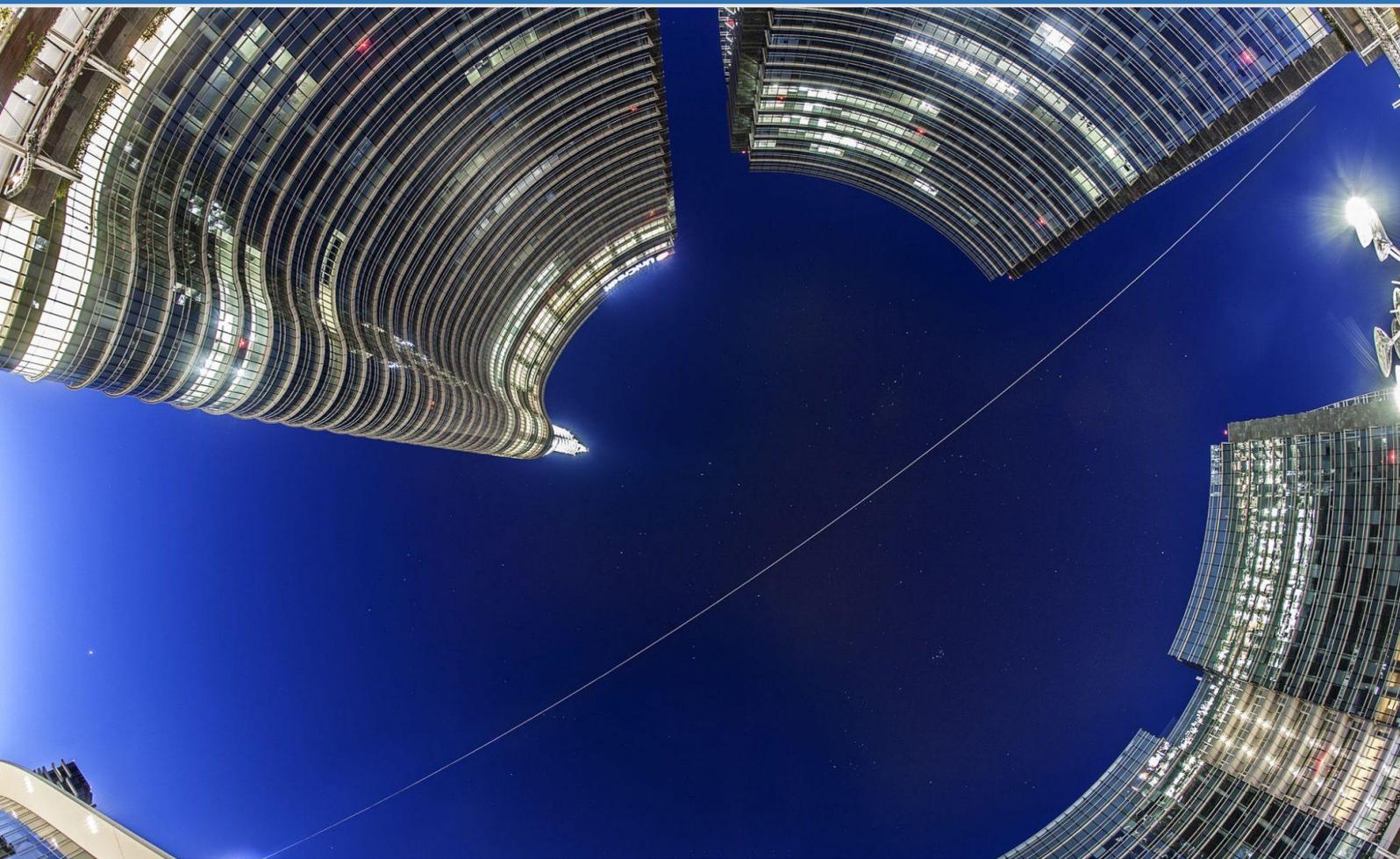


Vol. 7 (2022)



Arbitrato in Italia

Notizie sull'arbitrato domestico e
internazionale in Italia

Vol. 7 (2022)

Arbitrato in Italia

Notizie sull'arbitrato internazionale e
domestico in Italia

Comitato di redazione

Avv. Roberto Oliva (general editor)
Prof. Nicola Rizzo (deputy general editor)
Avv. Maurizio Di Rocco (editor)
Dott. Giovanni Pometti (editor)
Avv. Thalín Zarmanian (editor)

Pubblicato nel luglio 2025 da
Arbitration in Italy Ltd
61 Bridge Street
HR5 3DJ Kington
United Kingdom

INDICE

Editoriale	3
Una particolare questione in tema di conclusione del patto arbitrale Cass., Sez. VI Civ., 28 gennaio 2022, n. 2666	4
Arbitrato e decreto ingiuntivo Trib. Vicenza, 27 giugno 2022, n. 1101	9
Eccezione di compromesso e onere delle spese? Trib. Milano, 23 giugno 2022, n. 5606 C. App. Milano, 24 giugno 2022, n. 2230	13
Le vie parallele Trib. Milano, 23 giugno 2022, n. 5606	19
Un caso di riconoscimento di loro straniero in Turchia: ordine di esibizione v. riservatezza	25
Il trattato bilaterale di investimento (BIT) tra Italia e Turchia	29
Sanzioni e arbitrabilità	33
Impugnazione della delibera assembleare per nullità e compromettibilità in arbitri Trib. Milano, 26 ottobre 2022, n. 8411	39
Notifica del lodo C. App. Milano, 4 novembre 2022, n. 3466	44

Editoriale

di Roberto Oliva

Il 2022 è stato un anno particolarmente interessante per chi, in Italia, si occupa di arbitrato.

Innanzitutto, nel 2022 è stata approvata la riforma del processo civile, che riguarda anche il diritto dell'arbitrato, e che entrerà in vigore il 1° marzo 2023. Si tratta della prima riforma significativa dopo quella approvata nel 2006. Vale la pena notare subito che:

la legge italiana imporrà agli arbitri nominati specifici obblighi di disclosure. L'influenza delle best practice internazionali è evidente e l'adempimento di tali doveri eviterà probabilmente il verificarsi di eventi come quelli discussi nella causa BEG v. Italia, e l'Italia esce finalmente dal ristretto club delle giurisdizioni che non consentono agli arbitri di emettere provvedimenti cautelari.

In secondo luogo, i professionisti italiani hanno dovuto rispolverare vecchi precedenti sull'arbitrabilità delle controversie che coinvolgono una parte colpita dalle sanzioni. I tribunali italiani si sono occupati della questione in relazione alle sanzioni contro alcune entità irachene; gli stessi principi si applicheranno probabilmente alle entità russe sanzionate.

In terzo luogo e infine, l'arbitrato amministrato italiano è in forte espansione. È ancora lontano il momento in cui gli arbitrati amministrati in Italia supereranno i procedimenti ad hoc. Tuttavia, le istituzioni arbitrali italiane, in particolare la principale (la Camera Arbitrale di Milano), hanno contribuito in modo significativo a delineare il panorama

*
**

Una particolare questione in tema di conclusione del patto arbitrale

Cass., Sez. VI Civ., 28 gennaio 2022, n. 2666

[OMISSIS]

è sicuramente consolidato il principio, più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui la produzione in giudizio, ad opera della parte che non l'aveva sottoscritta, di una scrittura privata, costituisce equipollente della mancata sottoscrizione contestuale e perciò perfeziona, sul piano sostanziale o su quello probatorio, il contratto in essa contenuto (Cass. 15/05/1998, n. 4905; Cass. 11/03/2000, n. 2826; Cass. 22/01/2018, n. 1525); né, come evidenziato dal P.G., il ricordato principio è posto in discussione dalla ricorrente; tuttavia, va sottolineato che quel principio è delimitato e definito in relazione a due precisazioni essenziali: 1) il riconoscimento tacito per via di produzione in giudizio opera ex nunc (Cass., n. 1525/2018 cit.; v. anche Cass. 3/01/2017, n. 36; Cass. 24/03/2016 n. 5919); 2) la produzione del documento non potrebbe valere a costituire il consenso se non in relazione all'intenzione del soggetto che ne effettua la produzione di «farlo valere», ossia - come più precisamente affermato in giurisprudenza - di versarlo in causa «con il dichiarato intento di avvalersi del contenuto negoziale di esso nei confronti del suo autore» (Cass. 1/12/1992, n. 12819; Cass. 23/12/2004, n. 23966);

alla luce di queste due condizioni, non può ritenersi che con la produzione in giudizio dei contratti, allegati chiaramente quale fonte delle obbligazioni reciproche e quale base giuridica della pretesa del corrispettivo rimasto inadempito, la DMO abbia manifestato anche l'intento di avvalersi della clausola compromissoria, che detta parte espressamente nega, evidenziandosi che tale parte ha adito il giudice ordinario e non si è, invece, rivolta agli arbitri; come rilevato dal P.G., risulta del tutto contrario al principio di razionalità considerare, nella specie, la produzione in giudizio, che è effettuata per sorreggere presso il giudice ordinario la pretesa materiale, come volontà di riconoscimento della clausola arbitrale, che negherebbe, simultaneamente, la stessa proposizione della domanda presso il giudice; né vale il richiamo, operato dalla Bolognetta s.c.p.a. a supporto della giustezza della decisione impugnata in questa sede, al principio espresso dall'ordinanza Cass.,24/03/2015, n. 5906, così ufficialmente massimato: «La ratifica dell'operato del rappresentante senza potere ex art. 1399 cod. civ. si estende all'intero contratto, comprese le clausole vessatorie (nella specie, di deroga alla competenza per territorio), non potendosi scindere arbitrariamente il contenuto della ratifica, ipotizzandone l'operatività per certe clausole e non per altre»;

ed invero, pur se tale principio è sicuramente condivisibile, in quanto nega l'arbitraria separazione interna al negozio e, quindi, che la parte possa ad libitum stabilire quali parti fare valere presso il giudice e quali no, va tuttavia sottolineato che il caso di specie è del tutto diverso da quello esaminato da Cass. n. 5906/2015, che riguardava la non scindibilità di una clausola sulla competenza territoriale, quindi di una pattuizione sul versante processuale del programma contrattuale che però non metteva in discussione la competenza della giurisdizione ordinaria adita;

nel caso all'esame la questione concerne la clausola compromissoria, la quale - dopo la riforma del 2006 - configura una questione "di competenza", in quanto stabilire se una controversia spetti alla cognizione degli arbitri rituali o del giudice ordinario definisce appunto una questione di competenza (Cass., ord., 7/10/2020 n. 21530; v. anche Cass., ord., 28/05/2019, n. 14476), dal che discende la già affermata ammissibilità del presente regolamento; tuttavia, ciò non comporta l'eliminazione di ogni distinzione tra giudice e arbitro, evidenziandosi che il compromesso in arbitri esprime la rinuncia alla giurisdizione ordinaria e alla possibilità di proporre la domanda presso quest'ultima, ed anzi tale clausola preconstituisce, in caso di conflitto tra i contraenti, un percorso alternativo e non sostituibile di risoluzione fuori del processo civile comune;

alla stregua delle considerazioni che precedono, l'argomento per cui il contratto non può essere scisso al suo interno, se è valido per ogni tipo di clausola sostanziale o sulla competenza comune, non può, come pure rilevato dal P.G., operare con riferimento alla clausola compromissoria per arbitrato rituale, la cui validità e la cui riferibilità al conflitto tra le parti deve costituire oggetto di disamina;

anche il secondo motivo è fondato;

tenuto conto di quanto precede, non può condividersi l'affermazione del Tribunale secondo cui l'aver prodotto i contratti in giudizio (con il monitorio) equivale a ratificare la competenza arbitrale contenuta in clausole dei contratti stessi e va, invece, ribadito in questa sede il principio espresso dalla risalente ma mai contraddetta pronuncia di Cass. 15/06/1979, n. 3373, secondo cui «La produzione in giudizio da parte dell'attore di un documento contrattuale sottoscritto solo dal convenuto, per invocarne la esecuzione, vale a sanare la mancanza della sottoscrizione di esso attore, in quanto integra un'inequivoca manifestazione di volontà di avvalersi del negozio documentato dalla scrittura incompleta, ma non può surrogare, in ipotesi di contratto per adesione, la mancanza del requisito della specifica approvazione per iscritto, necessario all'efficacia di clausole vessatorie od onerose (art. 1341, secondo comma, cod. civ), e, pertanto, non può consentire al convenuto di fondare un'eccezione d'incompetenza, per compromesso in arbitri, sulla clausola compromissoria contenuta nel documento stesso, ma non specificamente sottoscritta»;

alla luce di tale principio, viene meno il secondo fondamento della decisione impugnata con il regolamento, ossia quello della specifica approvazione della clausola vessatoria, soggetta al requisito di forma a pena di nullità;

nella specie, manca tale specificità, non potendo essere surrogata dal richiamo per sintesi valorizzato, invece, dal Tribunale; al riguardo si osserva che secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità va negata in generale la possibilità del richiamo "in blocco" delle clausole contrattuali (v. Cass., ord., 12/10/2016, n. 20606, secondo cui l'esigenza di specificità e separatezza imposta dall'art. 1341 c.c. non è soddisfatta mediante il richiamo cumulativo numerico e la sottoscrizione indiscriminata di tutte o di gran parte

delle condizioni generali di contratto, solo alcune delle quali siano vessatorie, atteso che la norma richiede, oltre alla sottoscrizione separata, la scelta di una tecnica redazionale idonea a suscitare l'attenzione del contraente debole sul significato delle clausole, a lui sfavorevoli, comprese tra quelle specificamente approvate; v. Cass., ord, 9/07/2018, n. 17939, che ammette il richiamo numerico in unica sottoscrizione purché associato a una indicazione pur sintetica del contenuto delle clausole; in senso conforme v. Cass., ord., 11/11/2015, n. 22984); va sottolineato che, sottesa alla necessità di approvazione specifica prescritta dall'art. 1341, secondo comma, cod. civ. ("specificatamente", dice la disposizione), c'è l'esigenza di attirare l'attenzione del contraente sui contenuti gravosi del rapporto e tale esigenza risulta particolarmente pressante nella specie, alla stregua dell'ambiguità della clausola n. 15 in questione con la quale, contemporaneamente, si prevede la competenza arbitrale e si individua un foro esclusivo convenzionale, con due enunciati in potenziale contraddizione tra di loro e sintetizzata con la dicitura poco chiara e foriera di equivoci "Risoluzione delle controversie e Foro convenzionale", sicché effettivamente la clausola non risulta richiamata in modo idoneo;

va pure rilevato che non può condividersi l'assunto della società resistente, che ha contestato in questa sede la struttura contrattuale "per adesione", mirando, in tal modo, all'evidenza, a fare cadere nel presupposto la questione appena considerata e ciò non soltanto perché nulla di concreto è dedotto circa le ipotetiche trattative che avrebbero accompagnato la formazione del testo contrattuale, ma anche perché l'inquadramento delle due pattuizioni nello schema dell'art. 1341 cod. civ. è frutto di espressa statuizione del giudice di merito, il quale individua le clausole n. 15 in parola «fra le condizioni generali predisposte da Bolognetta s.c.p.a.» (v. sentenza impugnata, pag. 2)

[OMISSIS]

Il commento di Luigi Capucci

Una recente pronuncia della Suprema Corte affronta il tema della conclusione del patto arbitrale, tuttavia giungendo a conclusioni non condivisibili per più ragioni, che sinteticamente si espongono.

La vicenda prende origine dall'opposizione a un decreto ingiuntivo emesso sulla base di un contratto di noleggio che conteneva una clausola compromissoria. Il Tribunale aveva accolto l'eccezione di propria incompetenza in favore del Tribunale arbitrale in ragione della presenza della suddetta clausola, ritenendola approvata dal dipendente della società creditrice, ancorché non ne fosse il legale rappresentante. La ragione risiedeva nel fatto che il contratto era stato in ogni caso eseguito e ne veniva richiesto l'adempimento.

L'ordinanza conclude in maniera opposta al Tribunale, seguendo un percorso argomentativo che non convince.

In estrema sintesi, secondo la Corte, il fatto di rivolgersi al Tribunale ordinario urterebbe contro la volontà della parte di avvalersi della clausola arbitrale, il che porterebbe ad affermare che questa non può considerarsi riconosciuta tacitamente per il solo fatto di chiedere l'esecuzione del contratto nel quale è

contenuta. In altri termini, si vorrebbe che il contratto azionato venga accettato per la sola parte che interessa all'attore, cioè limitatamente all'obbligo di ottenere il corrispettivo maturato, trascurando le ulteriori obbligazioni assunte.

Per la Corte, "l'argomento per cui il contratto non può essere scisso al suo interno, se è valido per ogni tipo di clausola sostanziale o sulla competenza comune, non può, come rilevato dal P.G., operare con riferimento alla clausola compromissoria per arbitrato rituale, la cui validità e la cui riferibilità al conflitto tra le parti deve essere oggetto di disamina".

La Corte, pur ammettendo in linea di principio che la ripartizione fra arbitri e Giudici ordinari debba essere assimilata ad una questione di competenza, facendo peraltro riferimento a recenti decisioni, conclude che in caso di clausola arbitrale non valgono le regole applicabili alle questioni in materia di competenza territoriale, come invece si era sempre ritenuto. A dire della Corte, "ciò non comporta l'eliminazione di ogni distinzione tra giudice ed arbitro, evidenziandosi che il compromesso in arbitri esprime la rinuncia alla giurisdizione ordinaria e alla possibilità di proporre la domanda presso quest'ultima, ed anzi tale clausola precostituisce, in caso di conflitto fra contraenti, un percorso alternativo e non sostituibile di risoluzione fuori del processo civile" e, pertanto, la questione della competenza arbitrale debba essere giudicata in maniera diversa dalla competenza ordinaria.

Appare evidente la contraddittorietà del ragionamento seguito dalla Corte, nel senso che, prima afferma di essere in presenza di una questione di competenza, per cui il ricorso è ammissibile, poi conclude dicendo che la questione della validità e riferibilità della clausola arbitrale deve costituire oggetto di disamina, lasciando intendere che si tratta di una questione diversa dal mero accertamento di chi debba essere ritenuto competente sulla base della clausola invocata. E la disamina spetterebbe al Giudice ordinario, visto che a questo si rinvia.

La conclusione coerente con il ragionamento avrebbe dovuto invece portare al mantenimento della competenza arbitrale, lasciando agli arbitri di decidere in merito alla loro effettiva competenza, sulla base del noto principio della *Kompetenz-Kompetenz*, in forza del quale questi avrebbero potuto e dovuto esprimersi in merito alla validità della clausola che attribuiva loro il potere di decidere della controversia. Infatti, la clausola arbitrale doveva ritenersi valida ed efficace in quanto lo era il contratto azionato, del quale costituiva un elemento imprescindibile. Una diversa conclusione porterebbe ad ammettere la possibilità della modifica unilaterale del contenuto di un contratto, dal momento che lascerebbe all'attore la scelta di quali parti di questo ritenere effettivamente vincolanti.

Viene spontanea una domanda: cosa succede se il Giudice del rinvio ritiene che vi era una valida clausola arbitrale? Rimette in discussione la competenza già definita dalla Corte?

Altro punto non condivisibile, questo relativo al secondo motivo di cassazione, riguarda le considerazioni proposte in tema di approvazione espressa delle clausole vessatorie, in particolare della clausola arbitrale: la Cassazione ci aveva abituati a ritenerle approvate quando il contratto veniva prodotto per richiederne l'esecuzione (ex plurimis Cass., Sez. II Civ., 22 gennaio 2018, n. 1525), mentre

questa ordinanza, facendo riferimento ad un precedente risalente nel tempo (Cass., Sez. I Civ., 15 giugno 1979, n. 3373), conclude in maniera opposta, sostenendo che la produzione del contratto non avrebbe soddisfatto il requisito della specifica approvazione della clausola compromissoria.

Anche sotto questo profilo la decisione non appare convincente, in quanto non si riesce a comprendere il perché del trattamento differenziato di cui dovrebbe beneficiare la clausola arbitrale rispetto alle altre clausole vessatorie. Non aiuta certamente a risolvere il dubbio il successivo approfondimento in merito alla approvazione delle clausole in blocco, che appare essere argomento diverso e non conferente: infatti, nei precedenti richiamati, la supposta approvazione in blocco mediante produzione in giudizio del contratto superava la questione della redazione del testo contrattuale, in quanto l'approvazione era data per scontata a prescindere dalla effettività del richiamo corretto alle singole clausole, previsto all'art. 1341 cod. civ.

**

Arbitrato e decreto ingiuntivo

Trib. Vicenza, 27 giugno 2022, n. 1101

[OMISSIS]

Parte opponente assume l'invalidità del provvedimento monitorio invocando una clausola di arbitrato irrituale, ma a fronte di un pagamento che in realtà neppure contesta, tanto che non si comprende di cosa dovrebbe essere investita la fase dell'arbitrato irrituale (a cui chiede venga eventualmente rimessa la "controversia").

Non è contestata l'esecuzione dei lavori, e l'emissione delle fatture risulta avvenuta sulla base dell'autorizzazione ad emetterle da parte di Frimat (docc. 4/5 opposta).

La contestazione di merito è invero di puro stile, posto che l'opponente (cfr. pag. 5 atto di citazione) chiosa "...Scrupolo difensivo impone di contestare anche nel merito la pretesa creditoria ex adverso azionata in quanto infondata e bisognosa di prova circa la realtà delle prestazioni realizzate".

In detto contesto, una pronuncia formale declinatoria della competenza e/o della procedibilità della pretesa di pagamento sarebbe irragionevolmente dannosa per la parte che ha ragione, esponendo la stessa ad obiezioni speciose e solo dilatorie.

Tanto più che, secondo la giurisprudenza di legittimità (tra le altre, Cassazione civile, sez. I, 28/07/1999, n. 8166) "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")...".

Un'interpretazione delle norme costituzionalmente orientata (ispirata al canone del giusto processo e della sua ragionevole durata: art. 111 Cost.) impone quindi di evitare che l'introduzione di criteri di giustizia non statale ma privata (specie ove all'evidenza voluti dalla parte "forte") possa tradursi in null'altro che in un esito (dilatorio) di denegata giustizia.

L'opposizione dunque deve essere rigettata ed il decreto ingiuntivo confermato appieno.

[OMISSIS]

Il commento
di Roberto Oliva

1. Introduzione

La recente pronuncia del Tribunale di Vicenza in commento, resa all'esito di un procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, appare di grande interesse, in considerazione dell'inedita conclusione cui è arrivato il Giudice statale.

La vicenda processuale è tutto sommato semplice.

Una parte, affermandosi creditrice dell'altra, ha richiesto e ottenuto dal Tribunale di Vicenza un decreto ingiuntivo.

Senonché, il contratto che rappresentava la fonte del credito fatto valere in via monitoria conteneva una clausola compromissoria.

Il debitore ha quindi proposto opposizione ed eccepito l'incompetenza del Giudice statale, per essere competenti gli arbitri (o meglio, l'improponibilità della domanda, dato che quello pattuito era un arbitrato irrituale).

2. La decisione del Tribunale

Secondo costante giurisprudenza, l'esistenza di una clausola compromissoria non esclude la competenza del Giudice statale ad emettere un decreto ingiuntivo. Tuttavia, se l'ingiunto propone opposizione ed eccepisce l'incompetenza del Giudice statale per essere la controversia deferita ad arbitri rituali (o l'improponibilità della domanda, ove invece la controversia sia deferita ad arbitri irrituali), il Giudice dell'opposizione deve revocare il decreto ingiuntivo.

Prendendo le mosse da questo orientamento giurisprudenziale, il Giudice vicentino compie un passo in avanti. Rileva infatti che la revoca del decreto ingiuntivo, in ragione della pattuita competenza arbitrale, in tanto può essere disposta, in quanto sussista una effettiva controversia tra le parti, ossia una contestazione del credito fatto valere in via monitoria. In caso contrario, la revoca del provvedimento monitorio si risolverebbe nell'attuazione (con l'intermediazione del Giudice) di una tattica dilatoria.

Nel caso di specie, poiché il credito fatto valere era stato contestato dal preteso debitore in termini estremamente generici, il Tribunale ha respinto l'eccezione: in altri termini, ha ritenuto che non vi fosse alcuna controversia, e che dunque nessuna vicenda litigiosa potesse (e pertanto dovesse) essere devoluta alla cognizione arbitrale.

Si tratta di un approdo, per quanto consta, del tutto inedito nel nostro ordinamento: a fronte di un'eccezione di compromesso svolta nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, il Giudice statale revoca il provvedimento monitorio, e al più può discutersi se questa revoca debba essere inevitabilmente accompagnata dalla condanna del preteso creditore a sopportare le spese di lite, o se è invece possibile (e in alcuni casi financo opportuna) una loro compensazione, nonostante la stringente formulazione dell'art. 92 cod. proc. civ.

3. Cenni di diritto comparato

I principi che hanno informato la decisione del Tribunale di Vicenza non sono sconosciuti alla comunità arbitrale, almeno in ordinamenti diversi dal nostro.

Ad esempio, a Singapore l'Arbitration Act 2001 (che si applica ai soli arbitrati domestici) prevede, in sintesi, che il Giudice statale adito da una parte possa sospendere il procedimento ⁽¹⁾, a fronte di un'eccezione di compromesso, solo se non vi sono sufficienti motivi che inducano a ritenere che la vicenda non debba essere deferita alla cognizione arbitrale ⁽²⁾. E i Giudici di Singapore utilizzano il potere discrezionale loro attribuito dalla legge locale, rigettando l'istanza di sospensione dei procedimenti pendenti avanti a loro, in ragione della competenza arbitrale, ove ritengano che la parte che ha formulato tale istanza non abbia difese nel merito e dunque, in sostanza, che la suddetta istanza abbia natura prettamente dilatoria ⁽³⁾.

Sempre a Singapore, completamente diverso è però l'approccio in caso di arbitrato internazionale (retto dall'International Arbitration Act 1994): in tal caso, infatti, il procedimento avanti il Giudice statale viene sospeso per il semplice fatto che il convenuto abbia sollevato eccezione di arbitrato e contestato anche genericamente la domanda dell'attore, mentre al Tribunale è preclusa ogni indagine circa l'effettiva sussistenza di una controversia ⁽⁴⁾.

Gli stessi principi venivano applicati in Inghilterra e nel Galles sotto la vigenza dell'Arbitration Act 1975, che prevedeva espressamente il rigetto dell'eccezione di arbitrato in mancanza di una effettiva controversia tra le parti ⁽⁵⁾. L'incertezza creata da tale disposizione, la connessa ampia discrezionalità affidata al Giudice (quando si può affermare che effettivamente c'è una controversia?), e le critiche sollevate dalla dottrina ⁽⁶⁾ hanno però indotto il legislatore inglese ad eliminare, nell'Arbitration Act 1996, questo requisito dell'accoglimento dell'eccezione di compromesso.

4. Conclusioni

Tornando al nostro ordinamento, il diritto positivo non pare consentire al Giudice statale, chiamato a decidere su un'eccezione di compromesso, di rigettarla perché chi l'ha sollevata non ha nel contempo indicato quali siano le sue difese nel merito. In molti casi, tali difese saranno formulate, ma per estremo scrupolo difensivo, o per il caso, più o meno probabile a seconda delle vicende concrete, in cui l'eccezione di compromesso possa risultare infondata. Nei casi

⁽¹⁾ Avviando così il meccanismo processuale che porterà alla sua estinzione.

⁽²⁾ "There is no sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the arbitration agreement": art. 6, co. 2, lett. a).

⁽³⁾ Al riguardo, si vedano, tra le tante e le più recenti, le decisioni *Chin Ivan v HP Construction & Engineering Pte Ltd* [2015] 3 SLR 124 e *Ser Kim Koi v GTMS Construction Pte Ltd* [2016] 3 SLR 51.

⁽⁴⁾ V.si *Tjong Very Sumito and others v Antig Investments Pte Ltd* [2009] 4 SLR(R) 732, che a sua volta richiama la decisione inglese *Halki Shipping Corporation v Sopex Oils Ltd* [1998] 1 WLR 726.

⁽⁵⁾ "There is not in fact any dispute between the parties with regard to the matter agreed to be referred": art. 1, co. 1.

⁽⁶⁾ V.si MUSTILL, BOYD, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Butterworths, 2nd ed., 1989, p. 123

in cui invece queste difese di merito non siano state formulate, confidando nella fondatezza dell'eccezione di compromesso, quest'ultima, se effettivamente fondata, andrà accolta.

Neppure pare opportuno, *de iure condendo*, introdurre nel nostro ordinamento quei principi che, come visto, l'Inghilterra ha motivatamente abbandonato nel 1996 e che Singapore continua ad applicare, però solo all'arbitrato domestico, e che pure in quest'ambito creano spiacevoli incertezze ⁽⁷⁾.

Seppur mossa da un intento lodevole (impedire l'attuazione di tecniche puramente dilatorie), la decisione del Tribunale di Vicenza pare quindi errata, ed è auspicabile che venga impugnata e riformata, anche al di là della vicenda specifica, onde evitare che ai principi in essa affermati possano prestare orecchio altri Tribunali.

*

**

(7) V.si, per un'approfondita analisi, la sentenza *Yau Lee Construction (Singapore) Pte Ltd v Far East Squate Pte Ltd and another matter* [2018] SGHCR 11.

Eccezione di compromesso e onere delle spese?

Trib. Milano, 23 giugno 2022, n. 5606
C. App. Milano, 24 giugno 2022, n. 2230

[OMISSIS]

Non si ravvisano motivi per compensare le spese processuali, considerato che la scelta dell'ingiungente di ricorrere al procedimento monitorio nonostante la presenza della clausola arbitrale è soggetta al rischio che tale clausola possa essere invocata, legittimamente, dall'ingiunto in fase di opposizione. Nel caso in esame ogni ulteriore considerazione sull'asserito intento dilatorio dell'opponente attiene al merito della controversia devoluta agli arbitri e, pertanto, non può costituire oggetto di valutazione in questa sede ai fini della compensazione delle spese processuali

[OMISSIS]

[OMISSIS]

se è vero che l'exceptio compromissi è eccezione in senso stretto e che, svolgendosi la fase monitoria in assenza della parte debitrice, il giudice ordinario deve emettere il decreto ingiuntivo richiesto, è altrettanto vero che se il debitore nella fase di opposizione eccepisce la competenza arbitrale, il giudice dovrà necessariamente dichiarare la nullità del decreto ingiuntivo e declinare la propria competenza.

Anche in questa situazione non vi è motivo alcuno per derogare al principio di legge secondo il quale le spese di lite seguono la soccombenza ed è ovvio che la pronuncia di nullità del decreto ingiuntivo preclude la possibilità di riconoscere a favore dell'opposto le spese del medesimo come liquidate dal giudice del monitorio.

[OMISSIS]

Il commento di Umberto Zaccarelli

1. Introduzione

Due recenti pronunzie, resa una dalla Corte d'appello di Milano e l'altra dal Tribunale di Milano, forniscono una buona occasione per svolgere una riflessione in punto riparto dell'onere delle spese nel caso in cui un procedimento promosso avanti il Giudice statale (si trattava, in entrambi i casi, di opposizioni a provvedimenti monitori) si concluda con un provvedimento in rito, in ragione dell'accoglimento dell'eccezione di compromesso.

2. La decisione del Tribunale

Conviene prendere le mosse dalla pronunzia in un certo senso più semplice e lineare, ossia quella del Tribunale di Milano (sentenza n. 5606 del 23 giugno 2022).

La fattispecie oggetto della cognizione del Giudice statale può essere così descritta: una parte ha ottenuto dal Tribunale di Milano un decreto ingiuntivo per il pagamento del credito che vantava nei confronti dell'altra parte. Quest'ultima, nel successivo giudizio di opposizione, ha eccepito la nullità del provvedimento di ingiunzione per incompetenza del Tribunale adito, in forza di clausola compromissoria. Il Tribunale, nel decidere la controversia, ha richiamato il costante insegnamento della Suprema Corte secondo cui *“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), ma impone a quest'ultimo, in caso di successiva opposizione fondata sull'esistenza della detta clausola, la declaratoria di nullità del decreto opposto e la contestuale remissione della controversia al giudizio degli arbitri”* ⁽¹⁾. Pertanto, il Giudice ha revocato il decreto ingiuntivo e ha rimesso le parti davanti agli arbitri.

Quanto alla regolamentazione delle spese processuali, il Tribunale correttamente ha ritenuto che non vi fossero motivi per compensare le spese processuali, *“considerato che la scelta dell'ingiungente di ricorrere al procedimento monitorio nonostante la presenza della clausola arbitrale è soggetta al rischio che tale clausola possa essere invocata, legittimamente, dall'ingiunto in fase di opposizione”*. L'accoglimento dell'opposizione, infatti, rende parte vittoriosa l'opponente con la conseguenza che non è ravvisabile una soccombenza reciproca o una delle ipotesi previste dall'art. 92 cod. proc. civ. Il creditore è così condannato, *ex art. 91 cod. proc. civ.*, a pagare le spese processuali.

In particolare, il comma 2 dell'art. 92 cod. proc. civ., nella formulazione originaria, prevedeva che *“se vi è soccombenza reciproca o concorrono altri giusti motivi, il Giudice può compensare parzialmente o per intero, le spese tra le parti”*. Tale disposizione dava continuità a quella contenuta nel codice del 1865: *“quando concorrono giusti motivi, le spese possono dichiararsi compensate in tutto o in parte”*. La norma, tuttavia, era stata criticata dalla dottrina in quanto si prestava ad abusi nella pratica della

(1) Cass., 21 settembre 2018, n. 22433, in *DeJure*; cfr., *ex multis*, Cass., 1 aprile 2019, n. 9035, *ivi*; Cass., 18 settembre 2017, n. 21550, *ivi*; Cass., 28 luglio 1999, n. 8166, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1735.

compensazione per i motivi più vari ⁽²⁾. La giurisprudenza maggioritaria ⁽³⁾ riteneva, infatti, che la valutazione dei “giusti motivi” per la compensazione, totale o parziale, delle spese rientrasse nei poteri discrezionali del giudice di merito e non richiedesse specifica motivazione.

La norma in oggetto è stata così modificata dal legislatore del 2005 (che ha richiesto che i “giusti motivi” fossero esplicitamente indicati nella motivazione), del 2009 (che ha sostituito i “giusti motivi” con le “gravi ed eccezionali ragioni”) e, infine, del 2014. Con quest’ultimo intervento è stata ulteriormente limitata la possibilità di derogare alla regola secondo cui le spese di lite devono gravare sulla parte totalmente soccombente. La clausola generale delle “gravi ed eccezionali ragioni” è stato infatti sostituita da due ipotesi tassative (oltre quelle della soccombenza reciproca): (i) l’assoluta novità delle questioni trattate e (ii) il mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti.

Da ultimo, in relazione al testo della disposizione così formulato, è intervenuta la Corte Costituzionale, con sentenza n. 77 del 7 marzo / 19 aprile 2018, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 92, co. 2, cod. proc. civ. poiché la rigidità delle due ipotesi, “*violando il principio di ragionevolezza e di eguaglianza, ha lasciato fuori altre analoghe fattispecie riconducibili alla stessa ratio giustificativa*”. La Corte ha elencato così le seguenti ulteriori ipotesi di sopravvenuto mutamento dei termini della controversia: (i) una norma di interpretazione autentica o più in generale uno *ius superveniens*; (ii) una pronuncia della Corte Costituzionale in particolare se di illegittimità costituzionale; (iii) una decisione di una Corte europea; (iv) una nuova regolamentazione nel diritto dell’Unione europea; (v) altre analoghe sopravvenienze; (vi) una situazione di oggettiva e marcata incertezza, non orientata dalla giurisprudenza.

In conclusione la Corte ha statuito che “*contrasta con il principio di ragionevolezza e con quello di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.) aver il legislatore del 2014 tenuto fuori dalle fattispecie nominate, che facoltizzano il giudice a compensare le spese di lite in caso di soccombenza totale, le analoghe ipotesi di sopravvenienze relative a questioni dirimenti e a quelle di assoluta incertezza, che presentino la stessa, o maggiore, gravità ed eccezionalità di quelle tipiche espressamente previste dalla disposizione censurata. La rigidità di tale tassatività ridonda anche in violazione del canone del giusto processo (art. 111, primo comma, Cost.) e del diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, primo comma, Cost.) perché la prospettiva della condanna al pagamento delle spese di lite anche in qualsiasi situazione del tutto imprevedibile per la parte che agisce o resiste in giudizio può costituire una remora ingiustificata a far valere i propri diritti*”.

La fattispecie *de quo* non sembra pertanto riconducibile né alle ipotesi descritte dall’art. 92, co. 2, cod. proc. civ. né, tantomeno, a quelle individuate dalla Corte Costituzionale (evenienze sopravvenute che sfuggono alla disponibilità delle parti o situazioni del tutto imprevedute e imprevedibili per la parte che agisce, in grado di costituire una “remora ingiustificata” a far valere i propri diritti).

(2) Cfr., fra i molti, S. SATTI, *Commentario al Codice di procedura civile. I. Disposizioni generali*, Milano, 1959, p. 295; V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile. Volume I. Disposizioni generali*, Napoli, 1957, p. 256.

(3) Cfr., *ex multis*, Cass. 11 gennaio 2006, n. 264, in *DeJure*; Cass. 31 gennaio 2008, n. 2397, *ivi*; Cass. 6 ottobre 2011, n. 20457, *ivi*.

Il Giudice della sentenza in esame sembra avere tenuto conto di tali considerazioni.

Suscitano perplessità, invece, alcune decisioni che, in fattispecie analoghe a quella oggetto della sentenza in esame, riconoscono comunque la compensazione delle spese.

Non è condivisibile, ad esempio, quanto affermato in una recente sentenza del Tribunale di Cuneo, secondo cui le spese sarebbero compensate “*stante l’adesione della parte opposta all’eccezione di arbitrato sollevata da parte opponente*” ⁽⁴⁾. La medesima considerazione si può fare con riferimento ad un’altra pronuncia dello stesso Tribunale che ha ritenuto che “*la conclusione del procedimento con una pronuncia preliminare e la sostanziale adesione della società opposta all’eccezione di arbitrato formulata da parte opponente, rappresentano giusti motivi per dichiarare integralmente compensate tra le parti le spese di lite ex art. 92 c.p.c. le spese sono state compensate sulla base del rilievo*” ⁽⁵⁾.

Non è dato comprendere poi per quale ragione le spese possano essere compensate in conseguenze del fatto che la pronuncia “*è limitata alla verifica della giurisdizione dell’autorità giudiziaria investita senza esame del merito*” ⁽⁶⁾.

3. La decisione della Corte d’appello

Più complessa è la vicenda delibata dalla Corte d’appello di Milano (sentenza n. 2230 del 24 giugno 2022, disponibile qui).

La fattispecie, riguardante la circolazione della clausola compromissoria, era la seguente: una parte (A) aveva ceduto a un’altra parte (B) un credito che vantava nei confronti di un terzo (C). B, per il pagamento di tale credito, ha ottenuto dal Tribunale di Milano un decreto ingiuntivo che successivamente è stato opposto da C, il quale ha eccepito che il Tribunale non fosse competente ad emettere il

⁽⁴⁾ Trib. Cuneo, 15 marzo 2022, n. 262.

⁽⁵⁾ Trib. Cuneo, 15 marzo 2022, n. 261.

⁽⁶⁾ Trib. Parma, 21 aprile 2021, n. 675. Sono numerose le sentenze che, con motivazioni simili a quelle esposte nel testo (e parimenti discutibili), compensano le spese di lite. Cfr., *ex multis*, Trib. Potenza, 26 giugno 2021, n. 708, secondo cui “*si ritengono sussistenti i presupposti per disporre tra la parte opponente e la parte opposta la compensazione di metà delle spese di lite, in considerazione del fatto che, benché la pattuizione di una clausola compromissoria determini la competenza dell’arbitri, in virtù di quanto innanzi argomentato, non è di per sé di ostacolo alla proposizione del ricorso monitorio; l’altra metà delle spese di lite (...) viene posta a carico del creditore opposto, in quanto soccombente*”; Trib. Patti, 7 gennaio 2021, n. 8, che ritiene sussistenti giusti motivi per prevenire ad un’integrale compensazione delle spese, “*ciò alla luce del susposto insegnamento della Suprema Corte secondo cui l’esistenza di una clausola compromissoria non esclude la competenza del giudice ordinario ad emettere un d.i., sia perché la disciplina del procedimento arbitrale non contempla provvedimenti emessi inaudita altera parte, sia perché non è rilevabile d’ufficio il difetto di competenza per essere la controversia devoluta agli arbitri. Va rilevato, sotto altro profilo che il creditore opposto ha tempestivamente aderito all’eccezione di parte opponente con la comparsa di risposta*”; Trib. Bologna, 6 agosto 2021, n. 1941, che ha compensato le spese sulla base del fatto che si trattasse di una “*ipotesi atipica di cui a C. costit. 77 del 2018*” (semplicemente, l’opponente aveva indicato l’eccezione di incompetenza solamente nel corpo dell’atto di citazione, senza specifica menzione nelle conclusioni. Tuttavia, alla luce delle considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale, è evidente come tale ipotesi qualificata come “atipica” non sia idonea a giustificare la compensazione delle spese); Trib. Vicenza, 22 dicembre 2021, n. 2374, per il quale “*le spese di lite seguono il criterio di parziale soccombenza, con parziale compensazione (che si stima congruo fissare al 50%), stante la pronta adesione all’eccezione di incompetenza*”.

provvedimento poiché il credito nasceva da un contratto contenente una clausola compromissoria. Il Tribunale ha accolto l'eccezione di incompetenza e ha dichiarato nullo il decreto ingiuntivo, condannando B al pagamento delle spese di lite. B ha proposto appello avverso il capo della sentenza che, nel regolamentare le spese, poneva le stesse interamente a suo carico.

Con la sentenza in esame, la Corte d'Appello, muovendo dall'autonomia espressa dall'art. 808 cod. proc. civ. della clausola compromissoria rispetto al contratto in cui è inserita, aderisce al più recente orientamento della Cassazione secondo cui è *“escluso che la cessione del contratto contenente la clausola comporti altresì, in difetto di specifico accordo, automatica cessione della clausola stessa; a maggior ragione, è escluso che il subentro automatico nella clausola possa verificarsi a favore del mero cessionario del credito, protagonista di una vicenda di contenuto ed effetti assai minori, la quale prescinda dalla volontà del debitore ceduto e non coinvolge l'intera posizione contrattuale, con tutti i diritti ed obblighi ad essa relativi”* (7).

Secondo tale interpretazione, il debitore ceduto può sempre avvalersi della clausola compromissoria, perché altrimenti sarebbe privato del diritto di far decidere da arbitri le controversie relative al credito a causa di un accordo cui è rimasto estraneo. D'altra parte, è pacifico che egli conservi la facoltà di opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto sollevare al creditore originario.

La possibilità di invocare la clausola compromissoria è invece esclusa per il cessionario del credito. Quest'ultimo, infatti, non subentra nel negozio compromissorio, sempre in ragione della autonomia di esso.

In questo modo, tuttavia, come ha fatto notare autorevole dottrina, la clausola compromissoria, *“lungi dal non circolare (...), circolerebbe invece su di una strada per così dire a senso unico”* (8). Di essa potrebbe infatti servirsi il debitore ceduto.

La sentenza, in conclusione, ritiene che *“la situazione in cui viene a trovarsi il cessionario di un credito che inerisce ad un contratto ove è presente una clausola compromissoria, rappresenta un rischio che, in quanto prevedibile, il cessionario decide consapevolmente di assumersi nel momento in cui addiviene alla stipula del contratto di cessione e che dunque non potrà mai portare ad una deroga dei principi generali espressi dall'art. 91 c.p.c.”*.

(7) Cass., 19 settembre 2013, n. 13893, in *Corr. giur.*, 2003, 12, p. 1583 ss., con nota di V. MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: le inaccettabili conclusioni della Cassazione*. Negli stessi termini si veda Cass., 14 giugno 2019, n. 16127, in *DeJure*; Cass., 28 dicembre 2011, n. 29261, *ivi*; Cass., 17 dicembre 1998, n. 12626, in *Foro it.*, 1999, I, 2979.

La giurisprudenza più risalente della Cassazione riconosceva invece la circolazione della clausola compromissoria insieme al credito ceduto: v. Cass., 17 settembre 1970, n. 1525, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1565 ss.; Cass., 29 luglio 1964, n. 2161, in *Foro it.*, Rep., 1964, voce *Arbitrato*, n. 66; Cass., 16 ottobre 1953, n. 3386, in *Foro it.*, Rep., 1953, voce *Arbitrato*, n. 28. Anche la dottrina maggioritaria si esprime in tal senso: v., fra i molti, F. BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano, 1998, pp. 102-103; C.M. BIANCA, *Se il terzo a favore del quale sia stato stipulato il contratto possa avvalersi della clausola compromissoria contenuta nel contratto medesimo*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 923 ss.; P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti, sub art. 1264*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, 1982, p. 216; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 189.

(8) L. SALVANESCHI, *La cessione di credito trasferisce al cessionario anche la clausola compromissoria che accede al credito stesso*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 524 ss.

Per tutte le ragioni suesposte, secondo la Corte d'Appello, non vi sono motivi per derogare al principio di legge, esaminato più sopra, secondo il quale le spese di lite seguono la soccombenza. La pronuncia di nullità del decreto ingiuntivo preclude dunque la possibilità di riconoscere a favore di B le spese relative alla fase monitoria.

In conseguenza dell'inquadramento della Cassazione, quindi, il debitore ceduto può paralizzare tutte le iniziative del creditore: qualora quest'ultimo agisse avanti al Giudice ordinario, il debitore potrebbe vittoriosamente eccepire l'esistenza della clausola arbitrale; qualora promuovesse l'azione in sede arbitrale, il debitore potrebbe altrettanto vittoriosamente eccepirgli la impossibilità di invocare la clausola compromissoria. In ogni caso, dunque, il cessionario soccombente è condannato al pagamento delle spese processuali.

Una tale ricostruzione, tuttavia, non soddisfa: il debitore ceduto ha sicuramente il diritto di conservare immutata la propria posizione contrattuale, anche in relazione all'accordo compromissorio, dal momento in cui il negozio di cessione del credito è concluso senza la sua partecipazione (art. 1260, co. 1, cod. civ.). Per questo motivo, egli deve poter opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario.

Questa esigenza di tutela della sfera giuridica del debitore, però, scompare quando quest'ultimo è convenuto dal cessionario del credito proprio in sede arbitrale, in conformità alle pattuizioni stabilite con l'originario creditore. In tale ipotesi, l'eccezione sollevata dal debitore, secondo cui egli non avrebbe concluso la clausola compromissoria con il nuovo creditore e pertanto la competenza degli arbitri dovrebbe essere declinata in favore del Giudice ordinario, rappresenta una strumentalizzazione finalizzata solamente ad allungare i tempi della giustizia. Non sussistono validi motivi per i quali ritenere che un tale comportamento sia meritevole di protezione.

Alla luce di siffatte considerazioni, non sembra pertanto ottimale la ricostruzione che subordina l'operatività della clausola ad una scelta del debitore ceduto. Appare ragionevole e maggiormente rispondente a esigenze di certezza dei traffici commerciali, invece, ritenere che la clausola compromissoria abbia un carattere accessorio al credito litigioso e che, quindi, si trasferisca automaticamente con la cessione del credito o del contratto (arg. ex art. 1263 cod. civ.)⁽⁹⁾. Del resto, anche nel caso di cessione del credito garantito da una fideiussione, quest'ultima è liberamente cedibile al cessionario insieme al credito, non essendo necessario l'espreso consenso del ceduto.

**

⁽⁹⁾ F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 279; L. SALVANESCHI, *La cessione di credito*, cit., p. 524 ss.; ID., *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, p. 100 ss.; C.M. BIANCA, *Se il terzo a favore del quale sia stato stipulato il contratto*, cit., p. 923 ss.

Le vie parallele

Trib. Milano, 23 giugno 2022, n. 5606

[OMISSIS]

La difesa della convenuta in relazione al primo motivo di impugnazione relativo al mancato rispetto dei termini ex art. 2429, co. 3, ha eccepito l'incompetenza del Tribunale di Milano in virtù della clausola di arbitrato prevista dall'art. 23 dello Statuto.

L'eccezione di arbitrato va rigettata per l'assorbente considerazione che, congiuntamente al primo motivo di impugnazione della delibera del 26.07.2019 per vizi procedurali, gli attori hanno introdotto motivi di impugnazione relativi alla validità del documento contabile bilancio 2018 approvato.

Ammettendo che il motivo di impugnazione relativo al mancato deposito del progetto di bilancio abbia natura meramente formale o procedimentale e, in quanto tale, sia rimettibile alla cognizione dell'arbitro, l'introduzione in causa di altri motivi di impugnazione della medesima delibera (i.e., violazione del principio di chiarezza e fedele rappresentazione della situazione economica e patrimoniale della società nella redazione del bilancio e violazione del precetto di prudenza nell'elaborazione del bilancio) aventi ad oggetto diritti indisponibili e la necessità di una trattazione congiunta ex art 2378 c.c. non possono che radicare per tutti i motivi di impugnazione della medesima delibera del 26.7.2019 la competenza presso il questo Tribunale.

Infatti è consolidato l'orientamento della Corte di legittimità per il quale "Non è compromettibile in arbitri la controversia avente ad oggetto l'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio di società per difetto dei requisiti di verità, chiarezza e precisione. Invero, nonostante la previsione di termini di decadenza dall'impugnazione, con la conseguente sanatoria della nullità, le norme dirette a garantire tali principi non solo sono imperative, ma, essendo dettate, oltre che a tutela dell'interesse di ciascun socio ad essere informato dell'andamento della gestione societaria al termine di ogni esercizio, anche dell'affidamento di tutti i soggetti che con la società entrano in rapporto, i quali hanno diritto a conoscere la situazione patrimoniale e finanziaria dell'ente, trascendono l'interesse del singolo ed attengono, pertanto, a diritti indisponibili." (Cass. 20674/2016 e Cass 14465/2019).

L'eccezione sarebbe infondata anche qualora si volesse sostenere, come allegato dalla difesa della società, che il principio richiamato non è applicabile quando il motivo di impugnazione della delibera di approvazione del bilancio è di tipo procedimentale e non attiene al merito del documento contabile e al rispetto dei principi di cui all'art 2423 e segg c.c..

Infatti l'art 2378 comma 5 c.c., norma speciale anche rispetto all'art 819 ter c.p.c., stabilisce che tutte le impugnazioni relative alla medesima deliberazione devono essere istruite congiuntamente e decise con unica sentenza.

Consegue nel caso in esame per le ragioni di connessione stabilite inderogabilmente dall'art 2378 comma 5 c.c., poiché la delibera 26.7.2019 di approvazione del bilancio è qui impugnata e per vizi di procedura e per questioni non demandabili agli arbitri quale il difetto dei requisiti di verità e chiarezza del documento contabile, la trattazione congiunta dinanzi all'AG di tutti i motivi di impugnazione.

L'eccezione va pertanto rigettata.

[OMISSIS]

Il commento di Roberto Oliva

1. Introduzione

Il diritto processuale italiano applica, nei rapporti tra procedimento arbitrale e procedimento avanti il Giudice statale, il principio del doppio binario. Tale principio è codificato dall'art. 819-ter cod. proc. civ., ai sensi del quale “*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice*”.

Tale principio viene in applicazione in diverse ipotesi, alcune delle quali riguardano la materia societaria. Per questo motivo, riveste particolare interesse una recente pronuncia del Tribunale di Milano (Trib. Milano, 12 luglio 2022, n. 6095, disponibile qui), in cui il Giudice statale ha ommesso di applicare il suddetto principio.

Prima di esaminare la decisione in commento, conviene fare una premessa.

La legge processuale ammette – quanto meno dall'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 – che le deliberazioni assunte dagli organi di una società non quotata possano essere impugnate davanti agli arbitri. Questo perché la novella del 2003 ha chiaramente fugato i dubbi, avanzati in particolare dalla giurisprudenza, con riferimento all'arbitrabilità di tali controversie.

Nondimeno, la giurisprudenza prevalente (e ormai pressoché unanime ⁽¹⁾) ritiene necessario effettuare una distinzione. Essa afferma che possono essere sì devolute agli arbitri le controversie relative all'impugnazione delle delibere societarie, ma solo se tali controversie riguardano diritti disponibili delle parti.

(1) Sia pure con alcune meritorie eccezioni: v.si ad esempio Trib. Catania, 30 ottobre 2020, n. 3598, in questa *Rivista*, 2020, p. 55 ss.

Se invece queste controversie riguardano diritti non disponibili, rimane ferma e inderogabile la competenza del Giudice statale. Questo principio viene prevalentemente applicato con riferimento all'impugnazione delle delibere di bilancio. Se l'impugnante lamenta un vizio formale della deliberazione (ad esempio, un difetto nella convocazione dell'assemblea o nello svolgimento dei lavori assembleari), si ritiene che la controversia riguardi diritti disponibili e dunque possa essere devoluta agli arbitri. Se invece l'impugnante lamenta un vizio sostanziale della deliberazione, ossia ritiene che il bilancio approvato con tale deliberazione non rappresenti in maniera chiara, veritiera e corretta la situazione economica e patrimoniale della società, allora siamo in presenza di una controversia su diritti indisponibili, riservata alla competenza esclusiva del Giudice statale.

Non interessa in questa sede la correttezza di tale orientamento, contestata da numerose voci in dottrina ⁽²⁾. Ai fini che qui rilevano, può essere dato per presupposto.

La situazione si complica nei casi in cui – e sono tutt'altro che infrequenti – il socio che impugna la delibera di bilancio lamenta contemporaneamente vizi formale e vizi sostanziali.

Sul punto consta un altro precedente del Tribunale di Milano (Trib. Milano, 28 luglio 2015, n. 9115 ⁽³⁾), che aveva correttamente fatto applicazione del principio delle vie parallele: il Giudice statale ha conosciuto dei vizi sostanziali e gli arbitri di quelli formali.

2. La decisione del Tribunale

Nella recente decisione in commento, lo stesso Tribunale di Milano è ritornato sui suoi passi.

La vicenda può essere così sintetizzata.

Taluni soci di una società a responsabilità limitata hanno impugnato la delibera dell'assemblea di approvazione del bilancio al 31 dicembre 2018, lamentando tre vizi. Il primo vizio era di carattere formale: la copia del bilancio oggetto di approvazione non era stata depositata presso la sede sociale nei quindici giorni precedenti l'assemblea, come invece prescritto dalla legge (art. 2429, co. 3, cod. civ.). Gli altri due vizi invece erano di carattere sostanziale: il bilancio non avrebbe rispettato i principi di chiarezza e fedele rappresentazione della situazione economica e patrimoniale della società (art. 2423, co. 2, cod. civ.), e neppure quello di prudenza (art. 2423-*bis*, co. 1, n. 4 cod. civ.).

La società convenuta, il cui statuto contiene una clausola compromissoria, ha contestato la competenza del Giudice statale, difendendosi in ogni caso nel merito.

⁽²⁾ V.si, tra i tanti e con ampi riferimenti, SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 17 ss.

⁽³⁾ In questa *Rivista*, 2015, p. 10 ss.

Il Tribunale di Milano ha rigettato l'eccezione di compromesso e annullato la delibera, accogliendo la doglianza relativa al suo vizio formale, senza neppure esaminare i vizi sostanziali.

Lasciando in disparte, in quanto qui non interessa, il ragionamento che ha condotto il Tribunale a ritenere sussistente il suddetto vizio formale, conviene focalizzare l'attenzione sul percorso logico e giuridico che ha indotto il Giudice statale a rigettare l'eccezione di compromesso.

Il Tribunale ha ritenuto che il cumulo di un'azione avente ad oggetto diritti disponibili (quella relativa all'invalidità del bilancio per vizi formali) con un'azione avente ad oggetto diritti indisponibili (quella relativa all'invalidità del bilancio per vizi sostanziali), astrattamente rimesse la prima alla competenza degli arbitri e la seconda a quella del Giudice statale, radicherebbe la competenza di quest'ultimo sull'intera controversia, ai sensi dell'art. 2378, co. 5, cod. civ., che impone la trattazione congiunta di tutte le impugnazioni avverso la medesima delibera, e che rappresenterebbe norma speciale rispetto all'art. 819-ter cod. proc. civ.

Questa conclusione pare erronea per una molteplicità di motivi.

Innanzitutto, il Tribunale ha presupposto che l'art. 2378, co. 5, cod. civ. trovasse applicazione nella vicenda sottoposta al suo esame, di cumulo tra domanda di annullamento e domanda di nullità. Infatti, va rammentato che la presenza di vizi formali comporta l'invalidità della delibera *sub specie* di annullabilità, mentre per i vizi sostanziali del bilancio si configura la nullità della delibera ⁽⁴⁾.

Risulta un precedente (App. Roma, 4 dicembre 1979 ⁽⁵⁾) che ha chiaramente statuito che la riunione obbligatoria prevista dall'allora vigente art. 2378, co. 3, cod. civ. (corrispondente all'attuale art. 2378, co. 5, cod. civ.) trova applicazione solo nei casi di annullabilità di cui all'art. 2377 cod. civ. e non anche a quelli di nullità *ex* art. 2378 cod. civ. E la riforma del diritto societario del 2003, che è intervenuta sulla disciplina della nullità delle deliberazioni societarie, non pare portare alcun argomento che consenta di superare quelli, di carattere sistematico, svolti dalla Corte d'appello di Roma.

Inoltre, e in tempi più recenti, anche un altro Giudice (Trib. Foggia, 14 ottobre 2005 ⁽⁶⁾) è tornato sul tema e, sia pure in una ben diversa fattispecie, ha statuito un principio di carattere generale che pare rilevare anche nel caso qui in esame: l'applicazione dell'art. 2378, co. 5, cod. civ. postula l'identità del c.d. *petitum* immediato, ossia del concreto provvedimento richiesto al Giudice ⁽⁷⁾. E la richiesta di pronunzia costitutiva di annullamento di una deliberazione è evidentemente diversa dalla richiesta di pronunzia dichiarativa di nullità della stessa deliberazione.

Pure sembra erronea la statuizione del Tribunale di Milano, secondo il quale l'art. 2378, co. 5, cod. civ. rappresenterebbe norma speciale in relazione all'art. 819-

⁽⁴⁾ V.si sul punto Cass., Sez. I Civ., 2 marzo 2016, n. 4120.

⁽⁵⁾ In *Foro it.*, 1980, I, 1172.

⁽⁶⁾ Disponibile su www.altalex.com.

⁽⁷⁾ Secondo la consolidata definizione processualcivilistica: v.si MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, XXII ed., 2012, Vol. I, p. 178.

ter, co. 1, cod. proc. civ. Le due disposizioni hanno invero ambiti di applicazione differenti. La prima disposizione (art. 2378 cod. civ.) contiene la disciplina processuale del procedimento di impugnazione delle delibere societarie svolto avanti al Giudice ordinario, e dunque semmai si pone in rapporto di specialità con le norme di cui al Libro Secondo del codice di procedura civile, e quindi l'art. 2378, co. 5, cod. civ. va posto in relazione con gli artt. 273 e 274 cod. proc. civ. La seconda disposizione (art. 819-*ter*, co. 1, cod. proc. civ.) riguarda invece un ben diverso tema, che è quello dei rapporti tra arbitri e Giudice statale. La disciplina processuale del procedimento di impugnazione delle delibere societarie svolto avanti agli arbitri si rinviene infatti nell'art. 35 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Infine, neppure convincente è l'applicazione che ha fatto il Tribunale di Milano del criterio di specialità. La disposizione processuale che esso ha ritenuto speciale (art. 2378, co. 5, cod. civ.) deve la sua attuale collocazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; essa tuttavia era contenuta nel testo originario del codice civile, approvato con r.d. 16 marzo 1942, n. 262, e precisamente nell'art. 2378, co. 3, cod. civ. La disposizione di cui all'art. 819-*ter*, co. 1, cod. proc. civ. è invece successiva: essa invero deve la sua attuale formulazione e collocazione alla riforma di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40; e la sua prima comparsa nel nostro ordinamento risale (sia pure con formulazione diversa) alla precedente riforma di cui alla l. 5 gennaio 1994, n. 25. L'art. 819-*ter*, co. 1, cod. proc. civ. è dunque senz'altro norma successiva rispetto all'art. 2378, co. 5, cod. civ. E come è stato correttamente evidenziato in dottrina ⁽⁸⁾, nel vigente diritto positivo la norma successiva, anche se generale, abroga quella precedente, anche se speciale, in virtù del principio cronologico, a meno di eventuali eccezioni disposte dal legislatore. In tale prospettiva, sarebbe del tutto irrilevante verificare se l'art. 2378, co. 5, cod. civ. sia o no norma speciale rispetto all'art. 819-*ter*, co. 1, cod. proc. civ. Quest'ultimo è invero norma successiva, e come tale a essa deve essere data applicazione, salvo incorrere in violazione dell'art. 15 disp. prel. cod. civ. E anche a voler seguire un orientamento meno rigido, non può ignorarsi quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (Corte cost., 19 febbraio 1976, n. 29 ⁽⁹⁾), ad avviso della quale *“nell'ipotesi di successione di una legge generale ad una legge speciale, non è vera in assoluto la massima che lex posterior generalis non derogat priori specialis: giacché i limiti di detto principio vanno, in effetti, di volta in volta, sempre verificati all'intenzione della stregua del legislatore. E non è escluso che in concreto l'interpretazione della voluntas legis, da cui dipende la soluzione dell'indicato problema di successione di norme, evidenzii una latitudine della legge generale posteriore, tale da non tollerare eccezioni, neppure da parte di leggi speciali: che restano, in tal modo, tacitamente abrogate”*. E una simile verifica è del tutto assente nella decisione in commento.

3. Conclusioni

In definitiva, il Tribunale di Milano ha compiuto un passo indietro, a prima della riforma del 1994, quando i rapporti tra arbitro e Giudice statale erano caratterizzati dal principio di una netta prevalenza del secondo sul primo. È solo dopo aver compiuto questo passo indietro che ha potuto conoscere del merito della vicenda, ed emettere una statuizione, che invece la volontà delle parti aveva rimesso alla competenza arbitrale.

⁽⁸⁾ GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 418 ss.

⁽⁹⁾ Disponibile su www.giurcost.org.

Tale passo indietro è poi particolarmente preoccupante, in quanto il suo autore è un'Autorità giudiziaria che, per diverse ragioni, aveva in passato mostrato particolare e favorevole attenzione al fenomeno arbitrale. La speranza e l'auspicio è dunque che quello in commento sia l'errore di un singolo Giudice relatore, e di uno specifico collegio, e non l'annuncio di un nuovo e retrivo orientamento.

*
**

Un caso di riconoscimento di loro straniero in Turchia: ordine di esibizione v. riservatezza
di İdil Bozoğlu

Nell'ultimo decennio la Turchia ha compiuto passi significativi per diventare una giurisdizione favorevole all'arbitrato. Ciononostante, si osserva che i procedimenti di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali stranieri in Turchia sono oggetto di un esame più approfondito rispetto a quanto avviene in altre giurisdizioni favorevoli all'arbitrato.

Fino a un passato molto recente, la legge processuale non dettava disposizioni chiare in relazione ai procedimenti di riconoscimento ed esecuzione, in particolare con riferimento al tema delle spese processuali e a quello della competenza. Sebbene queste incertezze siano state ora eliminate, va tenuto presente che è ancora necessaria un'analisi e valutazione caso per caso.

Il lodo analizzato in questo breve scritto è stato reso nel 2021 e costituisce un buon esempio della portata della riforma della legge processuale turca sul punto. In effetti, il principio che preclude un'analisi del merito da parte del giudice del riconoscimento deve essere interpretato alla luce degli aspetti specifici di ciascuna vicenda, che possono cambiare e in effetti cambiano.

Nel caso oggetto di questo breve studio, le parti erano state invitate a presentare simultaneamente al Tribunale arbitrale e alla controparte una copia delle loro relazioni peritali e delle prove relative alla determinazione dell'ammontare dei danni subiti dalla parte attrice. Ciascuna parte ha avuto la possibilità di esaminare le prove offerte dalla controparte e le relazioni depositate nel corso del procedimento, di presentare controrelazioni e di "controinterrogare" i tecnici che avevano predisposto le relazioni.

Entrambe le parti hanno presentato le proprie relazioni sull'ammontare dei danni al fascicolo e nessuna parte di tali relazioni è stata nascosta alla controparte.

Al fine di rafforzare il quadro probatorio offerto a sostegno delle sue pretese, la parte attrice aveva pure richiamato le relazioni che esaminavano la struttura finanziaria e il valore della società [x] per gli anni 2008, 2009 e 2010, ottenute molto tempo prima della causa, ma ha reso disponibili tali relazioni solo al Tribunale arbitrale insieme alle altre prove depositate nei termini previsti dal calendario processuale. La parte convenuta ha denunciato che tali relazioni non erano state condivise con essa e ne ha richiesto una copia, ma la parte attrice si è rifiutata di farlo, sì che la parte convenuta si è rivolta al Tribunale arbitrale.

Il Tribunale Arbitrale ha emesso un'ordinanza procedurale disponendo che la parte attrice condividesse le relazioni in parola con la parte convenuta, ma ciò non è avvenuto. La parte convenuta ha quindi presentato un'ulteriore istanza, alla quale la parte attrice si è opposta, opponendo ragioni di riservatezza dei segreti commerciali.

Decidendo su una nuova istanza della parte convenuta, il Tribunale Arbitrale ha disposto che la parte attrice condividesse le sole parti delle relazioni relative alla valutazione della società negli anni 2009 e 2010, precisando che avrebbero potuto essere anonimizzati i nomi degli esperti e omesse le parti delle relazioni non concernenti la suddetta valutazione, e inoltre che le relazioni avrebbero potuto essere esaminate solo dai legali e dai consulenti tecnici della parte convenuta, ma non dalla parte personalmente. La parte attrice ha quindi rimosso dalle relazioni le parti che riteneva opportuno e i legali e i consulenti tecnici della parte convenuta non hanno potuto condividere con la parte la bozza della loro controrelazione per effettuare una valutazione congiunta.

Nel lodo, il Tribunale arbitrale ha valutato i danni subiti dalla parte attrice basandosi in gran parte sulla relazione del marzo 2010, ossia una delle relazioni in parola.

Secondo la Corte di Cassazione turca, come requisito del diritto al contraddittorio, le parti dovrebbero essere in grado di esprimere e provare liberamente le proprie pretese davanti agli organi giudiziari senza incontrare alcun ostacolo e dovrebbero essere in grado di confutare liberamente le pretese della controparte senza incontrare alcun ostacolo nell'ambito del diritto alla difesa. A questo proposito, l'esercizio di questi diritti comprende anche un facile accesso alle prove e ai documenti oggetto della controversia. Pertanto, le parti dovrebbero essere in grado di esaminare liberamente le prove e una questione che non è aperta alla conoscenza delle parti non dovrebbe essere alla base della decisione. Questo approccio è pienamente condivisibile, poiché l'esame a opera della parte di un documento preso come base per una decisione riguarda essenzialmente i diritti e le esigenze di tale parte, come il diritto di rispondere e resistere a una pretesa.

In linea di principio, la "protezione dei segreti commerciali" è un diritto a cui gli operatori commerciali attribuiscono grande importanza. Inoltre, una delle ragioni più importanti che spingono le parti a scegliere l'arbitrato come metodo

di risoluzione delle controversie è la protezione dei segreti commerciali, ovvero la “riservatezza”.

Tuttavia, sebbene la riservatezza e la protezione dei segreti commerciali siano diritti meritevoli di tutela, le esigenze sottostanti non possono essere invocate in modo tale da compromettere il diritto di difesa nel contesto di una causa, con le relative gravi conseguenze. Un tale pregiudizio al diritto di difesa spesso può addirittura impedire l'effettivo svolgimento del contraddittorio. Infatti, le prove offerte da una parte sono fondamentali per la valutazione processuale di una vicenda e la loro mancata messa a disposizione dell'altra parte impedisce che venga emessa una decisione rispettosa dei canoni del giusto processo. D'altra parte, l'esigenza di riservatezza e di protezione dei segreti commerciali può essere garantita da altre misure. In questo caso, è chiaro che il diritto al contraddittorio e il diritto alla difesa prevarranno quando si adotta un approccio proporzionale.

“Il quadro dell'ordine pubblico nel diritto interno è stato delineato dall'Assemblea generale delle Camere civili della Corte di Cassazione come contraddizione con i valori fondamentali del diritto turco, il senso generale turco di decenza e moralità, la concezione di base della giustizia su cui si basano le leggi turche, i diritti e le libertà fondamentali sanciti dalla Costituzione, i principi comuni validi in ambito internazionale, il livello di civiltà delle comunità civili, la società, il regime politico ed economico, i diritti e le libertà umane. La determinazione se la sentenza straniera oggetto della richiesta di riconoscimento ed esecuzione sia contraria all'ordine pubblico turco è essenzialmente lasciata alla discrezione del giudice. Tuttavia, nell'esercizio della sua discrezionalità, il giudice deve tenere conto della ragion d'essere del diritto internazionale privato e dei principi generali di tale diritto” (Corte di Cassazione HGK 26.11.2014 T. e 2013/1135-2014/973).

Sempre nel caso di specie, “Per quanto riguarda l'esame della relazione del marzo 2010, che è stata in gran parte presa come base per il lodo da parte del Tribunale Arbitrale, in violazione delle regole procedurali concordate dalle parti, consentendo che la relazione fosse inserita nel fascicolo in modo incompleto, nascondendo i nomi delle persone che hanno preparato la relazione di esame, la parte relativa al modello finanziario e al metodo utilizzato per il calcolo del valore e lo scopo per il quale la relazione era stata predisposta, e nascondendo l'originale e la copia della relazione ai convenuti che dubitano dell'esistenza di tale relazione e che possa essere stata alterata, Il fatto che ai convenuti non sia stato permesso nemmeno di vedere la bozza di relazione preparata dal loro esporto, che ai convenuti sia stato impedito di controinterrogare le persone che hanno preparato queste relazioni, e che tutta questa segretezza non sia stata basata su alcuna base ragionevole e legale, sollevando dubbi sull'imparzialità del Tribunale Arbitrale, ha portato a concludere che il diritto dei convenuti di accedere alle prove e di difendersi durante il procedimento arbitrale è stato gravemente violato.

La limitazione del diritto di difesa e quindi la violazione del diritto a un processo equo costituisce anche una chiara violazione dell'ordine pubblico turco”.

Nel caso di specie, sono poi state affrontate pure altre questioni processuali che non interessano nell'ambito del presente scritto.

Tuttavia, la conclusione più importante che si può trarre dalla suddetta decisione è che, sebbene i giudici turchi si astengano dall'esaminare il merito della decisione arbitrale in sede di riconoscimento ed esecuzione della stessa, utilizzeranno comunque il loro potere discrezionale per garantire che i procedimenti arbitrali siano condotti in conformità al principio di equità.

Per questo motivo, quando si programma di eseguire in Turchia un lodo arbitrale, dovrebbe essere tenuto in considerazione non solo il testo del lodo arbitrale ma, alla luce dei principi stabiliti dalla giurisprudenza, anche l'intero procedimento arbitrale.

*
**

Il trattato bilaterale di investimento (BIT) tra Italia e Turchia

di Roberto Oliva

I trattati bilaterali di investimento (BIT) sono accordi internazionali che stabiliscono i termini, le condizioni e le tutele per gli investimenti privati da parte di individui ed entità di uno Stato contraente (lo Stato di origine) nell'altro Stato contraente (lo Stato ospitante).

La proliferazione dei BIT all'inizio del XX secolo ha trasformato il contesto degli investimenti internazionali, ed essi rappresentano un elemento cruciale della globalizzazione.

A quanto risulta, sono stati conclusi circa 3.000 BIT e più di 2.000 sono in vigore. L'Italia è parte di 102 BIT (e di 77 trattati con disposizioni sugli investimenti, compresi i trattati dell'UE). La Turchia è parte di 132 BIT (e di 22 trattati con disposizioni sugli investimenti).

Il 22 marzo 1995, Italia e Turchia hanno firmato il loro BIT, entrato in vigore il 2 marzo 2004.

I dati disponibili indicano che gli investimenti italiani in Turchia ammontano a 3.374.000.000 di dollari, distribuiti in vari settori (alimentare, abbigliamento, chimico, forniture elettriche ed elettroniche, macchinari, mobili, siderurgia e industria automobilistica). Gli investimenti turchi in Italia ammontano solo a 75.000.000 di dollari. D'altra parte, le imprese italiane investono in Turchia fin dagli anni Sessanta. Infatti, a settembre 2020, le imprese turche con partner italiani e le imprese italiane con una presenza in Turchia sono più di mille.

Sebbene, secondo il database dell'ICSID, sia stato promosso un solo procedimento in cui sono invocate le disposizioni del BIT italo-turco (Enel S.p.A. contro la Repubblica di Turchia, causa n. ARB/21/61, ancora in corso), la situazione sopra descritta rende possibile l'insorgere di altri procedimenti.

Questo è il motivo per cui è stato scritto questo breve commento: fornire agli investitori italiani in Turchia (e agli investitori turchi in Italia) una descrizione concisa dei loro diritti e delle tutele previste dal suddetto BIT.

A tal fine, è stata principalmente utilizzata la metodologia del Progetto di Mappatura IIA dell'UNCTAD.

Come detto, il BIT italo-turco è stato firmato nel 1995, quasi trent'anni fa. Pertanto, il suo preambolo non fa riferimento allo sviluppo sostenibile o agli aspetti sociali o ambientali.

Inoltre, il preambolo del BIT non menziona le prerogative normative dello Stato ospitante, come il "diritto di regolamentare", l'"autonomia normativa", il "policy space", il "diritto di introdurre nuove norme", la "flessibilità per salvaguardare il benessere pubblico", e simili espressioni che talvolta vengono impiegate.

L'articolo 1 contiene la definizione di "investimento". Gli Stati contraenti hanno concordato una definizione basata sulle attività, accompagnata da un elenco aperto. Si tratta della definizione più ampia (a differenza di quella basata sull'impresa), che teoricamente include, in alcuni casi, anche gli ordinari rapporti commerciali. Si parla infatti di "credito per somme di denaro e pagamento di interessi derivanti da contratti di prestito o di qualsiasi diritto per obbligazioni, prestazioni o servizi aventi valore economico connessi a un investimento", nonché di "qualsiasi diritto di natura finanziaria maturato per legge o per contratto".

L'unica limitazione riguarda il fatto che gli investimenti protetti devono essere effettuati "in conformità con le leggi e i regolamenti" dello Stato ospitante.

Vale la pena notare che la protezione del BIT si applica a qualsiasi investimento effettuato dopo o anche prima dell'entrata in vigore del BIT.

L'articolo 1 definisce inoltre l'"investitore": una persona fisica o giuridica che ha effettuato o intende effettuare un investimento. La definizione di "investitore" non include i residenti permanenti dello Stato di origine. D'altra parte, non esclude i doppi cittadini: un punto rilevante, considerando la legge sulla cittadinanza per investimento promulgata in Turchia.

Per quanto riguarda le persone giuridiche, il BIT non prevede ulteriori requisiti (come lo svolgimento di un'attività economica sostanziale nello Stato d'origine o con riferimento agli assetti proprietari).

Inoltre, il BIT non include una clausola di *denial of benefit*, ossia una disposizione che consenta allo Stato ospitante di negare la protezione del trattato a un investimento altrimenti coperto (ad esempio, nel caso in cui il beneficiario effettivo dell'investitore sia cittadino di uno Stato contro il quale lo Stato ospitante ha emanato restrizioni economiche e/o commerciali). Un altro punto di grande interesse, ad esempio, alla luce delle sanzioni emanate dall'UE (ma non

dalla Turchia) contro specifici individui ed entità russe in seguito all'annessione russa della Crimea e alla recente invasione dell'Ucraina.

La protezione del trattato non esclude le questioni fiscali, le sovvenzioni e i sussidi, gli appalti pubblici o altre questioni (come gli investimenti in attività culturali, i servizi forniti nell'esercizio dell'autorità governativa, ecc.).

L'articolo 2, co. 2, afferma il principio secondo cui "Entrambe le Parti contraenti assicurano in ogni momento un trattamento giusto ed equo degli investimenti degli investitori dell'altra Parte contraente". Questa clausola (talvolta definita "clausola FET") non qualifica l'obbligo dello Stato ospitante facendo riferimento al diritto internazionale né includendo un elenco esemplificativo o esaustivo di elementi più specifici (ad esempio, diniego di giustizia e flagranti violazioni del giusto processo; trattamento manifestamente arbitrario; evidente discriminazione; trattamento manifestamente abusivo che comporti coercizione o molestie continue e ingiustificate; violazione delle legittime aspettative).

D'altra parte, il BIT vieta espressamente le misure ingiustificate o discriminatorie. Tuttavia, non prevede un obbligo specifico di accordare piena protezione e sicurezza agli investitori e agli investimenti.

L'articolo 2, co. 3, facilita l'ingresso e il soggiorno dei cittadini dello Stato di origine nel territorio dello Stato ospitante per scopi connessi a un investimento coperto.

L'articolo 2, co. 4, prevede l'obbligo per lo Stato ospitante di rendere pubbliche tutte le leggi, i regolamenti, le pratiche amministrative e le procedure relative agli investimenti.

L'articolo 3 stabilisce il principio del trattamento nazionale e contiene la clausola della nazione più favorita. Lo Stato ospitante deve concedere agli investitori stranieri un trattamento non peggiore di quello riservato ai propri cittadini (o ai cittadini di una terza parte, se più favorevole). Vale la pena notare che quanto sopra si applica solo alla fase successiva alla costituzione dell'investimento, mentre non si applica agli accordi di integrazione economica. In altre parole, ad esempio, gli investitori turchi ai sensi del BIT non godono del trattamento dei cittadini dell'UE in Italia, in quanto tale trattamento è delineato nei trattati dell'UE (ossia negli accordi di integrazione economica).

L'articolo 4 riguarda la protezione da conflitti (guerra o altre forme di conflitto armato, stato di emergenza, rivolta, insurrezione, sommossa o altri eventi simili) sulla base del trattamento nazionale / nazione più favorita. D'altra parte, non è previsto il diritto assoluto al risarcimento (tale diritto è solitamente concesso in situazioni in cui le perdite sono state causate dalle forze o dalle autorità dello Stato ospitante).

L'articolo 5 stabilisce la protezione dall'esproprio. L'articolo copre anche l'espropriazione indiretta, sebbene non ne fornisca una definizione. Nessun caso

(come ad esempio in ipotesi di misure di carattere generale) è escluso dalla nozione di espropriazione.

L'articolo 6 prevede il libero trasferimento dei fondi relativi all'investimento, solo a condizione che vengano rispettati gli obblighi fiscali. Il BIT non prevede eccezioni specifiche (come quelle talvolta stabilite per proteggere i creditori in caso di insolvenza).

L'articolo 7 contiene la clausola di surrogazione, in base alla quale se lo Stato di origine copre le perdite subite da un investitore nello Stato ospitante, si surroga nel diritto dell'investitore e può esercitarlo nella stessa misura dell'investitore.

I meccanismi di risoluzione delle controversie sono disciplinati dagli articoli 8 e 9. Mentre l'articolo 9 riguarda le controversie tra gli Stati contraenti, l'articolo 8 si riferisce alle controversie tra gli investitori e lo Stato ospitante. Riguarda qualsiasi controversia relativa all'investimento, prevede i possibili fori (tribunali nazionali dello Stato ospitante, ICSID, UNCITRAL ed eventuali altri fori concordati) e contiene il consenso dello Stato ospitante all'arbitrato ICSID.

L'articolo 10 prevede la clausola di inderogabilità: se un altro trattato internazionale, di cui gli Stati contraenti sono parti, o la legislazione nazionale dello Stato ospitante, prevede un trattamento più favorevole per gli investitori/investimenti, tale altro trattato (o legislazione nazionale) prevarrà nella parte pertinente sulle disposizioni del BIT.

L'articolo 11 riguarda l'entrata in vigore del BIT, avvenuta, come detto, il 2 marzo 2004.

Per quanto riguarda la sua durata, ai sensi dell'articolo 12 il BIT rimane in vigore per dieci anni ed è tacitamente rinnovato per cinque anni. Attualmente si trova nel secondo periodo di rinnovo che scade il 1° marzo 2024. Ciascuno Stato contraente può impedire il rinnovo dandone comunicazione scritta un anno prima della data di scadenza (cioè entro il 1° marzo 2023). In caso di mancato rinnovo, in forza di una c.d. sunset clause, agli investitori viene garantita la protezione del BIT per i cinque anni successivi alla scadenza del BIT con riferimento agli investimenti effettuati prima di tale scadenza.

*
**

Sanzioni e arbitrabilità

di Roberto Oliva

Le sanzioni adottate contro alcuni enti e individui russi dopo l'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione Russa potrebbero sollevare un problema di arbitrabilità delle controversie tra gli enti sanzionati e i terzi.

Questo non è un argomento nuovo per i professionisti dell'arbitrato internazionale, poiché è stato affrontato in passato quando la comunità internazionale ha adottato sanzioni, ad esempio, contro l'Iraq o l'Iran. Le sanzioni attuali sono in qualche modo diverse (ad esempio, non sono adottate dalle Nazioni Unite) e sono più simili a quelle adottate contro la stessa Federazione Russa in seguito all'annessione della Crimea.

La questione richiede ora ulteriore attenzione, sia per la portata delle nuove sanzioni sia per la rilevanza nel commercio internazionale di alcune delle entità sanzionate.

A prima vista, l'analisi della questione potrebbe partire dall'unico atto legislativo che affronta espressamente il rapporto tra sanzioni e procedimenti arbitrali: Il Regolamento dell'Unione Europea n. 883 del 2014, come modificato dal Regolamento dell'Unione Europea n. 1269 del 2022. Questo regolamento esclude chiaramente dall'ambito delle sanzioni le “transazioni strettamente necessarie per garantire l'accesso a (...) procedimenti arbitrali, nonché per il riconoscimento o l'esecuzione di (...) un lodo arbitrale reso in uno Stato membro”.

Il significato apparente di questa disposizione è che le sanzioni non riguardano direttamente l'arbitrato. Non è un caso che diverse istituzioni arbitrali europee abbiano accolto con grande soddisfazione l'emanazione di tale disposizione.

Tuttavia, questa prima impressione si rivela errata.

La disposizione si limita ad affermare, in poche parole, che le sanzioni non si applicano ai pagamenti effettuati dalle entità sanzionate a favore di istituzioni arbitrali, arbitri e avvocati. Il suo ambito di applicazione è molto simile a quello della licenza generale recentemente rilasciata nel Regno Unito a favore della London Court of International Arbitration. Tuttavia, questa disposizione (come la licenza britannica) non affronta la questione in oggetto, quella dell'arbitrabilità delle controversie.

In effetti, non esiste una risposta univoca.

Per chiarezza, per quanto riguarda la questione in oggetto, possiamo distinguere due tipi di giurisdizioni.

Un primo tipo di giurisdizioni – le “giurisdizioni di tipo A” – sono piuttosto conservatrici. In queste giurisdizioni, una controversia può essere deferita a un tribunale arbitrale solo se le parti sono autorizzate a disporre dei diritti sottostanti.

Il secondo tipo di giurisdizioni – le “giurisdizioni di tipo B” – sono invece più liberali. In questi ordinamenti, non importa se le parti possono disporre liberamente dei loro diritti. Una controversia può essere sottoposta ad arbitri se riguarda un interesse economico. Non è richiesto nulla di più.

Tenendo presente questa grande distinzione, è possibile fare una valutazione preliminare degli effetti delle sanzioni sulla questione dell'arbitrabilità. Le sanzioni hanno o possono avere grandi effetti – potenzialmente dirompenti – sull'arbitrato nelle giurisdizioni di Tipo A. Nelle giurisdizioni di tipo B, invece, i loro effetti sono piuttosto limitati.

Tali effetti possono verificarsi (i) prima o (ii) durante il procedimento arbitrale. La parte che ritiene la controversia non arbitrabile a causa delle sanzioni può (i) ignorare la clausola arbitrale e avviare un'azione legale presso i tribunali statali, o (ii) sollevare un'obiezione nel corso del procedimento arbitrale, o (iii) intentare un'azione legale presso i tribunali statali mentre l'arbitrato è in corso. Ma la parte soccombente può anche utilizzare l'argomento della non arbitrabilità per impedire la circolazione del lodo ai sensi dell'art. V, comma 2, lettera a) della Convenzione di New York. Nel prossimo futuro, il rischio è quello di avere una serie di lodi “zoppi”, validi ed efficaci nella giurisdizione in cui sono stati emessi ma non eseguibili in altre giurisdizioni (un problema anche ai sensi dell'art. 42 del Regolamento ICC o di altre norme simili).

Partendo dalla giurisdizione di tipo A, il primo esempio è l'Italia.

Il Codice di procedura civile italiano prevede che siano arbitrabili solo le controversie relative a diritti di cui le parti possono disporre. Se il diritto non è disponibile, se le parti non possono disporre liberamente del diritto in contestazione, la giurisdizione su tale controversia spetta solo ai tribunali dello Stato.

Sorge quindi una domanda. Le sanzioni hanno l'effetto di trasformare un diritto disponibile, come il diritto a ricevere un corrispettivo contrattuale, in un diritto non disponibile? Allo stato attuale della legislazione italiana, la risposta sembra positiva, anche in considerazione della natura di norme di ordine pubblico delle sanzioni.

In effetti, i tribunali italiani si sono già pronunciati sul punto: la Corte d'Appello di Genova nel maggio 1994 e, più recentemente, la Corte di Cassazione nel novembre 2015. Le sanzioni che allora entrarono in gioco furono quelle adottate contro l'Iraq. E in entrambi i casi la conclusione è stata che, in conseguenza delle sanzioni, i diritti sono diventati indisponibili e quindi non c'è spazio per l'arbitrato.

La sentenza della Corte d'Appello di Genova contiene anche un chiarimento molto interessante. Quando si parla di diritti di cui le parti non possono disporre in conseguenza delle sanzioni, si parla di tutti i diritti derivanti dal contratto tra l'ente sanzionato e il terzo. È incluso il diritto di chiedere la risoluzione del contratto (per forza maggiore, impossibilità sopravvenuta e così via). Infatti, come ha affermato la Corte, "altrimenti, potremmo trovarci di fronte alla possibilità (o meglio, al rischio) che le parti dispongano di diritti di cui non possono disporre a causa delle sanzioni".

Lo stesso chiarimento è contenuto anche nella decisione della Corte di Cassazione. La Suprema Corte ha infatti affermato che il rapporto contrattuale deve essere valutato "nella sua interezza", e che non è possibile distinguere tra diritti dell'ente sanzionato (di cui le parti non possono disporre) e diritti del terzo (di cui potrebbe disporre). Tutti i diritti e gli interessi derivanti dal contratto sono diritti e interessi di cui le parti non possono disporre. L'arbitrato non è possibile.

La recente riforma della legge italiana sull'arbitrato, che entrerà in vigore nel giugno 2023, non ha modificato la definizione di controversie arbitrabili. Non c'è quindi motivo di credere che i tribunali italiani cambieranno le loro conclusioni. Se hanno giurisdizione, emetteranno una decisione nel merito, sostenendo che una clausola arbitrale tra un'entità sanzionata e una terza parte è nulla o, comunque, inapplicabile. Se viene richiesto il riconoscimento di un lodo straniero emesso a favore o contro un'entità sanzionata, il riconoscimento può essere rifiutato.

Esistono altre due giurisdizioni di tipo A, di particolare interesse per i loro rapporti con la Federazione Russa, in cui l'arbitrabilità è definita in modo sovrapponibile a quella italiana: Svezia e Turchia.

La legge svedese sull'arbitrato stabilisce che sono arbitrabili le controversie "in relazione alle quali le parti possono raggiungere una transazione". Questa definizione appare per certi versi ancora più restrittiva di quella italiana, e non c'è dubbio che le sanzioni precludano una transazione tra ente sanzionato e terzo.

La Corte d'Appello di Svea, nel novembre 2005, e la Corte Suprema svedese, nel novembre 2012, hanno ritenuto che due controversie che coinvolgevano parti russe e che non potevano essere oggetto di transazione in base al diritto russo fossero comunque arbitrabili in base al diritto svedese. Tuttavia, si tratta di casi molto diversi e anche in questo caso le Corti hanno chiarito che per tali situazioni è necessario un approccio caso per caso.

In questo approccio caso per caso, potrebbe anche essere possibile che i tribunali svedesi distinguano sulla base degli specifici diritti oggetto delle richieste delle parti; in altre parole, potrebbero fare proprio quella distinzione che i tribunali italiani si sono rifiutati di fare. Pertanto, un tribunale arbitrale svedese potrebbe emettere un lodo nel merito, ad esempio, se il ricorrente è l'entità non sanzionata e chiede il corrispettivo per i servizi resi prima delle sanzioni o la risoluzione del contratto a causa delle sanzioni. D'altro canto, la situazione sarebbe incerta nel caso di una richiesta di risarcimento avanzata dall'entità sanzionata. Inoltre, eventuali domande riconvenzionali o eccezioni sollevate dall'entità sanzionata complicherebbero ulteriormente la questione, portando addirittura a una possibile separazione del procedimento.

In effetti, almeno in un caso è stato emesso un lodo a Stoccolma in un procedimento arbitrale che coinvolgeva un'entità sanzionata: Pesa contro Ural Trans Mash. Le sanzioni in questione erano quelle emanate in seguito all'invasione della Crimea e questo caso ha dato il via alla prima applicazione delle controsanzioni procedurali russe nel dicembre 2021. Ciononostante, il tribunale arbitrale ha emesso un lodo nel merito, ritenendo che la controversia fosse arbitrabile.

Inoltre, alcune voci nella comunità arbitrale internazionale indicano che sono attualmente in corso procedimenti arbitrati a Stoccolma tra entità recentemente sanzionate e terze parti.

In definitiva, si potrebbe concludere che esiste il rischio che i procedimenti arbitrati disciplinati dal diritto svedese non possano essere avviati o proseguiti a causa delle sanzioni. Tuttavia, in assenza di precedenti dei Tribunali svedesi sul punto specifico, allo stato non è possibile determinare l'entità del suddetto rischio.

La Turchia è l'altra giurisdizione di tipo A in cui l'arbitrabilità è definita in termini simili all'Italia.

Tuttavia, la Turchia non ha adottato, almeno finora, sanzioni contro la Federazione Russa. La questione è quindi più complicata: per il diritto turco, nessuna questione pregiudica la possibilità delle parti di disporre dei propri diritti; tuttavia, potrebbe accadere che tali diritti non siano disponibili per una parte a causa di disposizioni di ordine pubblico della propria giurisdizione (ad esempio, se tale parte è un'entità con sede nell'Unione Europea). Non sono state riportate decisioni dei tribunali turchi sull'argomento o su argomenti correlati. Pertanto, non si può escludere completamente il rischio che le sanzioni

influenzino gli arbitrati turchi. Tuttavia, per il momento tale rischio sembra abbastanza remoto.

Lo stesso meccanismo potrebbe valere per altre giurisdizioni di tipo A, come alcune giurisdizioni del Nord Africa e del Medio Oriente, che si trovano in una posizione molto simile a quella della Turchia.

L'altro gruppo significativo di giurisdizioni – quelle di tipo B – definisce l'arbitrabilità delle controversie in base al fatto che esse riguardano un interesse economico.

Il primo esempio di giurisdizione di tipo B è la Svizzera.

Secondo il diritto internazionale privato svizzero, qualsiasi controversia che riguardi un interesse economico può essere oggetto di arbitrato. Vale la pena notare che la Corte Suprema svizzera ha già esaminato la questione delle sanzioni commerciali. Ha esaminato lo stesso caso che è stato esaminato in Italia dalla Corte d'Appello di Genova nel 1994. Ed è giunta a una conclusione opposta: secondo la Corte svizzera, la controversia tra la società italiana e l'entità irachena sanzionata avrebbe potuto essere decisa dal tribunale arbitrale. In poche parole, le sanzioni non incidono sull'arbitrabilità, ma solo sul contenuto del diritto da applicare al merito.

Anche la Francia è una giurisdizione di tipo B, ma particolare. Infatti, l'art. 2050 del Codice civile francese stabilisce che “non è possibile stipulare una convenzione arbitrale che riguardi (...)”, tra le altre cose, anche “l'ordine pubblico”.

Tuttavia, tale articolo si applica solo all'arbitrato nazionale francese. Per quanto riguarda l'arbitrato internazionale, i tribunali francesi hanno un approccio molto liberale. In effetti, anche una Corte francese – la Corte d'Appello di Parigi – si è occupata della vicenda decisa dalla Corte d'Appello di Genova. Ed è giunta alle conclusioni già raggiunte dalla Corte Suprema svizzera: le sanzioni non escludono l'arbitrabilità.

La decisione della Corte d'appello di Parigi è interessante anche da un altro punto di vista. Oltre a informarci che la Francia è una giurisdizione di tipo B, ci informa anche del fatto che i tribunali francesi sarebbero riluttanti a riconoscere una decisione emessa in una giurisdizione di tipo A da un tribunale statale che sostiene che una clausola arbitrale stipulata da un'entità sanzionata non è operativa.

Alle stesse conclusioni giungerebbero altre due giurisdizioni di tipo B, la Germania e l'Austria: infatti, sebbene non vi siano precedenti in queste giurisdizioni, esse adottano una definizione di arbitrabilità sovrapponibile a quella della Svizzera. Una controversia è arbitrabile se riguarda un interesse economico. E una controversia tra un'entità sanzionata e una terza parte implica un interesse economico. Si consideri, ad esempio, il caso tra le Ferrovie russe e

il loro appaltatore tedesco, che ha portato alla recente emissione a Mosca di un'ingiunzione anti-processo che impedisce all'appaltatore tedesco di avviare un procedimento arbitrale a Vienna. La controversia sarebbe arbitrabile in base al diritto austriaco, ossia il diritto della sede dell'arbitrato. Tuttavia, il lodo non sarebbe eseguibile in Russia a causa della suddetta ingiunzione. Non sarebbe neppure eseguibile nelle giurisdizioni di tipo A che adottano sanzioni (come l'Italia), dove l'arbitrabilità dipende dalla possibilità delle parti di disporre dei propri diritti.

Analogamente, passando dalle giurisdizioni di civil law a quelle di common law, si potrebbe ragionevolmente ritenere che le sanzioni contro la Federazione Russa non impediscano il deferimento di una controversia all'arbitrato. L'Arbitration Act inglese, ad esempio, tace completamente sulla questione dell'arbitrabilità e i tribunali inglesi sono molto restii ad accogliere eccezioni che affermano la non arbitrabilità di una controversia. Una situazione molto simile a quella francese in materia di arbitrato internazionale. È molto difficile che una Corte inglese segua l'orientamento secondo cui una controversia può essere deferita ad arbitri solo se riguarda diritti di cui le parti possono liberamente disporre.

La stessa situazione si verifica negli Stati Uniti. In effetti, l'evoluzione della giurisprudenza statunitense negli ultimi quarant'anni è stata considerata un esempio lampante del declino della dottrina della non arbitrabilità in questo campo.

In definitiva, è necessaria una particolare cautela e un approccio caso per caso: l'arbitrabilità è una questione molto delicata per i tribunali nazionali, ancor più delicata a causa delle sanzioni. Non è possibile dare una risposta univoca che si applichi a tutti gli arbitrati commerciali internazionali. Al contrario, è necessario valutare le caratteristiche specifiche della giurisdizione le cui leggi disciplinano la questione dell'arbitrabilità. Inoltre, occorre tenere conto del rischio (o meglio, della probabilità) che una controversia relativa a un rapporto contrattuale tra un'entità sanzionata e una terza parte possa essere decisa da (i) un tribunale statale in Russia (come conseguenza delle controsanzioni russe), (ii) un tribunale statale in una giurisdizione di tipo A (poiché le sanzioni potrebbero impedire l'arbitrato in queste giurisdizioni) e (iii) un tribunale arbitrale in una giurisdizione di tipo B (poiché le sanzioni non influiscono sull'arbitrato in queste giurisdizioni). Ciò comporterebbe anche decisioni contrastanti e seri problemi nella loro circolazione ed esecuzione.

*
**

**Impugnazione della delibera assembleare per nullità e
compromettibilità in arbitri**

Trib. Milano, 26 ottobre 2022, n. 8411

[OMISSIS]

L'eccezione pregiudiziale di incompetenza del Tribunale adito formulata dalla società convenuta in relazione alla presenza nello statuto sociale della clausola che riserva all'arbitrato rituale la cognizione di tutte le controversie tra la società ed i soci è fondata.

L'art. 25 dello statuto della Novam s.r.l. prevede, infatti, che “tutte le controversie che dovessero sorgere tra la società, i soci, gli amministratori ed i liquidatori, in dipendenza dell'atto costitutivo e del presente statuto, saranno deferite, nei limiti consentiti dalla legge, al giudizio di tre arbitri nominati dal Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti competente in base alla sede sociale. Gli arbitri così nominati giudicheranno ritualmente”(v. doc. 14 di parte attrice).

Nell'ampio perimetro applicativo della disposizione statutaria in questione rientra senza dubbio la presente controversia avente ad oggetto la validità di delibere assembleari, impugnate dall'attrice nella sua pretesa qualità di socia per successione ereditaria, prospettando violazioni di posizioni giuridiche che attengono esclusivamente alla sua sfera individuale, e che, quindi, non investono diritti indisponibili.

Come noto l'indisponibilità del diritto conteso costituisce l'unico limite posto all'autonomia negoziale nella devoluzione agli arbitri della risoluzione delle controversie nascenti dal vincolo societario e previsto dall'art. 34 comma 1 del d. lgs. 5/2003, secondo cui “Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad 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”.

Nella delimitazione della categoria delle controversie societarie aventi ad oggetto diritti indisponibili la giurisprudenza di legittimità ha espresso, in relazione alle impugnazioni di delibere assembleari, un orientamento più drastico secondo cui l'area della non compromettibilità è ristretta all'assoluta indisponibilità del diritto e, quindi, alle sole nullità insanabili” (Cass.20.09.2012, n. 15890; Cass. 31.10.2018 n. 27736) inducendo a considerare compromettibili in arbitri anche tutte le impugnazioni per nullità delle delibere assembleare soggette a termini di

decadenza, e un orientamento più elastico che configura l'indisponibilità del diritto solo laddove l'impugnazione riguardi censure relative alla violazione di norme che "trascendono l'interesse" del socio in quanto tale, coinvolgendo invece interessi dell'intera collettività (Cass. 13.10.2016 n. 20674; Cass. n. 10.6.2014 n. 13031; Tribunale di Milano 26.3.2019 in RG 15483/2018).

Nel caso in esame nessuna delle censure mosse dall'attrice alle deliberazioni impugnate attiene alla violazione di norme imperative poste a tutela dell'interesse generale dei terzi e del mercato, trattandosi di violazioni la cui rilevanza, quando non è addirittura confinata al rapporto fra i coeredi del socio defunto (come il difetto di convocazione dell'assemblea prospettato in relazione alla mancanza in capo al rappresentante comune dell'autorizzazione dell'assemblea della comunione o del giudice tutelare, l'illegittimità della divisione della comunione e dell'accrescimento), ha valenza meramente endosocietaria (come il difetto di convocazione dell'altro socio deceduto o l'illegittimità dell'applicazione della clausola statutaria di gradimento).

In altri termini i vizi dedotti dall'attrice a motivo di impugnazione delle deliberazioni configurano unicamente la violazione di diritti disponibili relativi al rapporto sociale afferenti esclusivamente al suo interesse individuale di coerede del socio defunto a rimanere o ad essere considerata socia.

Non sussistono, quindi, ostacoli sotto il profilo della disponibilità dei diritti oggetto di controversia all'applicazione della clausola compromissoria.

Nessun dubbio può sussistere, poi, sull'applicabilità della clausola compromissoria pur in presenza di contestazioni fra le parti sulla qualità di socia dell'attrice.

La clausola compromissoria vincola, infatti, i contendenti anche nell'ipotesi in cui ad essere in contestazione sia proprio la qualità di socio per espressa previsione dell'art. 34 comma 3 d. lgs. 5/2003 secondo cui "la clausola è vincolante per la società e per tutti i soci inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto di controversia."

Inneggabile, del resto, che anche le doglianze svolte dall'attrice prospettando la sua qualità di socia per successione ereditaria in relazione all'illegittima applicazione della clausola statutaria 7.3 che disciplina le condizioni di trasmissibilità mortis causa della quota sociale rientrano nell'ambito applicativo della clausola compromissoria che attiene, appunto, a qualsiasi controversia tra la società ed il socio derivante dall'applicazione dello statuto.

In ogni caso, il fatto che l'attrice non abbia mai acquisito la qualità di socia per effetto del limite alla trasmissibilità mortis causa della quota sociale insito nella clausola statutaria 7.3 che, richiamando la disciplina della società di persone, subordina il verificarsi dell'effetto traslativo della titolarità della quota sociale del defunto al gradimento, e cioè al consenso negoziale dei soci superstiti (Tribunale di Milano 28-1-2021 n. 567; Tribunale di Milano 8.11.2021 (RG 33160/2021)), è questione che attiene al merito e non investe l'individuazione del giudice competente da farsi, secondo il principio generale espresso dall'art. 10 c.p.c., sulla sola prospettazione desumibile dalla domanda dell'attore.

La clausola compromissoria deve, quindi, essere ritenuta applicabile alla presente causa, in quanto riguardante l'impugnazione di deliberazioni assembleari con riferimento alla prospettazione di vizi di invalidità che involgono solo diritti disponibili inerenti la posizione individuale del preteso socio.

Pertanto deve essere dichiarata l'incompetenza del Tribunale adito, essendo la controversia devoluta alla cognizione del collegio arbitrale di cui all'art. 25 dello statuto della società convenuta.

[OMISSIS]

Il commento
di Stefano Fermi

Il Tribunale di Milano ribadisce, con una recente pronunzia, l'ampia operatività delle clausole arbitrali contenute negli Statuti sociali, da estendersi anche all'impugnazione delle deliberazioni assembleari con la sola eccezione delle c.d. nullità insanabili.

In particolare, parte attrice, coerede di un socio deceduto ed esclusa dalla partecipazione sociale in ragione dell'esercizio di una clausola di gradimento da parte dei soci superstiti, agiva contro la società di capitali per sentir dichiarare la nullità della deliberazione con la quale si prendeva atto dell'esclusione e del conseguente accrescimento della quota del socio non ammesso, in favore degli altri soci.

La società, costituitasi in giudizio, eccepiva che la causa dovesse essere trattata in sede arbitrale in ragione di una disposizione dello Statuto che demandava agli arbitri tutte le controversie tra la società ed i soci.

Parte attrice, tuttavia, replicava che le censure mosse riguardavano nullità c.d. insanabili in quanto afferenti alla violazione di diritti indisponibili. Pertanto, il regime di tali nullità avrebbe dovuto essere sottratto alla competenza arbitrale secondo orientamento giurisprudenziale consolidato. Sosteneva, altresì, l'insanabilità dell'invalidità invocata affermando che l'erede del socio premorto non fosse legittimato a convocare l'assemblea per via di un difetto di autorizzazione da parte della comunione ereditaria venutasi a creare con la morte del de cuius.

Proseguiva l'attrice affermando che, in ogni caso, la presa d'atto dell'esclusione e dell'accrescimento avrebbero prima dovuto essere iscritti nel registro delle imprese.

Sulla base di tali assunti, l'impugnante lamentava la contrarietà dei deliberati a norme imperative ed all'ordine pubblico e, quindi, riteneva che le relative questioni non potevano considerarsi disponibili alla competenza arbitrale.

Il Tribunale, ritenuto che il giudizio rientrasse nell'ampio perimetro applicativo della clausola arbitrale, basa la propria decisione sull'analisi circa la natura disponibile o meno delle materie invocate dall'attrice, osservando come le predette censure riguardassero, in realtà, argomenti estranei all'ordine pubblico, spiegando che, invece, erano inerenti a questioni strettamente individuali dell'aspirante socia. Riguardo al difetto di convocazione, la critica era infatti confinata alle qualità ed ai poteri dell'erede convocante e quindi al mero rapporto successorio (o di comunione) tra persone fisiche, che rimane ovviamente estraneo al contratto sociale.

Mentre con riferimento all'esercizio della clausola di gradimento, osserva il Tribunale come non possa che avere rilevanza puramente endosocietaria; e non c'è spazio per obiezioni in proposito dato che si discute qui della posizione di una persona fisica che aspirava a diventare socia dopo la morte del *de cuius*.

Per il che, il Tribunale non ha trovato ostacoli alla disponibilità dei diritti in discussione e quindi alla compromettibilità in arbitri e ciò anche in virtù del richiamo all'art. 34, co. 3, d.lgs. 5/2003 secondo il quale la clausola arbitrale "è vincolante per la società e per tutti i soci inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto di controversia".

Appurata la stretta attinenza all'individualità dell'attrice dei diritti da ella rivendicati e, quindi, la loro disponibilità, il Giudice ambrosiano non ha potuto che attenersi al proprio pregresso orientamento secondo cui: "l'unico limite all'arbitrabilità di controversie anche fondate su rapporti sociali è l'indisponibilità dei diritti che coinvolgono, ormai circoscritta alle ipotesi di violazione di norme inderogabili di legge poste a tutela di interessi sovraordinati a quelli della società e dei suoi soci" (Trib. Milano, 23 aprile 2018, n. 4594). Posizione che, del resto, è stata ormai unanimemente assunta dalla giurisprudenza (*ex multis*: Cass., Sez. VI Civ., 25 giugno 2014, n. 14340, e Trib. Venezia, 08 gennaio 2015, n. 35).

Pertanto il Tribunale ha respinto le domande di parte attrice dichiarando la propria incompetenza in favore degli arbitri.

A margine, merita interesse il fatto che il Tribunale non abbia ritenuto di verificare perché la controversia in questione si può considerare insorta tra la società e il socio, come effettivamente previsto dalla clausola in parola (la riserva arbitrale demandava agli arbitri tutte le controversie tra società, soci, amministratori e liquidatori).

In effetti, parte attrice, essendo stata colpita dallo "sgradimento" dei soci superstiti, non risulta avere mai assunto la qualità di socio e, quindi, non pareva così scontato che ella potesse annoverarsi nella lista di soggetti contemplati dal testo della clausola arbitrale.

Probabilmente il Giudice ha ritenuto di non soffermarsi sull'aspetto meramente tuzioristico concernente la parola "socio" ed ha assorbito tale passaggio nel consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui: "lo statuto della società, in quanto atto negoziale, deve essere interpretato secondo i canoni ermeneutici previsti dagli artt. 1362 e ss. cc, indagando quale sia stata la comune volontà delle parti senza limitarsi al senso letterale delle parole e che l'art. 808 quater cpc dispone che nel dubbio la convenzione d'arbitrato deve essere interpretata nel senso che la competenza arbitrale si estenda a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce" (*ex multis*, Trib. Torino, 17 giugno 2021, n. 1012; App. Napoli, 09 settembre 2022, n. 3718).

Del resto, a conclusione analoga giungeva, per esempio, il Tribunale di Venezia (16 agosto 2016, n. 2178) il quale, ritenendosi incompetente, affermava che "una

clausola statutaria che preveda che “le controversie che potessero insorgere tra la società e i soci, gli amministratori e i liquidatori in dipendenza del presente statuto, saranno decise da un collegio di tre arbitri nominati dal Presidente del Tribunale di Treviso”, debba essere interpretata nel senso che sussista la competenza del collegio arbitrale per tutte le controversie dipendenti dal rapporto sociale (nei limiti della loro arbitrabilità, secondo la disciplina prevista dall’art. 34 D.Lgs. n. 5/2003), ivi comprese le controversie in tema di impugnazione di delibere assembleari”.

*
**

Notifica del lodo

C. App. Milano, 4 novembre 2022, n. 3466

[OMISSIS]

In punto di diritto si può preliminarmente osservare, riprendendo un principio affermato in tema di notificazione delle sentenze che può trovare applicazione anche nel caso di specie, che “Alla regola secondo cui la notificazione della sentenza non ammette equipollenti, per i fini di cui all’art. 326 c.p.c., si fa tuttavia eccezione in un caso: quando la parte abbia non solo acquisito conoscenza legale - e non di mero fatto - della sentenza, ma l’abbia acquisita con un atto non ad altro destinato, che a provocarne l’impugnazione, ovvero ad impugnarla (così già Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 1539 del 02/02/2012, Rv. 621568, in motivazione; nonché, più esplicitamente, Sez. 3, Sentenza n. 5793 dell’8.3.2017)” (Cass. 5495/19, in motivazione).

Nel caso di specie deve ritenersi che, indipendentemente da eventuali vizi formali nella trasmissione del lodo, la parte impugnante abbia avuto conoscenza legale del lodo mediante l’attività notificatoria della controparte, volta a provocarne l’impugnazione, e che, pertanto, il termine breve sia decorso.

Va rilevato, infatti, che, nonostante l’impugnante deduca che il file, notificato via pec dalla parte resistente e contenente il lodo, fosse “corrotto”, non risulta, tuttavia, alcuna prova di tale allegazione.

Dalle difese complessive e dai documenti prodotti si desume, invece, che il file notificato dalla parte resistente era completo e corrispondente all’originale.

L’impugnante ha prodotto il lodo impugnato sub doc. 1 in allegato all’atto di impugnazione: sebbene in tale documento, costituito dalla scansione di un documento cartaceo sottoscritto con firme autografe, non vi sia alcuna attestazione di conformità, l’impugnante non contesta, anzi implicitamente con la produzione ammette, che tale documento sia corrispondente all’originale cartaceo del lodo.

L’impugnante ha poi prodotto con la comparsa conclusionale il doc. 35, indicandolo come la copia del lodo ricevuta il 25.9.2021 via pec dal Segretario del Collegio Arbitrale.

Il doc. 1 e il doc. 35 sono identici.

Il doc. 2 prodotto dalla resistente, contenente la relata di notifica del lodo, contiene un documento informatico identico ai suddetti documenti 1 e 35.

Non vi è, quindi, prova di alcuna incompletezza né di difformità tra l’originale del lodo e la copia informatica notificata dalla resistente, essendovi, invece, la prova della loro conformità.

Sotto altro profilo si può rilevare che, anche ove vi fosse un vizio nell'attività notificatoria della resistente, per non essere stata notificata la copia scansionata dell'originale cartaceo bensì inviata la copia informatica ricevuta dal Segretario del Collegio Arbitrale, tale vizio, che non ha implicato, come si è detto, la notifica di una copia incompleta o difforme, non sarebbe idoneo ad inficiare la notifica ai fini della decorrenza del termine breve.

Come ha osservato il S.C. in relazione alla notifica delle sentenze, affermando un principio ancora una volta applicabile anche nella presente fattispecie “La mancanza, nella copia della sentenza notificata, della attestazione di conformità all'originale, rilasciata dal cancelliere, non incide sulla validità della notificazione, attesa la tassatività dei casi di nullità previsti dall'art. 160 c.p.c., e non ne comporta l'inidoneità a far decorrere il termine breve per l'impugnazione, salvo che il destinatario della notifica non lamenti l'incompletezza della copia ricevuta o la difformità tra tale copia e l'originale” (Cass. 10138/22).

Si può, sul punto, aggiungere, facendo applicazione del suddetto principio, che, ove il destinatario lamenti una incompletezza o difformità ma in giudizio venga accertato, come nella fattispecie, che la copia notificata risulta conforme all'originale, il termine breve decorre, anche se nella copia manchi l'attestazione di conformità all'originale.

[OMISSIS]

Il commento di Federico Banti

La Corte di Appello di Milano, con la pronuncia in commento, definisce in rito un procedimento di impugnazione di un lodo arbitrale (reso all'esito di un procedimento arbitrale rituale di diritto avente ad oggetto una controversia in tema di affitto di ramo d'azienda) accogliendo l'eccezione di tardività sollevata dalla parte appellata.

In fatto, la parte appellata aveva notificato la copia informatica del lodo ricevuta via posta elettronica certificata dal Segretario del Collegio Arbitrale, anziché una copia dichiarata conforme all'originale cartaceo. Per la precisione, la parte appellata aveva notificato copia informatica del lodo arbitrale attestando che “la copia informatica del file denominato “Lodo definitivo.pdf”, è conforme all'originale informatico comunicato dal Collegio Arbitrale a mezzo PEC”.

L'appellante aveva notificato il proprio appello oltre il termine breve di 90 giorni dalla notifica del lodo, previsto ai sensi dell'art. 828, co. 1, cod. proc. civ., di qui l'eccezione di inammissibilità dell'appello per tardività.

La parte appellante si richiama al principio di cui all'art. 824 cod. proc. civ. a mente del quale: “gli arbitri redigono il lodo in uno o più originali. Gli arbitri danno comunicazione del lodo a ciascuna parte mediante consegna di un originale o di una copia attestata conforme dagli stessi arbitri, anche con spedizione in plico raccomandato, entro dieci giorni dalla sottoscrizione del lodo”. In sostanza, la parte appellante contesta l'inammissibilità dell'appello eccependo la nullità (o comunque l'invalidità) della notificazione effettuata dalla

parte appellata, in quanto avente ad oggetto una copia del lodo non dichiarata conforme all'originale cartaceo (e come tale idonea, a detta della parte appellante, a far decorrere il termine breve di cui all'art. 828 cod. proc. civ.).

In favore della tesi di parte appellata, la Cassazione aveva avuto modo di stabilire il seguente principio: “In tema di ricorso per cassazione, la notifica della sentenza impugnata effettuata alla controparte a mezzo PEC è idonea a far decorrere il termine breve d'impugnazione nei confronti del destinatario ove il notificante provi di aver allegato e prodotto la copia cartacea del messaggio di trasmissione, delle ricevute di avvenuta consegna e di accettazione, della relata di notificazione nonché della copia conforme della sentenza, salvo che il destinatario della notifica non ne contesti la regolarità sotto uno o più profili. (Nella specie, la S.C. ha escluso la tardività del ricorso per cassazione, dedotta dal controricorrente con riferimento alla prima notifica effettuata a mezzo PEC, in quanto il ricorrente ne aveva contestata la regolarità in relazione all'estrazione della copia su supporto analogico ed il notificante aveva pertanto proceduto a una seconda notifica, con conseguente decorrenza del termine per impugnare dalla data di quest'ultima)”. (Cass., Sez. Lavoro, 19 giugno 2019, n. 16421).

Nel senso della necessità di una corretta attestazione di conformità, a pena di nullità della notificazione, anche una pronuncia della Corte di Appello di Roma: “Ai fini della validità della notifica via pec il notificante deve redigere una relazione di notifica redatta, come prescrive l'art. 3-bis L 53/1994, su documento informatico separato, sottoscritto con firma digitale ed allegato al messaggio di posta elettronica certificata. Tale relazione deve contenere ... l'attestazione di conformità di cui al secondo comma del medesimo articolo, cioè l'attestazione prevista nel caso in cui l'atto da notificare sia cartaceo ed è stato, quindi, generato con lo scanner un file contenente la scansione per immagine dello stesso. ... La mancanza nella relata dell'attestazione di conformità della copia informatica al cartaceo da cui è tratta è sanzionata dall'art. 11 della L. n. 53/1994 con la nullità della notificazione” (C. App. Roma 25 novembre 2019, n.4197).

Tuttavia, e giustamente, la Corte di Appello di Milano rifugge approcci eccessivamente formalistici allorquando, come nel caso concreto, non sia in discussione la “conoscenza legale del lodo acquisita dalla parte impugnante per effetto dell'attività notificatoria della controparte, volta a provocarne l'impugnazione”.

E infatti, la Corte di Appello di Milano fa proprio l'indirizzo giurisprudenziale di Cassazione in tema di notificazione delle sentenze secondo il quale: “Alla regola secondo cui la notificazione della sentenza non ammette equipollenti, per i fini di cui all'art. 326 c.p.c., si fa tuttavia eccezione in un caso: quando la parte abbia non solo acquisito conoscenza legale – e non di mero fatto – della sentenza, ma l'abbia acquisita con un atto non ad altro destinato, che a provocarne l'impugnazione, ovvero ad impugnarla (così già Sez. 6 – 3, Ordinanza n. 1539 del 02/02/2012, Rv. 621568, in motivazione; nonché, più esplicitamente, Sez. 3, Sentenza n. 5793 dell'8.3.2017)” (cfr. Cass., Sez. III Civ., 26 febbraio 2019, n. 5495).

Non solo. La Corte di Appello di Milano si spinge oltre rilevando che anche ove vi fosse un vizio nell'attività notificatoria della appellata, per non essere stata notificata la copia scansionata dell'originale cartaceo (bensì per essere stata notificata la copia informatica ricevuta dal Segretario del Collegio Arbitrale), tale vizio non sarebbe da considerarsi idoneo ad inficiare la notifica ai fini della decorrenza del termine breve.

In questo senso, la Corte di Appello di Milano aderisce al (e richiama espressamente il) principio espresso dalla giurisprudenza di Cassazione secondo cui "La mancanza, nella copia della sentenza notificata, della attestazione di conformità all'originale, rilasciata dal cancelliere, non incide sulla validità della notificazione, attesa la tassatività dei casi di nullità previsti dall'art. 160 c.p.c., e non ne comporta l'inidoneità a far decorrere il termine breve per l'impugnazione, salvo che il destinatario della notifica non lamenti l'incompletezza della copia ricevuta o la difformità tra tale copia e l'originale. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto idonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione la notificazione della copia del provvedimento impugnato, a sua volta pervenuta al notificante dalla cancelleria in esecuzione dell'adempimento imposto dall'art. 133 c.p.c., in quanto la stessa era stata effettuata a mezzo p.e.c. dal procuratore della parte notificante e non vi era contestazione circa la sua corrispondenza all'originale)" (Cass., Sez. III Civ., 29 marzo 2022, n. 10138).

Sul punto pare pertinente anche Cass., Sez. III Civ., 08 novembre 2019, n. 28818, secondo cui: "Le eventuali irritalità delle notifiche a mezzo PEC rilevano in quanto siano rapportate in concreto alla lesione del diritto di difesa della controparte, e ad una specifica doglianza di questa sulle conseguenze di quelle irritalità; in base al principio di correttezza e leale collaborazione, se non di autoresponsabilità in capo ad entrambe le parti, non hanno rilievo le irritalità in relazione alle quali la parte interessata non abbia dedotto, e se del caso provato, lo specifico pregiudizio subito. (Nella specie, è stato escluso rilievo alla carenza di asseverazione o attestazione di conformità della copia della sentenza notificata, in relazione alla decorrenza del termine breve di impugnazione.)".

Nel medesimo senso, si è del resto recentemente espressa anche altra giurisprudenza di merito:

"La notifica a mezzo pec della sentenza, ancorché priva dell'attestazione di conformità all'originale del provvedimento estratto dal fascicolo telematico, è idonea a far decorrere il termine breve per proporre l'impugnazione se la parte destinataria non provi che la irritalità della notifica abbia menomato il suo diritto di difesa (ad esempio per incompletezza della copia, o per non conformità al suo originale), non essendo sufficiente la generica deduzione della non conformità o irritalità della stessa." (C. App., Firenze, 29 settembre 2021, n. 1828);

"La notifica della sentenza effettuata a mezzo PEC è idonea a far decorrere il termine breve d'impugnazione nei confronti del destinatario se la parte

notificante allegli e produca la copia del messaggio di trasmissione a mezzo posta elettronica certificata, le ricevute di avvenuta consegna e accettazione, la relata di notifica sottoscritta digitalmente dal difensore, nonché l'atto notificato. Va altresì precisato che anche la notifica telematica della sentenza mediante copia informatica priva di regolare attestazione di conformità all'originale è idonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione." (C. App. Catania, 10 febbraio 2022, n. 276).

In conclusione, nel fare proprio un siffatto orientamento, la Corte di Appello di Milano conferma che, anche in ambito di notificazioni di lodi arbitrali, l'eventuale carenza di attestazione di conformità all'originale (e a maggior ragione ogni sua irregolarità), non invalida la notificazione né impedisce la decorrenza del termine breve per l'impugnazione laddove in giudizio venga accertato che la copia del lodo notificata è effettivamente conforme all'originale.

**



Rivista giuridica pubblicata da
Arbitration in Italy Ltd