneri formali previsti dal contratto»*, come il fatto stesso che i Burani avessero dato esecuzione alle obbligazioni assunte, effettuando la girata delle azioni alla società subentrante.

Ora questa Corte ha da tempo chiarito che *«le parti che abbiano convenuto l'adozione della forma scritta per un determinato atto, nella loro autonomia negoziale possono successivamente rinunciare al succitato requisito, anche tacitamente, mediante comportamenti incompatibili con il suo mantenimento, costituendo la valutazione in ordine alla sussistenza o meno di una rinuncia tacita un apprezzamento di fatto riservato al giudice del merito, incensurabile in sede di legittimità, qualora sia sorretto da una motivazione immune da vizi logici, coerente e congruente»*( Cass. 13277/2000; Cass. 12344/2003; Cass.4541/2012; Cass. 11124/2013; Cass. 4539/2019). La sentenza ha fatto coerente applicazione di tali principi di diritto.

7. Il sesto motivo è infondato.

Il ricorrenti denunciano un vizio di omessa pronuncia su motivo di appello, per avere la Corte territoriale omesso di pronunciare sul secondo motivo di impugnazione del lodo, relativo a *«legittimazione attiva o titolarità del rapporto in capo a Finwellness; violazione del principio del contraddittorio, ex art.829, primo comma, n. 9»* proposto



dai sigg. Burani; gli arbitri, in ordine alla designazione di Fnwellness, da parte di Alessandri, tra le opposte tesi delle parti (riserva di nomina, autorizzazione preventiva alla cessione del contratto) avrebbero scelto una terza via (girata delle azioni), senza instaurare un contraddittorio tra le parti sul punto.

In effetti, la Corte di merito si è pronunciata, in relazione al terzo motivo di impugnazione (non al secondo) sulla doglianza in ordine alla violazione del principio del contraddittorio, per non avere gli arbitri accordato ai Burani un termine per dedurre sulla nuova qualificazione giudica del contratto (in termini diversi da una riserva di nomina o di autorizzazione preventiva alla cessione del contratto), rilevando che, anche nel processo ordinario, l'omessa indicazione da parte del giudice alle parti di una questione rilevabile d'ufficio, fondante la decisione, non comporta la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa, in difetto della prospettazione in concreto del pregiudizio subito. Quindi la Corte di merito ha respinto la censura, oggetto del terzo motivo, perché generica richiesta di astratta tutela della correttezza processuale.

Ora, la violazione del contraddittorio era pure dedotta nel secondo motivo di impugnazione del lodo, ma, per quanto emerge, sempre, tuttavia, in relazione ad identico profilo (mancata instaurazione del contraddittorio sulla terza via prescelta dagli arbitri).

Ma, in ogni caso, il motivo – così come formulato (violazione art. 112 c.p.c.) – è inammissibile. Il mancato esame da parte del giudice di una questione puramente processuale non è, invero, suscettibile di dar luogo al vizio di omissione di pronuncia, il quale si configura esclusivamente nel caso di mancato esame di domande od eccezioni di merito, ma può configurare un vizio della decisione per violazione di norme diverse dall'art. 112 c.p.c. (Cass., 12/01/2016, n. 321; Cass., 06/12/2004, n. 22860). Di più, la denuncia di vizi fondati sulla



pretesa violazione di norme processuali e dei «*principi regolatori del giusto processo*» (art. 111, primo comma, Cost.) non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della denunciata violazione. Ne consegue che è inammissibile l'impugnazione con la quale si lamenti un mero vizio del processo, senza prospettare anche le ragioni per le quali l'erronea applicazione della regola processuale abbia comportato, per la parte, una lesione del diritto di difesa o altro pregiudizio per la decisione di merito (Cass., 19/03/2014, n. 6330; Cass., 18/12/2014, n. 26831; Cass., 21/11/2016, n. 23638; Cass., 26/09/2017, n. 22341).

E sul punto – come rilevato dalla controricorrente – il motivo è del tutto generico.

8. Il settimo motivo è inammissibile.

Sempre in relazione al vizio di nullità del lodo arbitrale per violazione del principio del contraddittorio, i ricorrenti invocano un vizio di violazione di legge per avere la Corte d'appello ritenuto che gli impugnanti non avessero dedotto in concreto il pregiudizio subito per effetto della lamentata violazione e ripropongono la questione della natura del contratto che gli arbitri, con decisione di «*terza via*», avevano qualificato come definitivo ad effetti obbligatori.

Questa Corte ha affermato (Cass. 18600/2020; Cass. 2201/2007) che «*in tema di giudizio arbitrale, la questione della violazione del contraddittorio deve essere esaminata non sotto il profilo formale ma nell'ambito di una ricerca volta all'accertamento di una effettiva lesione della possibilità di dedurre e contraddire, onde verificare se l'atto abbia egualmente raggiunto lo scopo di instaurare un regolare contraddittorio e se, comunque, l'inosservanza non abbia causato pregiudizio alla parte; ne consegue che la nullità del lodo e del procedimento devono essere dichiarate solo ove nell'impugnazione,*

*alla denuncia del vizio idoneo a determinarle, segua l'indicazione dello specifico pregiudizio che esso abbia arrecato al diritto di difesa».*

Nella specie, la Corte d'appello ha rilevato, in fatto, che i Burani non hanno indicato le attività che avrebbero compiuto, se informate della decisione sul punto dal collegio arbitrale. Ora, ancora in questa sede, i ricorrenti si limitano a lamentare che essi avrebbero dimostrato «*con altre prove*» come l'intenzione dei contraenti non corrispondeva a quella ricostruita dagli arbitri. Il motivo difetta dunque di autosufficienza.

In ogni caso, trattandosi di questione di puro diritto (la qualificazione ed interpretazione giuridica di una clausola contrattuale), va ribadito il principio, elaborato per il giudizio ordinario e tanto più operante per quello arbitrale, secondo il quale «*nel caso in cui il giudice esamini d'ufficio una questione di puro diritto, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione (c.d. terza via), non sussiste la nullità della sentenza, in quanto (indiscussa la violazione deontologica da parte del giudicante) da tale omissione non deriva la consumazione di altro vizio processuale diverso dall'"error iuris in iudicando" ovvero dall'"error in iudicando de iure procedendi", la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato: qualora invece si tratti di questioni di fatto, ovvero miste di fatto e di diritto, la parte soccombente può dolersi della decisione, sostenendo che la violazione di quel dovere di indicazione ha vulnerato la facoltà di chiedere prove o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini, con la conseguenza che, ove si tratti di sentenza di primo grado appellabile, potrà proporsi specifico motivo di appello solo al fine di rimuovere alcune preclusioni (specie in materia di contro-eccezione o di prove non indispensabili), senza necessità di giungere alla più radicale soluzione della rimessione*



*in primo grado, salva la prova, in casi ben specifici e determinati, che sia stato realmente ed irrimediabilmente vulnerato lo stesso valore del contraddittorio» (Cass. SU 20935/2009; Cass. 8936/2013; Cass. 2984/2016; Cass. 17473/2018).*

La decisione della Corte di merito risulta del tutto conforme a tale principio di diritto.

9. L'ottavo motivo è infondato.

Questa Corte ha da tempo chiarito che *«l'accertamento della sussistenza in capo al magistrato della "potestas iudicandi", che lo legittima all'adozione di un provvedimento giurisdizionale, va compiuto al momento della deliberazione della decisione, e non a quello del deposito della minuta, in quanto la decisione è "presa" quando si delibera in camera di consiglio, mentre le successive fasi dell'"iter" formativo dell'atto (e cioè la stesura della motivazione, la sua sottoscrizione e la pubblicazione) non incidono sulla sostanza della pronuncia. Pertanto, ai fini dell'esistenza, validità ed efficacia della sentenza, è irrilevante che, dopo la decisione, uno dei componenti di un organo collegiale venga collocato fuori ruolo o a riposo» (Cass. 5227/1993; Cass. 7269/2012; Cass. 23423/2014).* Inconferente è il richiamo al precedente delle Sezioni Unite di questa Corte del 2015, che attiene al diverso aspetto della scissione tra i momenti di deposito e pubblicazione della sentenza per effetto dell'apposizione in calce alla sentenza di primo grado di due diverse date.

Al momento della deliberazione in camera di consiglio, la Dott.ssa Boiti, Presidente estensore esercitava le funzioni giurisdizionali, essendo stata collocata a riposo per sopraggiunti limiti di età solo nell'aprile 2017.

10. Per tutto quanto sopra esposto, va respinto il ricorso.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

La Corte respinge il ricorso; condanna i ricorrenti, in solido, al rimborso delle spese processuali del presente giudizio di legittimità, liquidate in complessivi € 40.000,00, a titolo di compensi, oltre € 200,00 per esborsi, nonché al rimborso forfetario delle spese generali, nella misura del 15%, ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art.13, comma 1 quater del DPR 115/2002, dà atto della ricorrenza dei presupposti processuali per il versamento da parte dei ricorrenti dell'importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, ove dovuto, a norma del comma 1 bis dello stesso art.13.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del ~~24~~ giugno 2021.



A handwritten signature in black ink is located on the right side of the page, overlapping the text of the second paragraph. The signature is cursive and appears to be the name 'Illa'.

Arbitrato in Italia