Elena Zucconi Galli Fonseca

DIRITTO DELL'ARBITRATO

seconda edizione

Sentenze

Bononia
University Press

Bononia University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
info@buponline.com

Prima edizione: ottobre 2021

SOMMARIO

CAPITOLO I

L'ARBITRATO NEL SISTEMA DELLA GIUSTIZIA

1. Cassazione civile sez. un., 03/08/2000, n. 527

2. Cassazione civile sez. un., 25/10/2013, n. 24153

CAPITOLO II

L'ARBITRATO NEL SISTEMA DEGLI STRUMENTI EXTRA-GIUDIZIALI DI SOLUZIONE DELLE LITI

1. Cassazione civile sez. III, 16/02/2016, n. 2996

CAPITOLO III

LE FONTI DELL'ARBITRATO

1. CEDU, IV Section, Decision as to the admissibility of Application No. 31737/96 by Osmo Suovaniemi and others against Finland

2. CEDU, III Section, Décision, Requête n° 41069/12, Noureddine Tabbane c. Suisse

3. CEDU, III Section, Requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, Affaire Mutu et Pechstein c. Suisse

4. Corte Costituzionale, 14/07/1977, n. 127

5. Corte Costituzionale, 09/05/1996, n. 152

CAPITOLO VI

L'ARBITRABILITÀ DEI DIRITTI

1. Cassazione civile sez. VI, 28/09/2020, n. 20462

2. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 01/06/1999, Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV

3. Cassazione civile sez. VI, 16/04/2018, n. 9344

4. Cassazione civile sez. VI, 13/02/2017, n. 3744

5. Corte di Giustizia UE sez. I, causa C-168/05, Elisa María Mostaza Claro contro Centro Móvil Milenium SL

6. Cassazione civile sez. VI, 30/10/2012, n. 18671

7. Cassazione civile sez. VI, 31/10/2018, n. 27736

CAPITOLO VII

LA CONVENZIONE ARBITRALE

1. Cassazione civile sez. I, 25/05/2007, n. 12321

2. Cassazione civile sez. I, 21/03/2007, n. 6809

3. Cassazione civile sez. II, 31/03/2014, n. 7501

4. Cassazione civile sez. VI, 23/10/2017, n. 25054

5. Cassazione civile sez. un., 26/05/2015, n. 10800

6. Cassazione civile sez. VI, 31/10/2018, n. 27764

CAPITOLO VIII

GLI ARBITRI

1. Consiglio di Stato sez. IV, 17/10/2003, n. 6335

2. Cassazione civile sez. VI, 28/05/2019, n. 14476

3. Cassazione civile sez. VI, 09/06/2020, n. 10985

4. Cassazione civile sez. I, 04/06/2014, n. 12531

5. Cassazione civile sez. I, 08/02/2007, n. 2774

6. Cassazione civile sez. I, 29/10/2002, n. 15227

CAPITOLO IX

L'INIZIO DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE: LA DOMANDA D'ARBITRATO

1. Cassazione civile sez. I, 10/07/2013, n. 17099

2. Cassazione civile sez. I, 20/02/2012, n. 2400

3. Cassazione civile sez. un., 05/05/2011, n. 9839

4. Cassazione civile sez. I, 14/09/2012, n. 15445

CAPITOLO X

I RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIUDIZIO STATUALE

1. Cassazione civile sez. VI, 06/10/2017, n. 23473

2. Cassazione civile sez. un., 26/10/2020, n. 23418

3. Corte Costituzionale, 19/07/2013, n. 223

4. Cassazione civile sez. un., 28/11/2017, n. 28361

5. Corte giustizia UE grande sezione, 10/02/2009, n. 185

6. Corte giustizia UE grande sezione, 13/05/2015, n. 536

CAPITOLO XI

LO SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE

1. Cassazione civile sez. I, 04/05/2011, n. 9761

2. Cassazione civile sez. I, 21/02/2019, n. 5243

3. Cassazione civile sez. I, 07/09/2020, n. 18600

4. Cassazione civile sez. I, 26/09/2007, n. 19949

5. Cassazione civile sez. II, 26/09/2018, n. 22994

6. Cassazione civile sez. I, 21/02/2019, n. 5243

7. Cassazione civile sez. II, 26/05/2004, n. 10141

8. Cassazione civile sez. II, 04/03/2011, n. 5265

CAPITOLO XIII

LA PLURALITÀ DI PARTI E LA SUCCESSIONE

1. Cassazione civile sez. I, 16/06/2000, n. 8231

CAPITOLO XIV

PLURALITÀ DI DOMANDE E QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1. Corte Costituzionale, 28/11/2001, n. 376

2. Corte giustizia UE IV sezione, 27/01/2005, C-125/04

3. Cassazione civile sez. III, 03/09/2007, n. 18525

4. Cassazione civile sez. I, 06/10/2020, n. 21497

CAPITOLO XV

IL LODO

1. Cassazione civile sez. I, 28/09/2015, n. 19163

2. Cassazione civile sez. I, 27/10/2016, n. 21739

3. Cassazione civile sez. un., 18/11/2016, n. 23463

CAPITOLO XVI

LE IMPUGNAZIONI DEL LODO

1. Cassazione civile sez. un., 30/03/2021, n. 8776

2. Cassazione civile sez. II, 08/11/2013, n. 25258

3. Cassazione civile sez. I, 17/10/2018, n. 26008

4. Cassazione civile sez. I, 31/07/2020, n. 16553

5. Cassazione civile sez. I, 03/04/2020, n. 7681

6. Cassazione civile sez. un., 09/05/2016, n. 9284

7. Cassazione civile sez. un., 12/02/2019, n. 4135

8. Corte Costituzionale, 30/01/2018, n. 13

CAPITOLO XVII

I COSTI E LA RISERVATEZZA

1. Cassazione civile sez. I, 21/03/2014, n. 6736

2. Cassazione civile sez. I, 07/08/2019, n. 21058

3. Cassazione civile sez. un., 07/12/2016, n. 25045

4. Cassazione civile sez. II, 05/08/2016, n. 16594

5. Cassazione civile sez. I, 11/09/2015, n. 17956

CAPITOLO XVIII

L'ARBITRATO IRRITUALE

1. Cassazione civile sez. I, 07/08/2019, n. 21059

2. Cassazione civile sez. I, 29/03/2012, n. 5105

3. Cassazione civile sez. VI, 31/07/2017, n. 19060

4. Cassazione civile sez. I, 17/02/2014, n. 3665

5. Cassazione civile sez. I, 21/07/2010, n. 17114

6. Cassazione civile sez. II, 31/03/2006, n. 7623

7. Cassazione civile sez. I, 20/04/2018, n. 9924

8. Corte Costituzionale, 20/07/2016, n. 196

CAPITOLO XIX

IL RICONOSCIMENTO DEL LODO STRANIERO

1. Cassazione civile sez. I, 11/12/2013, n. 27734

2. Cassazione civile sez. I, 12/03/2018, n. 5895

3. Cassazione civile sez. I, 05/08/2020, n. 16701

4. Cassazione civile sez. I, 08/10/2008, n. 24856

CAPITOLO I
L'ARBITRATO NEL SISTEMA DELLA GIUSTIZIA

Cassazione civile sez. un., 03/08/2000, n. 527

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati
Dott. Andrea VELA - Primo Presidente -
Dott. Francesco AMIRANTE - Pres. di Sez.
Dott. Giovanni OLLA, relatore - Pres. di Sez.
Dott. Alfio FINOCCHIARO - Consigliere -
Dott. Erminio RAVAGNANI - Consigliere -
Dott. Giovanni PAOLINI - Consigliere -
Dott. Alessandro CRISCUOLO - Consigliere -
Dott. Ernesto LUPO - Consigliere -
Dott. Enrico ALTIERI - Consigliere -
ha pronunciato la seguente

SENTENZA
ricorso iscritto al n. 10552 del Ruolo Affari Civili per l'anno 1999, proposto da
COMUNE DI CINISELLO BALSAMO, in persona del Sindaco in carica, autorizzato a stare in giudizio con delibera della Giunta Municipale n. 200 del 15 aprile 1998, elettivamente domiciliato in Roma, Via G. Avezzana n. 6, presso lo studio dell'avvocato Adolfo Di Majo che - unitamente e disgiuntamente agli avvocati Francesco Tagliarini e Velio G. Scalzaretto - lo rappresenta in virtù di procura speciale in calce al ricorso per regolamento di giurisdizione e lo difende,
- ricorrente

contro
A.E.M., società per azioni con sede in Milano, in persona del legale rappresentante in carica, elettivamente domiciliata in Roma, Lungo Tevere Marzio n. 3, presso lo studio dell'avvocato Alberto Romano che - unitamente agli avvocati Crisanto Mandrioli, Guido Greco e Manuela Moscardini, la rappresenta in virtù di procura speciale per scrittura privata autenticata con atto notaio R. Tedeschini n. 122.333 di repertorio, e la difende,
- controricorrente

per regolamento preventivo di giurisdizione in ordine al giudizio di impugnazione di nullità del lodo arbitrale sottoscritto il 23 giugno ed il 1 luglio 1997, proposto dal Comune di Cinisello Balsamo davanti alla Corte d'appello di Milano con citazione notificata il 23 giugno 1998, ed iscritto al n. 1663 del Ruolo Generale Affari Contenziosi Civili per l'anno 1998.
Udita, nella pubblica udienza del 10 marzo 2000, la relazione del Consigliere dottor Giovanni Olla;
udito, per il ricorrente, l'avvocato Di Majo;
uditi, per la controricorrente, gli avvocati Scalzaretto e Romano;
udito, per il Pubblico Ministero, l'Avvocato Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione dottor Paolo Dettori, il quale ha concluso per l'inammissibilità del regolamento.

Svolgimento del processo
1.1.1. - Con contratto - concessione 31 gennaio 1913, il Comune di Cinisello Balsamo concedette alla società L'Union des gaz il diritto esclusivo di porre e mantenere sotto la sede di tutte le strade comunali, le tubazioni per la condotta del gas", nonché l'esercizio del servizio di distribuzione nell'ambito comunale di quella fonte energetica.
Per quel che rileva ai fini del presente giudizio, detta convenzione prevedeva:
- all'art. 1, la durata della concessione sino al 31 dicembre 1941;
- all'art. 18, le pattuizioni: "alla scadenza della concessione d'esercizio sarà in facoltà del Municipio, qualora avesse ad esercitare direttamente l'industria del gas, di acquistare gli "impianti" a prezzo di perizia"; "nel caso che il Municipio rinunci all'acquisto, la società potrà per una durata uguale continuare l'esercizio nelle stesse condizioni, ma senza monopolio, ribassando il prezzo del gas consumato dal Municipio di un centesimo per ogni decennio successivo a partire dal 31° anno e cioè (*) dal 1941";
- all'art. 19, la clausola: "la società l'Union des gaz potrà cedere il presente contratto in qualsiasi momento ad altri alle stesse condizioni". 1.1.2. - La concessione fu validamente rinnovata, com'è incontroverso, sino al 30 novembre 1970. 1.1.3. - Peraltro, durante il periodo di rinnovo, la società l'Union des gaz cedette la gestione dell'esercizio alla società Edison - poi Montedison - che la effettuava ancora alla predetta data del 30 novembre 1970. 11.4. - Nella realtà storica, la Montedison effettuò la gestione del servizio sino al 14 luglio 1981.
A decorrere da quest'ultima data nella posizione giuridica della Montedison subentrò, poi, l'Azienda Energetica Municipale (A.E.M.) di Milano, in forza di una "convenzione di riscatto" sottoscritta il 30 giugno 1981. 1.1.5. - Da ultimo, in data 11 luglio 1995, il Comune di Cinisello Balsamo e la A.E.M. stipularono due convenzioni:
- con la prima, l'ente locale concesse all'A.E.M. il pubblico servizio di distribuzione del gas, per tutti i possibili usi, in esclusiva e sino al 31 dicembre 2004;
- con la seconda - denominata "atto di riconoscimento del rapporto pregresso" - le parti disciplinarono la situazione relativa alla gestione del servizio in questione da parte dell'A.E.M. per il periodo 1981 - 1994.
Peraltro, nella premessa della prima delle predette convenzioni furono inserite le seguenti pattuizioni:

- pur in presenza della definizione del rapporto pregresso "rimane impregiudicata tra le parti la questione relativa alla proprietà degli impianti, nel senso che l'AEM ritiene che essi siano di sua completa ed esclusiva proprietà, mentre il Comune ritiene che gli stessi gli appartengano in tutto o in quota";
- per la definizione di quella questione le parti avvieranno "un procedimento formale";
- la relativa decisione "non avrà alcun effetto... sulla convenzione "di concessione" risolvendosi eventualmente nell'obbligazione dell'AEM di versare al Comune il corrispettivo per la quota di proprietà che ad esso venisse riconosciuta".

Nel dettaglio, le posizioni delle parti in ordine a siffatta questione erano così articolate.

A) L'A.E.M. sosteneva:
- che la cessione della gestione dell'esercizio del servizio distribuzione gas effettuata da L'Union des gaz in favore della Edison era opponibile all'ente locale concedente, di modo che detta cessionaria era subentrata, validamente ed efficacemente, nel rapporto di concessione che aveva la sua fonte ed il suo regolamento nella convenzione del 31 gennaio 1913;
- che la prosecuzione della gestione da parte dell'Edison prima, e della Montedison poi, durante il periodo 1970 - 1981 era avvenuta in forza di un rinnovo ex art. 18 della Convenzione, o di una proroga tacita, o di un assentimento;
- che - una volta che il Comune di Cinisello Balsamo non aveva mai proceduto alla dichiarazione di acquisto degli impianti ai sensi dell'art. 18 della Convenzione - l'Edison ne era rimasta proprietaria;
- e che, stante il suo subentro nella posizione giuridica della Montedison (già Edison) essa era, a tutti gli effetti, proprietaria degli impianti di cui trattasi.

B) Di contro, il Comune di Cinisello Balsamo sosteneva:
- che la cessione del servizio in favore della Edison da parte della concessionaria L'Union des gaz non le era opponibile;
- che, conseguentemente, allorquando, il 30 novembre 1970, era scaduto il contratto con l'Union des gaz, l'Edison non aveva titolo all'applicazione in suo favore della pattuizione di cui all'art. 18 della convenzione del 1913, ed a far valere alcun suo diritto di proprietà sugli impianti, nè al rinnovo in suo favore della convenzione;
- che nessuna rilevanza in contrario assume la continuazione della gestione del servizio per il periodo 1970 - 1981, atteso che era avvenuta in via di mero fatto;
- che in questa situazione era divenuta proprietaria dell'impianto in forza o dell'istituto della devoluzione gratuita, ovvero di uno dei modi di acquisto della proprietà previsti nel Codice civile;
- e che, pertanto, in nessun modo la A.E.M. poteva essere divenuta proprietaria dell'impianto. 2.1. - Al fine di dirimere siffatta controversia, le parti adirono un collegio arbitrale sulla base - alternativamente e congiuntamente - di un patto commissorio inserito nella convenzione dell'11 luglio 1995 ed in un compromesso sottoscritto il 14 gennaio 1997. 2.2. - Nel procedimento arbitrale - rituale e di diritto - le parti riproposero le rispettive linee difensive avanti riassunte.

In tale sede, poi, l'A.E.M. eccepì la nullità della clausola compromissoria e del compromesso sulla base del rilievo che il *thema decidendum* deferito agli arbitri incideva su una concessione di pubblico servizio e, perciò,

su una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva dell'Autorità Giudiziaria Amministrativa, giusta il disposto dell'art. 5 L. 6 dicembre 1971 n. 1034. 2.3. - Il collegio arbitrale, - decidendo, a maggioranza, con lodo sottoscritto il 23 giugno ed il 1 luglio ed il 1 luglio 1997 - ha "accertato e dichiarato la propria carenza di giurisdizione in ordine ai quesiti sottopostigli dalle parti".

Gli arbitri hanno così argomentato.

Stante le linee difensive sviluppate dalle parti, la "questione relativa alla proprietà degli impianti, di natura squisitamente privatistica" non esaurisce il *thema* dell'arbitrato. Ciò perché essa questione "coinvolge in via pregiudiziale la decisione sulla durata della concessione originaria, ossia la determinazione del momento nel quale l'originario rapporto concessorio è venuto meno, la legittimità del preteso subentro nel 1981 da parte dell'A.E.M., l'ampiezza ed il contenuto dei diritti eventualmente ceduti ai sensi dell'art. 19". Infatti, la decisione sulla proprietà è condizionata dall'accertamento sulla "durata del precedente rapporto, della legittimità del subentro AEM, ed infine dalla qualificazione degli eventuali diritti ceduti", di modo che "per attribuire la proprietà degli impianti... risulta pregiudiziale interpretare il contenuto della concessione del 1913, ed in particolare, l'art. 18 concernente la disciplina del rinnovo e l'art. 19, che disciplina le modalità della cessione": vale a dire che il *thema decidendum* si estende necessariamente "a profili che non attengono a questioni di mera determinazione di "indennità, canoni o altri corrispettivi"", di una concessione di pubblico servizio, quale è quella consacrata nella convenzione del 1913, ma investono direttamente "la qualificazione del rapporto giuridico intercorso tra le parti" e la ricostruzione del suo contenuto.

Pertanto, a norma dell'art. 5 L. 6 dicembre 1971 n. 1034, la controversia rimane devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto il suo oggetto "certamente esula dal ristretto ambito riservato al giudice ordinario dal comma secondo dello stesso articolo "5 L. n. 1034-1971" in materia concessoria".

Di conseguenza, rimane preclusa la deferibilità di quella questione ad arbitri rituali. 3. - Il lodo non fu depositato. 4. - Il Comune di Cinisello Balsamo propose impugnazione per nullità ai sensi degli artt. 828 e 829 Cod. proc. civ., convenendo, all'uopo, la s.p.a. A.E.M. (subentrata, nelle more, nella posizione giuridica dell'Azienda Energetica Municipale Milanese) davanti alla Corte d'appello di Milano, con atto di citazione notificato il 23 giugno 1998.

Con l'impugnazione, l'Ente locale denunciò che il lodo è viziato nel punto - costituente il momento centrale della decisione - relativo alla ricostruzione dell'oggetto del giudizio. Difatti, sostenne, tale oggetto non coinvolge la qualificazione e la ricostruzione del contenuto della concessione del 1913 e - specie considerando il contenuto della clausola compromissoria e del compromesso - rimane rigorosamente circoscritto alla sola questione sulla proprietà degli impianti: dunque, ad una questione sicuramente devoluta all'autorità giudiziaria ordinaria.

La s.p.a. A.E.M. resistette all'impugnazione. 5. - Il Comune di Cinisello Balsamo ha proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione al fine di far "dichiarare la sussistenza della giurisdizione dell'Autorità Giurisdizionale Ordinaria in ordine alla domanda formulata da esso Comune nei confronti dell'A.E.M., ora A.E.M. s.p.a., nella causa dedotta, siccome ora pendente avanti la Corte d'appello di Milano". Tanto per le medesime ragioni poste a fondamento dell'impugnazione del lodo davanti alla detta Corte territoriale.

L'intimata s.p.a. A.E.M. resiste con controricorso.
Le parti hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 378 Cod. proc. civ.

Motivi della decisione

1. - L'istanza per regolamento di giurisdizione proposta dal Comune di Cinisello Balsamo pone, in via pregiudiziale, la questione (sollevata formalmente dalla controricorrente, ma in ogni caso rilevabile d'ufficio) dell'esperibilità dell'istituto previsto dall'art. 41 Cod. proc. civ. nel corso del giudizio di impugnazione per nullità di un lodo arbitrale ai sensi degli artt. 828 ed 829 Cod. proc. civ.
In ordine a tale problema - ed in applicazione della disciplina originaria dell'arbitrato, anteriore alle riforme del 1983 e del 1994 - questa Corte aveva affermato che dalla natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario dell'attività degli arbitri (i cui poteri decisori, perciò, si pongono su un piano sostitutivo di quelli del giudice ordinario, ed il cui lodo, una volta reso esecutivo dal pretore, equivale ad una sentenza avente efficacia esecutiva) consegue che lo stabilire se una controversia appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario - e in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali - ovvero a quella del giudice amministrativo configura una questione di giurisdizione, essendo analoga quella inerente al riparto di attribuzioni fra giudice ordinario e giudice amministrativo (cfr.
Cass. S.U. 4 luglio 1981 n. 4360 e 12 ottobre 1983 n. 5922); ma che, ciononostante, la questione di difetto di giurisdizione degli arbitri per essere la domanda devoluta alla cognizione del giudice amministrativo non è proponibile con istanza di regolamento di giurisdizione, né in corso di giudizio arbitrale, atteso che tale regolamento postula un procedimento davanti agli organi giurisdizionali dello Stato, né in pendenza dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, tenuto conto che il lodo stesso, dopo il decreto di esecutività del pretore, integra un provvedimento giurisdizionale, e detta impugnazione per nullità configura una fase di secondo grado del processo sia pure limitata alla denuncia di determinati vizi, sicché l'esperibilità del regolamento trova ostacolo nell'esistenza di una decisione nel merito in primo grado (Cass. S.U. 10 dicembre 1981 n. 6530, 10 dicembre 1981 n. 6532, ord. 5 dicembre 1985 n. 680).
La ricorrente dà atto dell'esistenza di siffatto orientamento, ma nega che possa essere mantenuto fermo dopo la riforma del regime dell'arbitrato rituale fissata dalla L. 5 gennaio 1994 n. 5, quanto meno in ordine alla conclusione circa l'inammissibilità del regolamento preventivo nel corso del giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale. Ciò per la ragione che, in virtù del regime introdotto da quella Novella, per un verso, il lodo non assume la natura di decisione di merito da parte di un organo giurisdizionale dello Stato od assimilabile ad un siffatto organo; e, per altro verso, l'impugnazione per nullità del lodo si struttura quale "primo concreto grado di giudizio davanti ad un organo giurisdizionale dello Stato", con la conseguenza, perciò, della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 41 Cod. proc. civ.. 2. - Il principio della non esperibilità del regolamento di giurisdizione, oltre nel corso del procedimento arbitrale, anche in pendenza del giudizio di impugnazione per nullità deve essere mantenuto fermo anche dopo la riforma dell'arbitrato di cui alla L. 5 gennaio 1994 n. 5, sia pure per ragioni diverse, ed addirittura antipomiche, rispetto a quelle poste a base dell'orientamento giurisprudenziale avanti richiamato. 3.1. - Queste Sezioni Unite hanno già affermato che le "modifiche apportate "dalla novella del 1994" agli artt. 825, 826, 827, 828, 829, 830 e 831 Cod. proc. civ.

con l'eliminazione anche del *nomen* di sentenza arbitrale, che nel testo originario del Codice, era attribuito al lodo dopo l'emanazione del decreto pretorile che lo dichiara esecutivo, sono sufficienti a cancellare ogni dubbio sulla natura del *dictum* arbitrale che è, e resta, un atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti"; e che di conseguenza, si deve escludere che si possa parlare di arbitri come di organi giurisdizionali dello Stato", e, addirittura, di "organi giurisdizionali" (v. sent. 24 maggio 1995 n. 377 e ord. 26 aprile 1996 n. 377).

Alla medesima conclusione è prevenuta anche la prima sezione civile di questa Corte, secondo la quale, la nuova normativa ha riconosciuto il c.d. diritto naturale dell'arbitrato, cioè una giustizia cognitiva privata che si estrinseca in un *dictum* di uno o più privati, che non siano giudici, reso su richiesta di entrambe le parti, al termine di un procedimento in cui gli arbitri risolvono la controversia mediante una regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto: in tal modo, il giudizio arbitrale, non dotato di ius imperii, ma basato solo sul consenso delle parti è divenuto autonomo rispetto al giudizio civile ordinario (Cass., 14 gennaio 1999 n. 345).

Dunque, l'orientamento di questa Corte è nel senso - coincidente con quello accolto dalla prevalente dottrina - della natura privata dell'arbitrato rituale e del *dictum* che lo definisce. 3.2. - Siffatta opzione ricostruttiva della natura dell'arbitrato non è resistita dagli argomenti sviluppati dalla dottrina minoritaria a sostegno dell'opposta concezione sulla natura giurisdizionale dell'arbitrato e del lodo. a) La presenza, nel lodo, degli elementi costitutivi ed ontologici della "sentenza" pronunciata dagli organi giurisdizionali dello Stato non è idonea a dimostrarne la natura giurisdizionale, per l'assorbente ragione che il nostro ordinamento positivo riconosce la validità di forme di composizione delle controversie che si realizzano attraverso atti negoziali comportanti sia un "accertamento" che una declaratoria delle conseguenti obbligazioni delle parti. b) La constatazione che la legge fissa in modo analitico il regime formale del procedimento arbitrale e del lodo, può solo dimostrare che l'ordinamento positivo ha "processualizzato" il procedimento arbitrale, ma non anche che lo ha "giurisdizionalizzato". c) Il rilievo che, per legge, il lodo è dotato (secondo alcuni Autori, in ogni caso, e secondo altri solo ove omologato con il provvedimento ex art. 825 Cod. proc. civ. o per effetto di una situazione giuridica equipollente) di tutti o di taluno degli effetti della sentenza pronunciata dai giudici dello Stato, non è determinante ai fini della soluzione del problema sulla natura dell'arbitrato.

Come osserva anche la dottrina pressoché unanime, l'attribuzione al lodo, a posteriori, di effetti propri della sentenza non può incidere sulla sua configurazione quale atto negoziale e, a forziori, sulla costruzione del giudizio arbitrale quale giudizio privato; e può essere intesa solo quale attribuzione *quoad effectum* che lascia inalterata la natura originaria.

Del resto, sulla non pertinenza del dato ai fini della soluzione del problema aveva convenuto anche il giudice delle leggi, addirittura in relazione al regime anteriore alle novelle del 1983 e del 1994, allorché aveva osservato che "il decreto pretorile "ex art. 825 Cod. proc. civ." conferisce al lodo l'efficacia e non la natura di sentenza, in modo che manca nell'arbitro il potere di produrre atti sostanzialmente identici a quelli pronunciati dalla potestà del giudice" (Corte Cost. 12 febbraio 1963 n. 2). 3.3. - Si deve ribadire, allora, il più recente

orientamento di questa Corte circa la natura privata dell'arbitrato. 4. Siffatta natura esclude la configurabilità del processo arbitrale come affidamento agli arbitri di una frazione di quello stesso potere giurisdizionale che la legge attribuisce ai (*) giudice dello Stato, e come forma sostitutiva della giurisdizione degli organi dello Stato.

Infatti, la connotazione qui disconosciuta è inscindibilmente collegata alla natura giurisdizionale dell'arbitrato; ed è ben per questo che nella meno recente giurisprudenza di questa Corte detta configurazione era stata giustificata proprio, ed unicamente, su quel presupposto (v. Cass. 4 luglio 1981 n. 4360).

La concezione sulla natura privata dell'arbitrato, invece, porta a qualificare il procedimento arbitrale come ontologicamente alternativo alla giurisdizione statuale, una volta che si fonda sul consenso delle parti, e che la decisione proviene da soggetti privati radicalmente carenti di potestà giurisdizionale di imperio. Vale a dire che il giudizio arbitrale è antitetico a quello giurisdizionale e ne costituisce la negazione.

Correlativamente, la devoluzione della controversia ad arbitri si configura quale rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, nonché quale manifestazione d'una opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico, secondo il *dictum* di soggetti privati. Da ciò, la puntuale identificazione, in dottrina, del compromesso quale patto di deroga della giurisdizione. 5. - Ciò esclude, necessariamente, che la questione avente ad oggetto la deferibilità ad arbitri di una controversia che l'ordinamento positivo attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, determini l'insorgere di una questione di riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e speciali dello Stato.

D'altra parte, l'opposta qualificazione si giustificava, ed era stata giustificata, unicamente col postulato (come s'è detto non più condivisibile) della natura giurisdizionale dell'istituto dell'arbitrato.

Nella stessa prospettiva, poi, si deve anche escludere che la contestazione, nel corso del giudizio arbitrale, della capacità degli arbitri di conoscere una controversia per essere la stessa devoluta alla giurisdizione (di legittimità od esclusiva) del giudice amministrativo, possa essere qualificata quale questione di giurisdizione in senso proprio e, ove accolta, determini il difetto della giurisdizione, in senso tecnicogiuridico, degli arbitri, una volta che, come s'è detto, questi non esercitano funzione giurisdizionali, né sono giudici.

Quella contestazione, invece, si configura quale eccezione di nullità del compromesso (o della clausola compromissoria) e del patto derogatorio della giurisdizione consacrato in questi atti, a cagione della non deferibilità ad arbitri della controversia: dunque, quale questione di merito.

In realtà, la stessa legge articola il regime processuale dell'arbitrato in funzione del presupposto dell'inconfigurabilità - essenziale e strutturale - sia di un difetto di giurisdizione in senso proprio degli arbitri e sia, correlativamente, di una questione di giurisdizione in senso tecnico nell'ambito del giudizio arbitrale.

L'art. 829 Cod. proc. civ. non prevede quale distinto motivo di impugnazione di nullità del lodo il "difetto della giurisdizione" degli arbitri o la violazione delle regole in tema di "giurisdizione", e in tal modo ricomprende tra le questioni di nullità del compromesso di cui al n. 1, quelle riguardanti la carenza del potere degli arbitri di decidere per essere la controversia devoluta in modo non derogabile ai giudici dello Stato: ebbene, come è evidente, la ragione di siffatto regime non può che consistere nella ritenuta antinomia tra questione di giurisdizione in senso tecnico e arbitrato anche rituale. Questo dato positivo, perciò, non solo conforta, ma addirittura impone, la conclusione avanti enunciata.

Si tratta, peraltro, di una conclusione non nuova nella giurisprudenza di questa Corte.
Era stata affermata in modo espresso nelle risalenti sentenze 21 dicembre 1945 n. 845 e 18 agosto 1949 n. 840.
Costituisce, poi, l'antecedente logico - giuridico indefettibile della soluzione data - nelle sentenze 3 aprile 2000 n. 88-S.U. e 10 agosto 1999 n. 580-S.U. - al quesito relativo all'applicabilità, nel corso di un arbitrato avente ad oggetto una controversia in tema di concessione in materia di lavori pubblici, dello *ius superveniens*, costituito dall'art. 31 bis comma 4 e 5 L. 14 febbraio 1994 n. 109 introdotto dall'art. 9 D.L. 9 aprile 1995 n. 105 convertito in L. 2 giugno 1995 n. 216, per i quali, rispettivamente, "ai fini della tutela giurisdizionale, le concessioni in materia di lavori pubblici sono equiparate agli appalti", e "le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle controversie relative ai lavori appaltati o concessi anteriormente alla data d'entrata in vigore della presente legge". Infatti, la ragione della soluzione affermativa è stata individuata nella constatazione che quelle disposizioni si strutturano quale precetto normativo sanante - *ex tunc*, e dunque con efficacia retroattiva - l'originaria nullità della clausola compromissoria, connessa alla devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di concessione di sola costruzione e alla sua conseguente non deferibilità agli arbitri.
Ora, siffatta *ratio decidendi* si riallaccia al postulato che nell'ambito dell'arbitrato non sia configurabile una questione di giurisdizione degli arbitri: il quesito, altrimenti, sarebbe stato risolto alla stregua del principio processuale, desunto dalla finalità della disciplina di cui all'art. 5 Cod. proc. civ., secondo cui la regola della *perpetuatio iurisdictionis* non opera quando il giudice difetti di giurisdizione al momento della proposizione della domanda, e tale difetto sia venuto meno nel corso del giudizio, con la conseguenza che, in tal caso, deve trovare applicazione la nuova disciplina in tema di giurisdizione. 6. - È principio, allora, che il contrasto sulla non deferibilità agli arbitri di una controversia per essere questa devoluta, per legge, alla giurisdizione (di legittimità od esclusiva) dell'Autorità Giudiziaria Amministrativa costituisce questione, non già di "giurisdizione" in senso tecnico, ma di merito, in quanto direttamente inerente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria, Rimane automaticamente escluso, di conseguenza, che siffatta questione possa essere proposta con il regolamento di giurisdizione di cui all'art. 41 Cod. proc. civ., essendo, questo, un mezzo processuale che - stante anche la sua natura straordinaria ed eccezionale - può essere esperito con limitato riferimento alle questioni di giurisdizione (in senso tecnico - giuridico) riconducibili al paradigma di cui all'art. 37 Cod. proc. civ..
Siffatta preclusione sussiste, inoltre, non solo nell'ambito del processo arbitrale ma, altresì, nell'ambito del giudizio di impugnazione di nullità ex artt. 828 Cod. proc. civ.. Per vero, la devoluzione della pronuncia arbitrale al giudice ordinario non immuta i limiti oggettivi e la natura della questione quali si configurano in sede arbitrale; ed il *thema decidendum* demandato al giudice ordinario rimane sempre circoscritto all'accertamento della validità del patto derogatorio della giurisdizione e, dunque, all'esame di una questione di merito.
Ne discende direttamente l'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione col quale venga sollevata la questione della non compromettibilità in arbitri di una controversia per essere la stessa devoluta alla

cognizione del giudice amministrativo, non solo se il regolamento sia proposto nel corso del giudizio arbitrale, ma anche se proposto in pendenza del giudizio di impugnazione per nullità. Di fronte all'enunciata ragione dell'inammissibilità del regolamento diventa irrilevante procedere allo scrutinio della tematica circa l'attuale natura e regime del giudizio di impugnazione per nullità del lodo, al fine di accertare se - come sostiene il ricorrente - a seguito della Novella del 1994, si strutturi quale "primo concreto grado del giudizio davanti ad un organo giurisdizionale dello Stato", e, in quanto tale, non ostativo all'esperimento dello strumento processuale di cui all'art. 41 Cod. proc. civ.. Ciò, pertanto, esime dalla relativa indagine. 7. - Dai principi accolti consegue l'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione introdotto dal Comune di Cinisello Balsamo, in quanto proposto nella pendenza di un giudizio di impugnazione per nullità di un lodo arbitrale.

Ovviamente, la relativa declaratoria preclude l'indagine sul merito della questione sollevata dall'Amministrazione istante.

Sussistono giusti motivi per compensare per intero tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE A SEZIONI UNITE

- dichiara inammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto dal Comune di Cinisello Balsamo;
- compensa per intero tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione, il 10 marzo 2000.

(*) n.d.r. così nel testo.

Cassazione civile sez. un., 25/10/2013, n. 24153

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -
Dott. TRIOLA Roberto Michele - Presidente di Sez. -
Dott. RORDORF Renato - Presidente di Sez. -
Dott. MASSERA Maurizio - Consigliere -
Dott. SEGRETO Antonio - rel. Consigliere -
Dott. SALVAGO Salvatore - Consigliere -
Dott. AMATUCCI Alfonso - Consigliere -
Dott. DI PALMA Salvatore - Consigliere -
Dott. MACIOCE Luigi - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso 27012-2011 proposto da:
LUXURY GOODS INTERNATIONAL SA, in persona dei legali rappresentanti pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CARLO POMA 2, presso lo studio dell'avvocato ORLANDO FABIO MASSIMO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato USAI FRANCESCO, per delega in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
SWAILI DIFFUSIONI S.R.L. IN LIQUIDAZIONE, in persona del liquidatore pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA BALDO DEGLI UBALDI 112, presso lo studio dell'avvocato PEDULLÀ LUIGI, rappresentata e difesa dall'avvocato PEZZANO ANTONIO, per delega in calce al controricorso;
- controricorrente -

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 5755/2010 del TRIBUNALE di FIRENZE;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 08/10/2013 dal Consigliere Dott. ANTONIO SEGRETO.

FATTO E DIRITTO

1. La società di diritto svizzero, Luxury Goods International SA, si è opposta davanti al tribunale di Firenze ad ingiunzione chiesta da Swaili Diffusioni s.r.l. per Euro 229.613,59 per compensi portati da 4 fatture. Luxury ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice italiano, essendo stata inter partes pattuita la clausola (art. 14) di compromesso per arbitri, disciplinato dalle regole della CCIA del Cantone Ticino. Si è opposta a tale eccezione la Swaili Diffusioni s.r.l. in liquidazione.

La Luxury Goods International SA ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione, al quale resiste la Swaili, eccependo l'inammissibilità dello stesso, non essendo la questione di competenza arbitrale estera una questione di giurisdizione ed in ogni caso eccependo la nullità della clausola compromissoria.

2.1. Secondo la ricorrente nella fattispecie sussisterebbe non la giurisdizione del giudice italiano, ma quella del collegio arbitrale svizzero individuato secondo le regole del CCIA del cantone Ticino, stante l'espressa clausola in questo senso, con cui le parti nel contratto avevano derogato alla giurisdizione italiana.

2.2. Ritengono, anzitutto queste Sezioni unite, rimeditando il proprio precedente orientamento, che non sia inammissibile il regolamento di preventivo di giurisdizione in presenza di compromesso (o clausola compromissoria) che preveda che le controversie siano devolute alla decisione di arbitri, e quindi anche in ipotesi di arbitrato estero, come nella fattispecie in esame.

2.3.Secondo l'originaria giurisprudenza di questa Corte, anteriore all'arresto S.U. n. 527 del 2000, il compromesso per arbitrato estero, che valesse a sottrarre al giudice italiano una determinata controversia, implicava, in mancanza di una diversa norma di legge o convenzione internazionale, il difetto di giurisdizione del medesimo giudice italiano, e ciò anche sul ricorso per accertamento tecnico preventivo inerente a detta controversia (Cass. S.U. 5049/1985; n. 6017/1979; n. 9380/1992). Ciò comportava che era ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione (Cass. S.U. n. 5397/1995; n. 58/2000).

2.4. Invece, con riferimento alla clausola compromissoria per arbitrato rituale italiano, si riteneva che l'*exceptio compomissi* configurasse una questione di competenza.

La contestazione delle attribuzioni del giudice ordinario, sotto il profilo della devoluzione della controversia alla cognizione di arbitri in forza di compromesso o clausola compromissoria, non implicava un problema di giurisdizione, bensì di competenza, in quanto riguarda una ripartizione di compiti nell'ambito del medesimo ordine giurisdizionale, e, pertanto, non era deducibile con istanza di regolamento preventivo di giurisdizione (Cass. S.U. n. 2149/84; n. 5568/1982; n. 1471/1976; n. 4360/81, N. 242/80; 1303/1987; n. 3767/1988).

2.5. In modo più articolato si era giunti a sostenere che dalla natura giurisdizionale (e sostitutiva della funzione del giudice ordinario) dell'attività degli arbitri rituali (il cui lodo, una volta reso esecutivo dal pretore, equivaleva, finché non ne fosse pronunciato l'annullamento, ad una sentenza avente efficacia esecutiva) conseguiva che, mentre lo stabilire se una controversia appartenesse alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configurava come questione di competenza, lo stabilire se una controversia appartenesse alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo configurava, invece, una questione di giurisdizione. (Cass. S.U. n. 4360/1981).

3.1. A fronte di detto orientamento costante, le S.U. di questa Corte con sentenza del 3.8.2000, n. 527, hanno effettuato un revirement per effetto del quale la pronunzia arbitrale ha assunto natura di atto di autonomia privata e correlativamente il compromesso si è configurato quale deroga alla giurisdizione. Pertanto, il contrasto sulla non deferibilità agli arbitri di una controversia per essere questa devoluta, per legge, alla giurisdizione di legittimità o esclusiva del giudice amministrativo costituisce questione, non già di giurisdizione in senso tecnico, ma di merito, in quanto inerente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria.

3.2. Per effetto di questo orientamento è inammissibile anche il regolamento preventivo di giurisdizione rivolto a far valere la carenza di giurisdizione del giudice adito, così come di ogni altro giudice della Repubblica Italiana, a fronte della presenza di un compromesso, o di una clausola compromissoria, che prevedano il ricorso ad un arbitrato estero, determinandosi in tal caso l'insorgere di una questione, non già di giurisdizione (posto che il "dictum" arbitrale è un atto di autonomia privata, non esercitando gli arbitri funzioni giurisdizionali), ma di merito, inerente all'accertamento, da effettuarsi dal giudice fornito di giurisdizione secondo i normali criteri di sua determinazione, della validità del patto prevedente l'arbitrato estero, il quale comporta la rinuncia ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o straniera (Cass. S.U., 05/01/2007, n. 35; Cass. S.U. 28/01/2005, n. 1735; Cass. Sez. Unite, 18/04/2003, n. 6349; Cass. Sez. Unite, 22/07/2002, n. 10723;

n. 10896/2003; Cass. 21.10.2009, n. 22236).

4.1. Ritiene questa Corte che tale orientamento vada rimeditato, anche alla luce delle ultime modifiche legislative. La tesi sulla natura negoziale del lodo rituale, e così anche sulla "unitarietà" del fenomeno arbitrale, è stata accolta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. S U., 3.8.2000, n. 527, seguita da molte sentenze successive che ha definito il procedimento di arbitrato rituale) come attinente ad istituto "ontologicamente alternativo alla giurisdizione statuale" perché formato sulla "rinunzia all'azione giudiziaria". Rimane, secondo questo filone giudiziario, un tratto distributivo tra le due figure di arbitrato. Con l'arbitrato rituale le parti vogliono un negozio suscettibile di divenire esecutivo con le forme e gli effetti di cui agli artt. 825 ss. c.p.c., mentre nell'arbitrato libero "esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie solo attraverso lo strumento negoziale". La soluzione in chiave schiettamente negoziale del *dictum* arbitrale nell'arbitrato rituale (mettendo fuori gioco la tradizionale dicotomia tra arbitrato rituale/sostitutivo del giudizio statale ed arbitrato libero/negozio) è valsa a risolvere in senso negativo la questione concernente l'ammissibilità del regolamento di competenza, che prima del revirement giurisprudenziale la nostra giurisprudenza ammetteva, anche se esclusivamente contro la sentenza con cui il giudice statale declinava la propria competenza in favore del foro arbitrale, nonché l'ammissibilità del regolamento di giurisdizione.

4.2. Osserva questa Corte che la spinta alla ricostruzione in chiave esclusivamente privatistica del *dictum* arbitrale (nell'arbitrato rituale) nasce dalla preoccupazione che soltanto questa mette l'istituto al riparo da rischio di incostituzionalità ex art. 102 Cost.

Il problema che si pone è se il legislatore possa equiparare a certe condizioni le pronunce arbitrali che rispettino un determinato iter processuale alle sentenze dei giudici civili, giurisdizionalizzandole, senza collidere con i principi costituzionali, in tema di tutela dei diritti.

4.3. Su questa premessa, anche dopo che il legislatore, con la riforma del 1994, ha compiuto il passo decisivo per riconoscere agli arbitri, nell'ambito delle facoltà loro attribuite dalle parti, poteri (inequivocabilmente) giurisdizionali, autorevole dottrina ribadisce che "poiché l'arbitrato è un valore irrinunciabile della moderna esperienza giuridica, per salvarlo nella vigenza della Costituzione del 1948, occorre ricostruirlo in chiave rigorosamente privatistica".

4.4. Senonché con sentenza 14.7.1977, n. 127 la Corte costituzionale ha rilevato che "il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come una dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24 Cost., comma 1) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102 Cost.". Ciò, in effetti, soggiunge la Corte "corrisponde al criterio di interpretazione sistematica del testo costituzionale (nel quale la portata di una norma può essere circoscritta soltanto da altre norme dello stesso testo (...); e corrisponde anche alla garanzia costituzionale dell'autonomia dei soggetti (...) autonomia che, mentre ad altro proposito è tutelata dagli artt. 41-44 Cost., nella materia che ne occupa e per le situazioni di vantaggio compromettibili è appunto garantita dall'art. 24 Cost., comma 1".

Si specifica così che la "fonte dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o più generalmente, in una volontà autoritativa: ed il principio fissato dall'art. 806 c.p.c. (...) (le parti possono far decidere da arbitri le controversie fra loro insorte ...) assume il carattere di principio generale, costituzionalmente garantito, dell'intero ordinamento".

4.5.In primo luogo, va sottolineata la correlazione necessaria fra potere di azione e giurisdizione che porta al coordinamento dell'art. 102 con l'art. 24 Cost., comma 1. In secondo luogo va valorizzato il rapporto di complementarietà individuato fra comma 1 e comma 2 dell'art. 102, talché il monopolio della giurisdizione statale, non va inteso in senso assoluto, ma nel quadro del divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali. Se la Corte avesse insistito sulla natura soltanto negoziale e privata dell'attività arbitrale, in quel caso paradossalmente, avrebbe finito per legittimare arbitrati obbligatori non sostenuti dalla "concorde volontà" delle parti, e per eludere così, la "sostanza" del precetto costituzionale. Il nucleo fondamentale che si estrae dalla sentenza, è dunque l'affermazione di compatibilità dell'istituto dell'arbitrato con il monopolio della giustizia statale nei limiti in cui esso non sia obbligatorio.

4.6. Si può trarre la conclusione che, come regola, la funzione giurisdizionale sui diritti si esercita davanti ai giudici ordinari, essendo tuttavia consentito alle parti, nell'esercizio di una libera ed autonoma scelta, di derogare a tale regola agendo "a tutela dei propri diritti" davanti a giudici privati, riconosciuti tali dalle legge, in presenza di determinate garanzie. L'autonomia delle parti si manifesta qui, non già (come è ovviamente possibile, e come avviene nell'arbitrato "contrattuale") come atto di disposizione del diritto, ma come atto incidente sull'esercizio del potere di azione che a quel diritto è connesso.

L'autonomia delle parti, nel settore dei diritti disponibili, opera come presupposto del potere, loro attribuito, di far decidere controversie ad arbitri privati, nelle forme e secondo le modalità stabilite dall'ordinamento giuridico.

Sulla base di questa premessa di compatibilità costituzionale, affinché il ricorso all'arbitrato possa considerarsi legittimo, occorre: a) che la deroga consacrata da volontà concorde delle parti su diritti disponibili operi nei confronti di una controversia conoscibile dal giudice ordinario; b) che l'arbitrato sia disciplinato da norme di legge che assicurino idonee garanzie processuali, non soltanto sul piano dell'imparzialità dell'organo giudicante, ma anche del rispetto del contraddittorio; c) la possibilità di impugnativa (nei limiti in cui l'ordinamento processuale tipizza fattispecie di nullità) davanti agli organi della giurisdizione ordinaria.

Tali caratteri appaiono, per l'arbitrato rituale, tali da integrare i requisiti (attitudine dell'organo, ancorché diverso da una struttura giudiziaria, ad espletare una funzione giudiziaria assicurando alle parti una "soluzione giurisdizionale della controversia") richiesti dalla Corte Europea sui diritti dell'uomo per rispettare il 6 della Convenzione di Roma del 4 novembre 1950.

4.7. La normativa, in parte introdotta con la L. n. 25 del 1994 ed in parte con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, pare contenere sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale, e per soddisfare quelle indicazioni, (sopra riportate) sui limiti entro i quali la scelta di un giudice diverso da quello statale può essere, dall'ordinamento, affidata alla autonomia dei privati. In base alla riforma del 1994, la proposizione dei mezzi di impugnazione non è (più; art. 827 c.p.c., comma 2) condizionata dall'emanazione del decreto di esecutività del lodo. È dunque quest'ultimo, e non la "sentenza arbitrale" ("in due pezzi"), oggetto dell'impugnazione prevista dalla legge processuale avanti agli organi della giurisdizione ordinaria.

Il termine per la proponibilità dell'impugnazione per nullità, se il lodo è notificato, è quello "breve" di novanta giorni dalla notificazione, altrimenti è quello annuale decorrente dalla data dell'ultima sottoscrizione.

Il lodo rimane autonomamente impugnabile, con l'azione di nullità, indipendentemente dall'exequatur, in virtù della stessa efficacia della sentenza pronunziata dall'Autorità Giudiziaria, fin dal momento in cui interviene l'ultima sottoscrizione (art. 824 bis c.p.c.). Il deposito del lodo, peraltro, si ricollega, oltre che alla sua esecutività (ed attitudine all'iscrizione ipotecaria, in virtù dell'art. 2819 c.c.) anche alla sua trascrivibilità, e conseguente efficacia anche verso terzi (v. art. 824 bis - efficacia della sentenza - ed art. 825 c.p.c. - deposito ed esecutività del lodo).

4.8. Correlativamente si sono concesse, contro il lodo, anche la revocazione straordinaria e l'opposizione di terzo sia ordinaria che revocatoria; si è concentrata nella Corte d'Appello la competenza funzionale a conoscere dell'impugnazione per nullità, estesa, oltre che all'inosservanza del principio del contraddittorio, all'ipotesi di contrarietà del lodo a sentenza passata in giudicato o ad altro precedente lodo, non più impugnabile. Sulla scorta del modello francese, si è condizionata la *potestas iudicandi* del giudice dell'impugnazione per nullità, nella fase rescissoria, e a decidere così nel merito la controversia, alla assenza di "concorde volontà contraria delle parti".

4.9.11 mutamento è di grande rilievo, e addirittura decisivo, per ciò che attiene al regime di impugnabilità del lodo, prima del deposito. Ma esso è tale da escludere, in radice, l'eventualità di una duplice natura del lodo stesso, negoziale, in un primo tempo, giurisdizionale dopo la dichiarazione di esecutività.

L'assimilazione in toto, alla domanda giudiziale, attribuita all'atto introduttivo dell'arbitrato, quanto alla prescrizione e alla trascrizione delle domande giudiziali, postulano l'equiparazione alla domanda giudiziale (esercizio dell'azione giudiziaria) dell'atto di promovimento del processo arbitrale, e l'attribuzione al lodo dell'attitudine non di efficacia negoziale, ma dell'efficacia e della autorità della cosa giudicata.

5.1. Quanto alla trascrizione, occorre considerare che l'effetto anticipatorio, conferito alla trascrizione dell'atto di promovimento del giudizio arbitrale, riguarda sia le fattispecie contemplate all'art. 2652 c.c. che quelle riguardate dall'art. 2653 c.c. (ai sensi della L. 5 gennaio 1994, art. 26, che ha aggiunto un ultimo comma ai due articoli del cod. civ.).

Entrambe le norme concernono l'efficacia dell'accertamento contenuto nel lodo verso terzi, laddove ogni atto che trova la sua base esclusivamente sulla volontà pattizia e dispositiva delle parti di un negozio, vale esclusivamente fra le parti ed è sfornita di efficacia nei rapporti dipendenti. Entrambe le norme si radicano alla nozione ed alla teoria dell'azione e coprono tutto lo spazio, coperto sia dalla azione come mera aspirazione ad una sentenza di merito, sia dalla azione in senso sostanziale, riferita cioè a situazioni che presuppongono fondata l'azione, ed alle norme tese ad evitare che la durata del processo ridondi in danno dell'attore, che ha ragione.

5.2. Nel caso dell'art. 2652 c.c., la disciplina sulla trascrizione si muove, non solo sul piano degli effetti sostanziali della domanda giudiziale, ma anche su quello degli effetti del giudicato sui rapporti dipendenti, e verso i terzi. L'attribuzione al lodo di questa efficacia, non limitata alle parti, ma estesa ai terzi, non può che postulare la sua equiparazione a una sentenza dei giudici dello Stato, e, in ogni caso, ad una pronuncia giurisdizionale. E, come tale, viene considerato il lodo che l'art. 831 c.p.c. novellato sottopone al rimedio giurisdizionale (presso la stessa Corte d'Appello competente per l'azione di nullità) dell'opposizione di terzo, anche ordinaria (art. 404, comma 1, codice). Ciò che presuppone, appunto, l'efficacia del lodo pronunciato inter alios, verso il terzo titolare di una situazione soggettiva che presenta elementi di identità con il rapporto oggetto della decisione arbitrale.

5.3. Nel caso dell'art. 2653 c.c., la norma sulla trascrizione della domanda, fornisce il mezzo tecnico che consente al processo di proseguire fra le parti originarie, valendo la sentenza anche nei confronti del successore a titolo particolare, (che sia) rimasto estraneo al processo.

Ed è norma che va ad integrare quella, fondamentale, dell'art. 2909 c.c. definendo i limiti dell'estensione soggettiva della cosa giudicata sostanziale, e stabilisce che l'accertamento e le statuizioni contenute nel giudicato, si estendono all'avente causa, anche se il fatto costitutivo del suo acquisto è anteriore alla sentenza, se vi è anteriorità della trascrizione della domanda giudiziale, rispetto a quella del titolo di acquisto. 5.4.Anche per ciò che riguarda la prescrizione, il novum è dato non tanto dalla espressa previsione che la prescrizione è interrotta dall'atto introduttivo del giudizio arbitrale (in base all'emendamento portato all'art. 2943 c.c.), quanto dalla attribuzione (testo novellato dell'art. 2945 c.c., u.c.), alla notifica dell'atto di promovimento del giudizio arbitrale, dell'effetto interruttivo-sospensivo (o di interruzione permanente fino all'acquisto di stabilità del lodo, o al passaggio in giudicato formale della sentenza resa sull'impugnazione) che è proprio soltanto della domanda giudiziale, e che integra un tipico effetto sostanziale dell'atto di esercizio dell'azione giudiziaria, "neutralizzando" l'incidenza della durata del procedimento di cognizione, che si conclude con

pronuncia di merito (favorevole o meno all'attore) ai fini del decorso del termine prescrizionale del diritto azionato.

Soltanto il riconoscimento della "giurisdizionalita" del processo arbitrale consente di estendere l'effetto interruttivo della domanda al termine di decadenza, anche in quella vasta area di fattispecie in cui la decadenza è impedita non con il semplice esercizio del diritto, ma con l'esercizio dell'azione in giudizio.

5.5. Inoltre rilevano, al riguardo: l'art. 816-quinquies che statuisce sull'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e sull'applicabilità allo stesso dell'art. 111 cod. proc. civ. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso e l'art. 819 bis c.p.c., al comma 1, n. 3, che prevede la possibilità per gli arbitri di rimettere alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale, ai sensi della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 23. Ciò denota che gli arbitri esercitano una funzione giurisdizionale.

5.6. L'art. 819 ter c.p.c. nel disciplinare il rapporto tra cause devolute al giudizio degli arbitri e cause proposte davanti al giudice ordinario individua il rapporto fra i due processi in termini di "competenza"; e riconosce espressamente l'impugnazione con regolamento di competenza avverso la sentenza emessa dal giudice (non - invece - nell'ipotesi di declaratoria sulla competenza pronunziata dall'arbitro).

Ciò sta, bensì, a significare che l'opzione in favore del giudizio arbitrale, rispetto alla tutela davanti al giudice ordinario, implica, un "diverso modo" di esercizio dell'azione.

5.7. L'art. 824 bis c.p.c. equipara gli effetti del lodo, dalla data della sua ultima sottoscrizione, a quelli della sentenza passata in giudicato.

A questo proposito anche l'art. 829 c.p.c., n. 8, esprime chiaramente tale attribuzione dell'attitudine del lodo a fare dell'oggetto del proprio giudizio una res cognita, laddove, introducendo come motivo di nullità la violazione del giudicato (esterno) equipara completamente alla "sentenza passata in giudicato" il "lodo non più impugnabile".

5.8. Va, infine segnalato che recentemente la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 223 depositata il 19.7.2013 ha rilevato che "con la riforma attuata con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, il legislatore ha introdotto una serie di norme che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. Anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire ad un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del *dictum* del giudice statale. Se, quindi, il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità in materia, struttura l'ordinamento processuale in maniera tale da configurare l'arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale, è necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse".

Sulla base dell'acclarata natura giurisdizionale e non negoziale dell'arbitrato rituale, la corte costituzionale ha dichiarato, pertanto, l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter c.p.c., comma 2, nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 c.p.c., ferma la parte restante dello stesso art. 819- ter.

5.9. Affermata, quindi, la natura giurisdizionale e non negoziale dell'arbitrato rituale e, ne consegue che (giusto il precedente orientamento di questa Corte (cfr., ex pluribus, sentt. nn. 4475 del 1997, 7013 del 1995, n.

6556 del 1987, 7315 del 1986), nei casi in cui una legge o un atto autoritativo predisponga un arbitrato rituale per la risoluzione di determinate controversie insorte fra le parti, ovvero in presenza di compromesso o clausola compromissoria in arbitrato rituale italiano, il contrasto circa l'attribuzione della cognizione della controversia al collegio arbitrale italiano o al giudice ordinario integra una questione di competenza (e non di giurisdizione) sulla base della nota tesi del "convogliamento" dell'arbitrato nell'ambito del giudizio ordinario per tutte le ragioni sopra esposte.

Dalla natura giurisdizionale, e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, dell'attività degli arbitri rituali consegue che, mentre lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configura come questione di competenza (e ciò a prescindere dal fatto che il rimedio del regolamento di competenza sia previsto ex art. 819 ter c.p.c. solo nei confronti della sentenza del giudice ordinario, ma ciò non sposta il fondo della questione, come nell'ipotesi di cui all'art. 46 c.p.c., che pure esclude il regolamento per le sentenze dei giudici di pace che attengano alla competenza), lo stabilire se una controversia appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile configura, invece, una questione di giurisdizione (Cass. S.U. n. 4360 del 04/07/1981; Cass. S.U., n. 3195 del 1969).

6.1.Affermato quanto sopra in via di necessario quadro generale, può passarsi all'esame dello specifico punto, presupposto di questo ricorso, e cioè se, in presenza di clausola compromissoria di arbitrato estero, l'eccezione di compromesso dia luogo a questione di merito o a questione di giurisdizione, poiché solo nel secondo caso sarebbe ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione.

Come si è detto l'attuale giurisprudenza di legittimità (Cass. S.U., n. 6349/2003, con riferimenti anche alla precedente pronuncia Cass. S.U. n. 10723/2002) ritiene che, poiché la pronuncia arbitrale ha natura di atto di autonomia privata ... per cui il lodo non è assimilabile ad una pronuncia giurisdizionale, anche allorché si tratti di patto per arbitrato estero, l'eccezione di compromesso da luogo a questione di merito piuttosto che di giurisdizione: "in tal caso, infatti, le parti hanno rinunciato ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o stranieri".

6.2. Sennonché, una volta affermata in via generale la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, quale conseguenza delle varie novelle susseguitesi, ed essenzialmente D.Lgs. n. 40 del 2006, ciò va affermato anche per l'arbitrato estero, per la cui natura giurisdizionale militano - anzi - ulteriori elementi, con conseguente ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione.

Anzitutto va osservato che l'oggetto della questione sottoponibile mediante regolamento di giurisdizione non "è se la controversia debba essere decisa dal giudice italiano o da quello straniero".

Al contrario la questione è sempre quella dei limiti della giurisdizione italiana.

6.3. Il combinato disposto della L. n. 218 del 1995, art. 4, comma 2 e art. 11 equipara la deroga convenzionale alla giustizia italiana in favore di arbitrato estero alla deroga in favore di un giudice straniero, entrambe inserendo fra i limiti alla giurisdizione italiana definiti dal Titolo 2^ della legge e perciò fra i casi di difetto di giurisdizione.

Infatti la L. n. 218 del 1995, art. 4, comma 2, espressamente dispone che "La giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili").

6.4. Allo stesso modo viene in rilievo la previsione dell'art. 11 della legge richiamata, secondo cui "il difetto di giurisdizione può essere rilevato, in qualunque stato e grado del processo, soltanto dal convenuto costituito che non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana".

Orbene, dal combinato disposto della L. n. 218 del 1995, art. 4 e art. 11, si ricava che il difetto di giurisdizione nascente dalla presenza di una clausola compromissoria in favore di arbitrato estero può essere rilevato in qualsiasi stato e grado del processo, a condizione che il convenuto non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana, e dunque solo qualora il convenuto abbia eccepito nel suo primo atto difensivo il difetto di giurisdizione del giudice italiano.

6.5. Come rilevato dalla dottrina, se si ritenesse la natura negoziale dell'arbitrato estero, la relativa eccezione sarebbe di merito e non di rito, con la conseguenza che la pronuncia del giudice statuale sulla validità o invalidità, efficacia o inefficacia dell'accordo compromissorio spiegherebbe, per i suoi effetti di giudicato sostanziale, insuperabile vincolo potenzialmente destinato alla esportazione in altri ordinamenti ed ivi spiegare effetti vincolanti per arbitri o giudici esteri. L'affermazione per la quale l'eccezione fondata sull'accordo compromissorio per arbitrato estero non rappresenta, per il giudice italiano, una eccezione di difetto di giurisdizione è, dunque, cosa intrinsecamente errata, perché non può essere vero in assoluto ... che con quel patto le parti hanno "rinunciato ad ogni tipo di giurisdizione sia essa italiana o straniero". La verifica di una simile totale rinuncia dovrebbe passare, volta per volta, attraverso l'analisi dell'ordinamento straniero in cui l'arbitrato è destinato a radicarsi ed il lodo è destinato a produrre i suoi effetti originari; dovrebbe cioè presupporre che anche l'ordinamento straniero nel suo complesso consideri il suo arbitrato ed il suo lodo ... avulsi e radicalmente alternativi alla giurisdizione e non solo rispetto alla organizzazione giudiziaria statuale. Altrimenti non potrà certo ritenersi che le parti, con quell'accordo compromissorio per arbitrato estero, abbiano rinunciato anche alla giurisdizione italiana".

6.6. Ciò comporta che l'eccezione di arbitrato estero deve restare a pieno titolo nel novero delle eccezioni di rito, e quindi, in base al combinato disposto della L. n. 218 del 1995, art. 4, comma 2 e art. 11 e dell'art. 41 cod. proc. civ., potrà "essere sottoposta alla Cassazione mediante regolamento preventivo di giurisdizione" (non essendo ipotizzabile nei confronti dell'arbitro estero una questione di competenza, che invece è ipotizzabile solo tra giudice ordinario ed arbitro italiano).

7.1. Né si può sostenere che la questione sia di merito e non di rito, poiché l'art. 2, comma 3 della Convenzione di New York del 1958, ratificata dall'Italia con L. n. 62 del 1968 impone al giudice interno l'esame sulla validità, operatività ed applicabilità della clausola arbitrale in via preliminare rispetto alla verifica della giurisdizione.

A parte il rilievo effettuato da attenta dottrina, secondo cui nella specie la questione è di rito, per analogia logico-funzionale tra l'analisi preventiva compiuta dal giudice ex art. 2 della Convenzione e quella indicata dalla L. n. 218 del 1995, art. 7 in tema di cd.

litispendenza internazionale, va osservato, quanto al sistema di arbitrato estero retto dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958, che la questione è normativamente risolta, dalla formula dell'art. 2, comma 3, della Convenzione, laddove dispone che "Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, a la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée". Quindi il giudice investito di una lite su una materia al cui riguardo le parti hanno concluso una convezione arbitrale "rinvia" le parti all'arbitrato, su domanda di una di esse, a meno che non constati che la convenzione è nulla, inoperante o non suscettibile di essere devoluta ad arbitrato. All'espressione usata dalla Convenzione ("renverra les parties à l'arbitrage"; nel testo inglese, "shall ... refer the parties to arbitration") viene, infatti, riconosciuto un significato generico, anche se spesso si afferma che il riconoscimento della validità, operatività e applicabilità della clausola arbitrale comporta la sospensione dell'esame del merito da parte del giudice adito (stay of court proceedings on the merits).

7.2. In proposito è stato a volte sostenuto che la verifica dei presupposti per l'esistenza della competenza arbitrale straniera, proprio perché - secondo il sistema processuale italiano, art. 819 ter c.p.c., u.c., - rientrante nella decisione della causa nel merito (tuttavia per l'ipotesi di controeccezione v. Cass. n. 17019/2011), dovrebbe presupporre la giurisdizione del giudice italiano adito.

In altre parole, il giudizio sulla validità, operatività e applicabilità della clausola arbitrale dovrebbe essere compiuto soltanto dal giudice fornito di giurisdizione. Tale soluzione, però, non appare in armonia col meccanismo previsto dal citato art. 2, comma 3, della Convenzione di New York, che attribuisce a qualunque giudice adito - sulla base della domanda di una parte che invoca l'esistenza di una clausola arbitrale - il potere - dovere di verificare preliminarmente la validità, operatività e applicabilità di tale clausola e, solo ad esito favorevole di tale verifica, di rimettere le parti dinanzi agli arbitri ed in caso negativo pronunziarsi sulla giurisdizione propria.

7.3. È vero che per pronunziarsi sulla validità, efficacia ed operatività della clausola compromissoria il giudice adito ricorre spesso a regole appartenenti al diritto sostanziale, ma è altrettanto vero che ciò accade egualmente allorché debba giudicare sulla sua potestà giurisdizionale a fronte di una deroga convenzionale a favore di giudici stranieri (L. n. 218 del 1995, ex art. 4, comma 2), senza che si formi di norma al riguardo alcun giudicato ex art. 2909 c.c. sulla mera questione pregiudiziale di merito (validità dell'accordo) che si pone come premessa per la soluzione di una questione pregiudiziale di rito, facente da filtro per l'accesso all'unico vero accertamento di merito (insomma rispetto alla Hauptsache), destinato solo esso a fare stato come giudicato materiale (sul principio secondo cui sussiste la competenza del giudice nazionale a decidere circa l'esistenza stessa degli elementi costitutivi del contratto, v. Cass. 14/12/1992, n. 13196, nonché Corte Giustizia CE decisione 4 marzo 1982, n. pos. 104365 nella causa n. 38 del 1981).

In altri termini, come già affermato da Cass. S.U. n. 412 del 12/01/2007, questa prima decisione del giudice nazionale in merito alla validità della clausola compromissoria ai fini del "rinvio" della causa all'arbitrato straniero, secondo l'art. 2 della convenzione di New York non vincola successivamente gli arbitri sulla validità civilistica del patto, o in caso di esclusione di validità, il giudice straniero, eventualmente individuato come dotato di giurisdizione, rimanendo impregiudicata ogni loro decisione sul punto.

7.4. Ne consegue che in questi termini può essere risolta l'apparente incongruenza che emerge dall'applicazione della norma (art. 2, comma 3) di cui alla Convenzione in questione, per cui il giudice nazionale è chiamato a valutare la validità della clausola compromissoria, prima ancora di decidere sulla sua giurisdizione.
Pertanto nel sistema delineato dalla convenzione di New York del 10 giugno 1958, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 19 gennaio 1968, n. 62, spetta al giudice adito, in via assolutamente preliminare, e senza alcuna efficacia di giudicato, sulla base della domanda della parte che invoca l'esistenza di clausola arbitrale, verificare validità, operatività ed applicabilità di tale clausola, ed all'esito positivo, rimettere le parti dinanzi agli arbitri.
Solo ove il giudice adito ritenga la propria giurisdizione, la decisione sulla validità del patto, essendo presa da giudice che ha affermato la sua giurisdizione, avrà efficacia di giudicato. Per quanto sotto il profilo sistematico-cronologico i due momenti decisionali siano unificati in un unico apparato argomentativo, sotto il profilo ontologico (e quindi anche degli effetti) essi conservano la loro differenza.
7.5. In questi termini è anche la decisione della Corte giustizia Comunità europee, n. 185 del 10/02/2009 in Causa C-185/07, secondo cui nel sistema di competenze del regolamento n. 44/2001 non può essere impedito al giudice nazionale di esaminare egli stesso la questione preliminare di validità o di applicabilità dell'accordo arbitrale, altrimenti una parte potrebbe sottrarsi al procedimento, limitandosi ad eccepire detto accordo; e il ricorrente, che considerasse quest'ultimo caduco, inoperante o inapplicabile, si vedrebbe in tal modo impedire l'accesso al giudice nazionale da lui adito ai sensi del regolamento n. 44/2001 e sarebbe pertanto privato di una forma di tutela giurisdizionale alla quale ha diritto.
8.1. A questo punto si pone il problema di esaminare se nella fattispecie la clausola compromissoria sia nulla, come assume la parte resistente, perché l'art. 14 del contratto inter partes, costituito sulla base dei contratti standars utilizzati, pur prevedendo la deroga della giurisdizione in favore di arbitrato svizzero, non è stata oggetto di specifica approvazione per iscritto a norma degli artt. 1341 e 1342 c.c..
Secondo la resistente tale clausola è vessatoria ex art. 1341 c.c., con la conseguenza che è nulla per mancanza di specifica approvazione secondo le suddette norme del codice civile italiano.
8.2. Rileva preliminarmente questa Corte che ai fini dell'accertamento della validità ed efficacia della clausola compromissoria che deroga la giurisdizione in favore di arbitri stranieri, occorre anzitutto stabilire quali siano le norme che il giudice debba applicare per tale esame, allorché, come nella fattispecie il contratto risulta stipulato tra una persona giuridica di diritto italiano ed una persona giuridica di diritto svizzero.
Per il combinato disposto della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 57, secondo la quale le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla convenzione di Roma 19 giugno 1980 (senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili), e dell'art. 3, comma 1, di detta convenzione, "il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti, le quali possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso" (Cass. 8360 del 21/04/2005).
8.3. Nella fattispecie, l'art. 14 del contratto in questione, stabilisce che il contratto stesso è "disciplinato ed interpretato secondo il diritto svizzero, indipendentemente dai principi delle norme di conflitto. Tutte le controversie che derivassero dal presente contratto o fossero comunque allo stesso ricollegabili saranno

risolte in via definitiva da uno o più arbitri nominati secondo il regolamento d'arbitrato di Lugano, edito dalla CCIQA del Canton Ticino. Il tribunale arbitrale avrà sede a (OMISSIS)".

8.4. Ne consegue che nella fattispecie, non essendo applicabile il diritto italiano, non trova applicazione la pretesa nullità della clausola compromissoria per violazione degli artt. 1341 e 1342 c.c..

8.5. Infondata è anche l'eccezione di inefficacia della clausola, poiché farebbe riferimento al regolamento d'arbitrato di Lugano e non al "regolamento svizzero d'arbitrato internazionale di Lugano".

Una volta esclusa la giurisdizione del giudice italiano, per effetto della deroga in favore di arbitrato straniero, il procedimento di nomina di detti arbitri e le regole che tali arbitri dovranno adottare nella decisione esulano dalla questione di giurisdizione ormai conclusa con declaratoria di insussistenza della stessa in favore del giudice italiano, rientrando invece esclusivamente nella giurisdizione degli arbitri stranieri.

9. In definitiva va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano.

Stante il mutamento della consolidata giurisprudenza, esistono giusti motivi per compensare le spese di questo regolamento.

P.Q.M.

Dichiara il difetto di giurisdizione del giudice italiano. Compensa le spese di questo regolamento.

Così deciso in Roma, il 8 ottobre 2013.

Depositato in Cancelleria il 25 ottobre 2013

CAPITOLO II
L'ARBITRATO NEL SISTEMA DEGLI STRUMENTI EXTRA-GIUDIZIALI DI SOLUZIONE DELLE LITI

Cassazione civile sez. III, 16/02/2016, n. 2996

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Presidente -
Dott. GRAZIOSI Chiara - Consigliere -
Dott. SCRIMA Antonietta - Consigliere -
Dott. CIRILLO Francesco Maria - Consigliere -
Dott. ROSSETTI Marco - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso 7450/2013 proposto da:
S.M., nella qualità di amministratore e legale
rappresentante della OLEARIA CELESTE DI S.M. SNC (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DI PIETRALATA 320-D, presso lo studio dell'avvocato GIGLIOLA MAZZA RICCI, rappresentato e difeso dall'avvocato DE ROSSI GUIDO RAFFAELE, giusta procura speciale in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
INA ASSITALIA SPA, (quale nuova denominazione di F.A.T.A. Fondo Assicurativo tra Agricoltori SPA, Società incorporante Assitalia - Le Assicurazioni d'Italia SPA ed INA Vita SPA), elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G. PAISIELLO 40, presso lo studio dell'avvocato MORGANTI DAVID, che la rappresenta e difende giusta procura speciale in calce al controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 471/2012 della CORTE D'APPELLO di BARI, depositata il 19/04/2012, R.G.N. 1512/2007;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 03/11/2015 dal Consigliere Dott. MARCO ROSSETTI;
udito l'Avvocato GUIDO RAFFAELE DE ROSSI; udito l'Avvocato PAOLO MEREU per delega;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DE AUGUSTINIS Umberto, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. La società Olearia Celeste di S.M. s.n.c. (d'ora innanzi, per brevità, "la Olearia") nel 2002 convenne dinanzi al Tribunale di Foggia, sezione di Cerignola, la società Assitalia s.p.a. (che in seguito muterà ragione sociale in Generali Italia s.p.a.; d'ora innanzi, per brevità, "la Generali"), esponendo che:
- aveva stipulato con la società convenuta un contratto di assicurazione contro il rischio di furto;
- il (OMISSIS) aveva subito il furto di un ingente quantitativo di olio di oliva;
- l'assicuratore aveva rifiutato il pagamento dell'indennizzo.
Concluse pertanto chiedendo la condanna dell'assicuratore:
(a) al pagamento dell'indennizzo;
(b) al risarcimento dei danni patiti in conseguenza della mora, consistiti in perdita del credito e dell'avviamento commerciali.
2. Con sentenza 3.4.2007 n. 53 il Tribunale di Foggia-Cerignola dichiarò improponibile la domanda, a causa della previsione nella polizza d'una c.d. perizia contrattuale: ovvero d'una clausola che demandava ad un collegio di periti la determinazione della misura dell'indennizzo.
3. La sentenza venne appellata dalla Olearia.
La Corte d'appello di Bari, con sentenza 19.4.2012 n. 471, rigettò il gravame, osservando che quando nel contratto è prevista una perizia contrattuale, questa inibisce la proponibilità di "tutte le azioni, ancorché accessorie e senza possibilità di distinguere l'*an* dal *quantum*".
4. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione dalla Olearia, sulla base di quattro motivi illustrati da memoria.
Ha resistito la Generali con controricorso, anch'esso illustrato da memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso.
1.1. Col primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta che la sentenza impugnata sarebbe affetta da un vizio di violazione di legge, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3. Si lamenta, in particolare, la violazione degli art. "1362 c.c. e ss.".
Nella illustrazione del motivo - al di là del riferimento non del tutto pertinente all'art. 1362 c.c., che comunque non vincola questa Corte attesa la chiara individuazione della doglianza nella parte descrittiva del ricorso - il ricorrente in sostanza deduce che la Corte d'appello avrebbe erroneamente individuato gli effetti della suddetta clausola.

L'errore sarebbe consistito nel ritenere che la previsione d'una "perizia contrattuale" inibisca all'assicurato qualsiasi tipo di azione, là dove essa in realtà inibirebbe soltanto la proposizione di domande giudiziarie che presuppongano accertamenti sovrapponibili a quelli demandati ai periti. Nel caso di specie, prosegue il ricorrente, il contratto devolveva ai periti il solo compito di determinare il quantum dell'indennizzo, e dunque non impediva all'assicurato di ricorrere all'autorità giudiziaria per fare accertare l'esistenza stessa, e la validità, del contratto.

La Corte d'appello, invece, ha ritenuto che per effetto di quella clausola fosse preclusa all'assicurato la proponibilità di proporre in sede giudiziaria anche una domanda di accertamento dell'efficacia e dell'operatività della garanzia assicurativa.

1.2. Il motivo è fondato.

La Corte d'appello ha rilevato in facto che il contratto di assicurazione prevedeva, all'art. 17, una clausola in virtù della quale le parti si obbligavano, in caso di sinistro, a concordare bonariamente l'entità dell'indennizzo, ovvero a demandarne l'accertamento, "a richiesta di una di esse", a periti da loro nominati.

In quest'ultima ipotesi, la clausola in esame precisava che ai periti sarebbe stato demandato l'accertamento:

- delle circostanze e modalità del sinistro;
- dell'esattezza della descrizione del rischio, e della sussistenza di eventuali casi di aggravamento di esso;
- della misura dell'indennizzo.

Dopo avere rilevato ciò in facto, la Corte d'appello ha qualificato la clausola in esame come "perizia contrattuale", ed ha ritenuto che la pattuizione di una clausola di questo tipo, comportando la "rinuncia alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal contratto", implica "la temporanea improponibilità di tutte le azioni riconducibili alla pretesa controversia, ancorché accessorie, e senza possibilità di distinguere l'*an* dal *quantum*".

1.3. Così decidendo, la Corte d'appello ha male applicato le regole da tempo stabilite da questa Corte, circa gli effetti delle clausole che prevedano una c.d. "perizia contrattuale".

Da oltre quarant'anni (per l'esattezza, a partire da Sez. 1, Sentenza n. 4840 del 25/10/1978, Rv. 394538), questa Corte viene ripetendo che il patto contenuto nel contratto di assicurazione, in virtù del quale le parti demandino a terzi la composizione di eventuali contrasti, può essere di due tipi.

Ove le parti demandino a terzi la soluzione di questioni prettamente giuridiche (come l'interpretazione del contratto, l'accertamento della sua validità, la valutazione della sua efficacia), tale patto va qualificato come arbitrato, salvo valutare caso per caso se le parti abbiano inteso stipulare un arbitrato libero o rituale.

Ove, invece, le parti abbiano inteso demandare a terzi il mero accertamento e rilievo di dati tecnici (esistenza del danno, valore delle cose danneggiate, stima dell'indennizzo), tale patto va qualificato come "perizia contrattuale".

Con la previsione dell'arbitrato le parti demandano ai periti un atto di volizione; con la previsione della perizia contrattuale le parti demandano ai periti una dichiarazione di scienza (*ex permultis*, Sez. 1, Sentenza n. 10705 del 10/05/2007, Rv. 596994; Sez. 1, Sentenza n. 13436 del 22/06/2005, Rv. 583780; Sez. 3, Sentenza n. 9996 del 24/05/2004, Rv. 573091).

1.4. Da questa distinzione di tipo sostanziale discendono varie conseguenze di tipo processuale.

Tra le altre, la seguente: che la pattuizione d'una perizia contrattuale non impedisce alle parti di ricorrere al giudice per la risoluzione delle controversie che involgono la soluzione di questioni giuridiche: per la semplice ragione che tali controversie sono state escluse da quelle demandate ai periti.
Se così non fosse, le parti del contratto verrebbero a trovarsi in una autentica aporia zenoniana: ai periti non potrebbero rivolgersi perché la lite esula dai loro poteri, ed al giudice non potrebbero rivolgersi sinché non abbiano interpellato i periti.
1.5. I principi che precedono sono stati ripetutamente affermati da questa Corte: si è già stabilito, tra l'altro, che la previsione d'una perizia contrattuale avente ad oggetto la stima del danno non impedisce alle parti di investire il giudice delle questioni concernenti:
(-) l'accertamento dell'esistenza del diritto all'indennizzo (Sez. 3, Sentenza n. 3961 del 13/03/2012, Rv. 621405; Sez. 1, Sentenza n. 6162 del 17/11/1982, Rv. 423845);
(-) la sussistenza della mala fede o della colpa dell'assicurato nella descrizione del rischio, per i fini di cui agli artt. 1892 e 1893 cod. civ. (Sez. 3, Sentenza n. 12880 del 04/09/2003, Rv. 566538;
Sez. 1, Sentenza n. 4325 del 27/07/1982, Rv. 422295);
(-) la validità e l'operatività della garanzia assicurativa (Sez. 3, Sentenza n. 14909 del 22/10/2002, Rv. 558019; Sez. 3, Sentenza n. 10554 del 23/10/1998, Rv. 520043; Sez. 1, Sentenza n. 9032 del 28/08/1995, Rv. 493732, nella cui motivazione, significativamente, si afferma che "durante l'espletamento dell'indagine tecnica (...) ben può farsi ricorso al giudice ordinario per ottenere la sentenza sulla affermazione o esclusione di responsabilità dell'assicuratore"; Sez. 1, Sentenza n. 4178 del 16/07/1985, Rv.
441683).
1.6. Nel caso di specie, come accennato, la Corte d'appello ha espressamente qualificato la clausola in esame come "perizia contrattuale":
né l'assicuratore ha impugnato in questa sede tale qualificazione, sulla quale si è pertanto formato il giudicato.
Sicché, una volta qualificata la clausola in esame come "perizia contrattuale", la Corte d'appello avrebbe dovuto trarne la conseguenza, ai sensi dell'art. 1374 c.c., che quella clausola non inibiva alle parti la facoltà di domandare al giudice ordinario l'accertamento dell'esistenza, della validità o dell'efficacia della polizza, posto che tali questioni esulavano dal contenuto della clausola, così come trascritto a p. 4 della sentenza impugnata.
Resta solo da aggiungere come il precedente di questa Corte richiamato dalla Corte d'appello, di cui alle pp. 5-6 della sentenza impugnata (e cioè Sez. 3, Sentenza n. 11876 del 22/05/2007, Rv.
596717), non sia in realtà pertinente.
Molte, infatti, sono le decisioni di questa Corte nelle cui massime - come in quella invocata dalla Corte d'appello - è espresso in termini generali il principio secondo cui nella pattuizione d'una perizia contrattuale "è insita la temporanea rinunzia alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal rapporto contrattuale, nel senso che, prima e durante il corso della procedura contrattualmente prevista, le parti stesse non possono proporre davanti al giudice le azioni derivanti dal suddetto rapporto".
Tali decisioni non sono affatto in contrasto con i principi riassunti ai pp. 1.3 e ss. della presente sentenza.
Infatti tanto nella sentenza 11876/07, cit., quanto nelle altre sentenze massimate in modo analogo, la

vicenda portata all'esame di questa Corte aveva ad oggetto domande di condanna dell'assicuratore al pagamento dell'indennizzo, e dunque richiedenti proprio il medesimo accertamento già demandato ai periti.

1.7. Non fondate, infine, appaiono le eccezioni di inammissibilità ed infondatezza del primo motivo di ricorso sollevate dalla Generali Italia.

1.7.1. Non fondata è l'eccezione di inammissibilità, in quanto la doglianza formulata dalla ricorrente, a prescindere dal generico richiamo all'art. 1362 c.c., è chiara nel suo contenuto; né l'indicazione della violazione d'una norma invece di un'altra rende inammissibile il ricorso, quando il ricorrente abbia chiaramente indicato di quale vizio di violazione di legge intenda dolersi: e ciò in virtù del principio *jura novit* curia.

1.7.2. Inammissibile, invece, è l'eccezione con la quale la Generali Italia rileva che la società Olearia, in primo grado, aveva domandato la condanna dell'assicuratore al pagamento dell'indennizzo, e solo in appello aveva - inammissibilmente - limitato la propria domanda all'accertamento dell'*an debeatur*.

La società controricorrente è nel vero quando deduce che chi formula una domanda piena, non può in appello ridurre la propria pretesa al solo *an debeatur*, costituendo tale riduzione un mutamento inammissibile della domanda (Sez. 6 - 3, Sentenza n. 3437 del 14/02/2014, Rv. 629914). Tuttavia il mancato rilievo dell'inammissibile mutamento della domanda costituisce causa di nullità della sentenza d'appello. Sicché, in virtù del principio di conversione delle nullità in motivi di gravame, tale vizio doveva essere fatto valere dalla Generali Italia con un ricorso incidentale, eventualmente condizionato, e non semplicemente essere riproposto in via d'eccezione, come più volte affermato da questa Corte (Sez. 6-3, Sentenza n. 3437 del 14/02/2014, Rv. 629914; Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 440 del 10/01/2014, Rv. 629775; Sez. 5, Sentenza n. 9108 del 06/06/2012, Rv. 622992).

2. Il secondo motivo di ricorso.

2.1. Col secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta che la sentenza impugnata sarebbe affetta da un vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, convertito nella L. 7 agosto 2012, n. 134).

Si deduce, al riguardo, che la motivazione della sentenza impugnata sarebbe contraddittoria, perché da un lato ammette che la perizia contrattuale era prevista "per la sola determinazione del quantum", e dall'altro dichiara improponibile la domanda sull'*an*. 2.2. Il motivo resta assorbito dall'accoglimento del primo motivo di ricorso.

3. Il terzo ed il quarto motivo di ricorso.

3.1. Col terzo motivo di ricorso la ricorrente lamenta che la sentenza impugnata sarebbe affetta sia da un vizio di violazione di legge, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, sia da un vizio di motivazione, là dove ha ritenuto che l'esistenza della clausola di perizia contrattuale rendesse improponibile non solo le domande scaturenti direttamente dal contratto, ma anche la domanda di risarcimento del danno.

3.2. I due motivi possono essere esaminati congiuntamente, e restano assorbiti dall'accoglimento del primo motivo di ricorso.

4. Le spese.

Le spese del presente grado di giudizio saranno liquidate dal giudice del rinvio.

P.Q.M.

la Corte di cassazione, visto l'art. 380 c.p.c.:

(-) accoglie il primo motivo di ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte d'appello di Bari, in diversa composizione, anche per le spese del presente grado di giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Terza Civile della Corte di Cassazione, il 3 novembre 2015.

Depositato in Cancelleria il 16 febbraio 2016

CAPITOLO III
LE FONTI DELL'ARBITRATO

CEDU, IV Section, Decision as to the admissibility of Application No. 31737/96 by Osmo Suovaniemi and others against Finland

The European Court of Human Rights (Fourth Section) sitting on 23 February 1999 as a Chamber composed of

Mr J.A. Pastor Ridruejo, *President*,
Mr M. Pellonpää,
Mr I. Cabral Barreto,
Mr V. Butkevych,
Mrs N. Vajić,
Mr J. Hedigan,
Mrs S. Botoucharova, *Judges*,

with Mr V. Berger, *Section Registrar*;

Having regard to Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms;
Having regard to the application introduced on 8 March 1996 by Osmo SUOVANIEMI and others against Finland and registered on 4 June 1996 under file no. 31737/96;
Having regard to the report provided for in Rule 49 of the Rules of Court;
Having deliberated;

Decides as follows:

THE FACTS

The first applicant was born in 1943 and is a Doctor of Medicine and Surgery by profession. The other applicants are the family members of the first applicant. They were born in 1944, 1964, 1978 and 1981 respectively. All the applicants have Finnish nationality and reside at Helsinki, Finland. Before the Court they are represented by Mr Matti Oksala, a lawyer practising in Helsinki.
The facts of the case, as submitted by the applicants and as they emerge from the domestic decisions, may be summarised as follows.

Until the summer of 1986 the applicants had a controlling ownership of about 90 per cent of the shares and voting rights of a Finnish high-tech company, L., and through that company also of a Finnish joint venture company, E. The first applicant is the founder of these companies.

In the beginning of 1986 L. had difficulties in liquidity due to rapid growth of the company, intensive investments into research and development. A bank, S., offered the first applicant financing by arranging a public convertible bond, by which the amount of the shareholders could be increased as a preliminary measure in order to have L. listed as a public company in the Helsinki Stock Market.

On 23 May 1986 an agreement was signed between the applicants and S. According to this agreement, the applicants sold a considerable amount of L.'s shares to S. and S. engaged to arrange a convertible bond worth of FIM 99,000,000 which, according to the applicants, was to be offered for sale to the public. According to the applicants S. also agreed to arrange additional financing of FIM 78,000,000 to L., if needed. It was also agreed that a new Board of Directors should be elected. In this Board of Directors, consisting of four Directors, the Chairman and one member should be accepted by S. The Board of Directors would elect an outsider to act as a managing Director to the company. As a result of these arrangements S. and entities dependent on it became, according to the arbitral award mentioned below, the majority shareholder in L.

The agreement included a separate clause concerning the status of the first applicant as the founder of the companies. This clause guaranteed that the first applicant's expertise should be used and that he would maintain his position as a member of L.'s Board of Directors, Chairman of E.'s Board of Directors and E.'s managing director. On the other hand, the applicants and two holding companies owned by them agreed to sell ten per cent of L.'s shares to S.

After the agreement was signed, the first applicant was allegedly accused of having given wrong information concerning the financial situation of L. He accepted S.'s decision to nominate a new managing director. Ninety per cent of L.'s convertible bonds were subscribed by S., instead of the public as, according to the applicants, was planned before.

According to the applicants, S. started in August and September 1986 insisting that the first applicant should sell the majority of his shares to S. The first applicant refused to do so.

On 14 October 1986 the first applicant sold more of L.'s shares to S. He also agreed to give up some of the rights guaranteed to him by the agreement signed on 23 May 1986.

In 1987 company F. (which owned part of the joint venture company E.) tried, against the first applicant's wish, to terminate the joint venture agreement. In these negotiations F. was represented by M., a lawyer practising in Helsinki.

On 5 August 1988 the applicants instituted arbitration proceedings against S. in connection with disputes which had arisen from the above-mentioned agreements. The applicants appointed A., a professor of civil law, as their arbitrator. S. appointed M., an attorney-at-law (who had represented company F in 1987 as mentioned above), as it's arbitrator. Both arbitrators appointed R., an attorney-at-law, as the third, presiding, arbitrator. All the arbitrators accepted their appointments and in turn appointed H. as the legal secretary of the arbitral tribunal.

The applicants claimed FIM 750,000,000 for damages from S. There were twelve oral hearings held before the arbitrators and several witnesses were heard.
On 26 October 1988 the applicants' submitted to the arbitrators a letter challenging M. as an arbitrator as he had acted, and possibly still did, as a legal counsel of F. This was disputed by M. who announced that he had no such tasks which would endanger his impartiality as an arbitrator. He was, however, willing to leave his tasks as an arbitrator if his impartiality was questioned. Due to this announcement, the applicants then explicitly approved that M. could continue as an arbitrator.
Later the applicants had allegedly found a letter, dated 24 November 1987, which stated that F. had acted on the basis of the legal advice given by M. (who had acted as F's legal counsel at the time) when F. had sought to terminate the joint venture agreement concerning E. The question of M.'s partiality was not, however, raised again before the arbitrators.
The arbitrators rejected all the applicants' claims on 2 September 1991 by a majority of two to one. A. dissented.
In his letter of 20 November 1991 to the applicants' counsel, the chairman of the arbitrators, R., wrote as follows (translation):

> "In the above-mentioned matter I enclose copies of ... for the use of our client, S., ..."

The applicants, dissatisfied with the arbitral award, requested the Helsinki District Court (*käräjäoikeus, tingsrätt)* to quash it on the basis of lack of impartiality and procedural errors, claiming, *inter alia,* that M. had acted as a legal counsel to the first applicant's counterpart in previous proceedings and that R. had shown bias in the way he conducted the proceedings.
According to Section 23 of the Arbitration Act in force at the relevant time (*laki välimiesmenettelystä, lag om skiljeförfarande 46/1928)*, the arbitral award can be quashed on the request of a party who has lost the arbitration, *inter alia,* if an arbitrator has previously acted as a counsel or otherwise represented or given advice to one of the parties to the case, or given a statement as a witness or as a specialist in the case, and if the requesting party has learned about the alleged bias only after the arbitral award was given. The arbitral award can also be quashed if such a request was rejected by the arbitrators during the arbitration proceedings.
The above-mentioned letter, dated 24 November 1987, was submitted as evidence regarding the impartiality of M. The bank argued that the letter was sent to the first applicant in 1987, and that the first applicant had known about the facts referred to already before the arbitration proceedings had begun. S. also argued that the first applicant had not been a party to the proceedings referred to in the letter. As far as the alleged bias of R. was concerned, A. was heard before the District Court as a witness. In his witness statement he told that he had already during the arbitration pointed out to the Chairman of the arbitrators that he, i.e. R., had acted as if he was S.'s legal counsel and that he had favoured S. by choosing arguments in favour of it. In A.'s opinion the arbitration proceedings had not been impartial as R. had decided already beforehand to dismiss the action and, after that, had searched for the arguments in favour of the dismissal. The bank argued that it was no reason

to question the impartiality of an arbitrator, if the reasons given by him were not supported by another arbitrator. It is normal that all the arbitrators or judges do not approve all the reasoning given by the majority.
Also H. was heard as a witness. He stated, *inter alia*, that all the arbitrators were provided an opportunity to express themselves in the deliberations and that the arguments put forward by A. had influenced the reasoning of the award.
The applicants' request was rejected by the Helsinki District Court on 26 July 1993. The District Court found that there were reasons to challenge the impartiality of M. under the Finnish Arbitration Act but as the applicants had been aware of his role as a counsel of F. and had approved him as an arbitrator, they had failed to raise the challenge timely and, in accordance with the Finnish Arbitration Act, had lost their right to raise the issue again. The District Court found also that all the arbitrators had had their opportunity to express their views in all of the issues raised during the proceedings. The fact that not all the arguments of A. were approved by the majority of the arbitrators did not disclose any misconduct on the part of the presiding arbitrator.
The applicants appealed to the Helsinki Court of Appeal (*hovioikeus, hovrätt)* which, on 26 January 1996, upheld the District Court's decision.
On 12 September 1995 the Supreme Court (*korkein oikeus, högsta domstolen)* refused the applicants leave to appeal.

COMPLAINTS

The applicants complain that their right to a fair hearing by an independent and impartial tribunal established by law as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention was violated since the national courts upheld an arbitral award which had been given by arbitrators of whom two allegedly lacked impartiality. According to the applicants, arbitrator M. had lacked objective impartiality on the ground of his work made in favour of company F., whereas the conduct of the presiding arbitrator R. showed that he lacked both objective and subjective impartiality.

THE LAW

The applicants complain of a violation of Article 6 § 1 of the Convention in that two of the arbitrators in the arbitration proceedings at issue had lacked independence and impartiality, and that the national courts had upheld an arbitral award regardless of that.
Article 6 § 1 of the Convention reads, as far as relevant, as follows:

> "In the determination of his civil rights and obligations ... everyone is entitled to a fair ... hearing ... by an independent and impartial tribunal ..."

The Court first notes that although the applicants complain about the decisions of Finnish courts, the underlying proceedings, in connection with which the alleged violations of impartiality took place, were

arbitration proceedings. As the arbitration was based on voluntary agreements between the parties, there was an explicit renunciation by them of a procedure before an ordinary court.

According to the Convention organs' established case-law, the waiver of a right guaranteed by the Convention - insofar as it is permissible - must be established in an unequivocal manner (see, Eur. Court HR, Oberschlick v. Austria judgment of 23 May 1991, Series A no. 204, p. 23, §51, and Pfeifer and Plankl v. Austria judgment of 25 February 1992, Series A no. 227, p. 16, § 37). Moreover, in the case of procedural rights a waiver, in order to be effective for Convention purposes, requires minimum guarantees commensurate to its importance.

There is no doubt that a voluntary waiver of court proceedings in favour of arbitration is in principle acceptable from the point of view of Article 6 (cf. No. 8588/79 and 8589/79 Bramelid and Malmström v. Sweden, Dec. 12 December 1983, D.R. 38, p. 38). Even so, such a waiver should not necessarily be considered to amount to a waiver of all the rights under Article 6. As indicated by the cases cited in the previous paragraph, an unequivocal waiver of Convention rights is valid only insofar as such waiver is "permissible". Waiver may be permissible with regard to certain rights but not with regard to certain others. A distinction may have to be made even between different rights guaranteed by Article 6. Thus, in the light of the case-law it is clear that the right to a public hearing can be validly waived even in court proceedings (see, Eur.Court H.R., Håkansson and Sturesson v. Sweden judgment of 21 February 1990, Series A no. 171, pp. 20-21, §§ 66-67). The same applies, *a fortiori,* to arbitration proceedings, one of the very purposes of which is often to avoid publicity. On the other hand, the question whether the fundamental right to an impartial judge can be waived at all, was left open in the Pfeifer and Plankl v. Austria case, as in any case in the circumstances of that case there was no unequivocal waiver.

In the present case and insofar as concerns arbitrator M., the Court considers that the waiver made during the arbitration proceedings was unequivocal within the meaning of the case-law cited. Not only was the submission to arbitration voluntary but, in addition, during the proceedings before the arbitrators the applicants clearly abstained from pursuing their challenge against arbitrator M. In this respect the Court takes note of the decision of the Helsinki District Court of 26 July 1993 according to which, on the one hand, there were reasons to challenge the impartiality of M. under the Finnish Arbitration Act but, on the other hand, the applicants had lost their right to invoke his lack of impartiality as a ground for having the arbitral award quashed, since they had approved him as an arbitrator despite their being aware of the grounds for challenging him. The Court has no reason to question the findings of the domestic court in either respect. In other words, the impartiality of one of the arbitrators was open to doubt under domestic law but the applicants unequivocally accepted this state of affairs in the course of the arbitration proceedings. Unlike in the Pfeifer and Plankl case the Court therefore has to decide whether the right to an impartial judge within the meaning of Article 6 could be irreversibly waived by the applicants and, correspondingly, whether the refusal to quash the arbitral award on the basis of the lack of impartiality was compatible with Article 6.

In deciding this question the Court limits itself to the particular circumstances of the present case, which concerned arbitral proceedings. In doing this it takes account also of the applicable legislative framework for arbitration proceedings and the control exercised by the domestic courts within that framework (cf, No.

28101/95, Nordström-Janzon and Nordström-Lehtinen v. the Netherlands, Dec. 27 November 1996, D.R. 87-A, pp. 115-116).

The Court considers that the Contracting States enjoy considerable discretion in regulating the question on which grounds an arbitral award should be quashed, since the quashing of an already rendered award will often mean that a long and costly arbitral procedure will become useless and that considerable work and expense must be invested in new proceedings (see also the above-mentioned Nordström-Janzon case, p. 116). In view of this the finding of the Finnish court based on Finnish law that by approving M. as an arbitrator despite the doubt, of which the applicants were aware, about his objective impartiality within the meaning of the relevant Finnish legislation does not appear arbitrary or unreasonable. Moreover, considering that throughout the arbitration the applicants were represented by counsel, the waiver was accompanied by sufficient guarantees commensurate to its importance. The Court furthermore notes that in the proceedings before the national courts the applicants had ample opportunity to advance their arguments, inter alia, concerning the circumstances in which the waiver took place during the arbitration proceedings. Without having to decide whether a similar waiver would be valid in the context of purely judicial proceedings the Court comes to the conclusion that in the circumstances of the present case concerning arbitral proceedings the applicants' waiver of their right to an impartial judge should be regarded as effective for Convention purposes. Therefore the refusal of the Finnish courts to quash the arbitral award on the ground of M.'s participation in those proceedings does not disclose any appearance of a violation of Article 6 of the Convention.

The applicants also allege that Article 6 was violated on the ground of the bias allegedly shown by the presiding arbitrator R. According to the applicants the way in which R. conducted the proceedings and his other behaviour disclosed that he was both subjectively and objectively partial.

In this respect the Court notes that the Helsinki District Court, after having heard witnesses, concluded that the evidence presented did not disclose any misconduct on the part of the presiding arbitrator. The Court finds no reason to question this finding of the domestic court. Consequently, there is no appearance of a violation of Article 6 on this ground either.

It follows that the application must be rejected as being manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention.

For these reasons, the Court, unanimously,

DECLARES THE APPLICATION INADMISSIBLE.

Vincent Berger
Registrar

José Antonio Pastor Ridruejo
President

CEDU, III Section, Décision, Requête nº 41069/12, Noureddine Tabbane c. Suisse

La Cour européenne des droits de l'homme (troisième section), siégeant le 1er mars 2016 en une chambre composée de :

Luis López Guerra, *président,*
Helena Jäderblom,
Helen Keller,
Johannes Silvis,
Dmitry Dedov,
Pere Pastor Vilanova,
Alena Poláčková, *juges,*

et de Stephen Phillips, *greffier de section,*

Vu la requête susmentionnée introduite le 2 juillet 2012,
Après en avoir délibéré, rend la décision suivante :

EN FAIT

1. Le requérant, M. Noureddine Tabbane (« le requérant »), est un ressortissant tunisien né en 1944 et résidant à El Menzah. Il a été représenté devant la Cour par Me Y. Gaubiac, avocat à Paris.

2. Le requérant décéda le 28 mars 2013. Par une lettre du 23 mai 2013, sa veuve, Saida Tabbane née Zaouche et ses trois fils, Mohamed Hedi, Mohamed Ali et Mahmoud Tabbane, entendirent reprendre l'instance.

A. Les circonstances de l'espèce

3. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par le requérant, peuvent se résumer comme suit.

4. Le requérant, homme d'affaires de nationalité tunisienne décida, au cours de l'année 2000, de créer un partenariat industriel et commercial avec la société Colgate-Palmolive Services SA (ci-après : « Colgate »), société de droit français ayant son siège à Bois-Colombes, France. À cette fin, une société de participations et de services, dénommée « Hysys », qui détenait la quasi-totalité du capital d'une société de distribution appelée « Genese », fut constituée. De plus, pour concrétiser ce partenariat, un contrat « *option agreement* » fut signé entre les parties, le 4 septembre 2000, qui réglait toutes les questions financières et juridiques entre les parties.

5. Ce contrat contenait une clause compromissoire en cas de litige, libellée comme suit :

« 8 a) To the extent possible without violating the laws of the Territory, this Agreement shall be governed by and constructed in accordance with the laws of the State of New-York, United States of America

b) Any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this Agreement or the breach, termination or validity thereof that cannot be satisfactorily settled by mutual conference within 30 days of the declaration by either party of a dispute, shall be settled by arbitration in accordance with the rules and

procedures then in force of the International Chamber of Commerce ("ICC"). The arbitration will be heard and determined by three arbitrators. Colgate and the Grantors will each select one arbitrator ; the third arbitrator will be selected by mutual agreement of the two party-appointed arbitrators. If within ten (10) days of appointment they cannot agree on a third arbitrator, the third arbitrator will be selected by the ICC ; provided, however, that the third may not be of the same nationality as either party or of either party-appointed arbitrator. The arbitration shall be held in a country to be selected by the arbitrators, except that it shall not be the country of either party to this Agreement. Neither Colgate nor the Grantors shall be entitled to commence or maintain any action in a court of law upon any matter in dispute arising from or concerning this Agreement or a breach thereof except for the enforcement of any award rendered pursuant to arbitration under this Agreement. *The decision of the arbitration shall be final and binding and neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law. » (c'est la Cour qui souligne)*

6. Le 4 août 2008, la société Colgate introduisit une requête d'arbitrage contre le requérant et ses trois fils devant la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (ci-après « Cour de l'ICC ») dont le siège se trouve à Paris.

7. Conformément à la procédure devant cet organe, chaque partie à l'arbitrage nomma un arbitre. Devant l'impossibilité des deux arbitres de désigner le troisième arbitre, la Cour de l'ICC désigna le troisième arbitre. Conformément à la clause compromissoire du contrat du 4 septembre 2000, il revint aux trois arbitres de déterminer le siège du tribunal d'arbitrage. Ce lieu fut fixé le 2 avril 2009 à Genève.

8. Pendant la procédure devant le tribunal arbitral, le requérant demanda au tribunal arbitral de nommer un expert financier qui procéderait à un audit des finances des sociétés « Hysys » et « Genese » ou, subsidiairement, de laisser l'expert financier désigné par le requérant procéder à l'audit. Le tribunal arbitral rejeta cette demande, considérant en particulier que la demanderesse, la société Colgate, avait déjà produit des preuves financières d'un expert, et qu'il suffisait, pour l'établissement de son propre rapport, de permettre à l'expert privé des défendeurs, le requérant et ses trois fils, d'obtenir l'accès aux mêmes documents comptables que ceux utilisés par l'expert de la demanderesse.

9. Le 9 mars 2011, le tribunal arbitral rendit sa sentence finale. Il fut ordonné au requérant et à ses fils de transmettre toutes leurs actions à la société Colgate et à payer les dépens ainsi que les frais d'avocats.

10. Le 13 avril 2011, le requérant forma un recours en matière civile au Tribunal fédéral afin d'obtenir l'annulation de cette sentence. Dans un argument subsidiaire, le requérant soutint que l'art. 192 alinéa 1 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (paragraphe 12 ci-dessous) n'était pas conforme à la Convention.

11. Le 4 janvier 2012, le Tribunal fédéral déclara la requête du requérant irrecevable au motif que les parties avaient valablement renoncé à recourir contre toute décision du tribunal arbitral, conformément à l'article 192 de la loi fédérale sur le droit international privé (paragraphe 9 ci-dessous). Il a considéré en particulier ce qui suit :

« 2.2.4.1 Selon le recourant, la prise en compte de « la culture juridique familière aux parties » montrerait que celles-ci n'ont pu avoir à l'esprit qu'une notion étroite du terme « appeal » figurant dans la clause de renonciation, c'est-à-dire qu'elles ont eu en vue, en utilisant ce terme, la seule voie de recours ordinaire,

dévolutive et réformatoire ainsi dénommée (cf. ATF 131 III 173 consid. 4.2.3.2 p. 180). Aussi bien, tant le droit de l'État de New York, comme *lex causae*, que les droits tunisien et français, comme droits des pays où les parties ont respectivement leur domicile et leur siège, attribueraient-ils une telle signification au terme en question. Dès lors, les parties, en renonçant à tout « right of appeal » contre une éventuelle sentence à venir, n'auraient entendu renoncer qu'à l'appel au sens strict du terme, à l'exclusion des recours extraordinaires. [...]

2.2.4.2 Force est de souligner d'emblée que la dernière remarque formulée par le recourant se heurte au texte même de la clause litigieuse dans lequel le terme « appeal » est utilisé, non pas comme substantif (avec la préposition « of », qui n'y figure pas), mais comme verbe transitif direct (après la préposition « to » ; « right *to appeal* such decision »). Cela étant, si l'on considère ce verbe, non pas isolément, mais en le replaçant dans son contexte, il n'y a aucune raison d'admettre que les parties l'auraient utilisé à dessein pour n'exclure que la voie de l'appel *stricto sensu*. Il apparaît, au contraire, qu'elles en ont usé afin d'exclure la possibilité pour chacune d'elles de *recourir* contre la sentence (cf. consid. 2.2.2 ci-dessus). [...] Il appert de cette brève étude de droit comparé qu'aucune des législations invoquées par le recourant ne permet d'attaquer une sentence en matière d'arbitrage international par la voie de l'appel ordinaire. Aussi le recourant, en signant le contrat d'option incluant la convention d'arbitrage dans laquelle figure la clause de d'exclusion litigieuse, n'a-t-il pu renoncer qu'au seul moyen de droit dont il disposerait pour attaquer une éventuelle sentence future, c'est-à-dire au recours en matière civile prévu par les deux dernières dispositions citées [l'art. 77 al. 1 let. a de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 et l'art. 190 al. 2 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987]. [...]

3.2 [...] La controverse porte, en l'espèce, sur la question de savoir s'il est possible de renoncer à recourir contre une sentence arbitrale à venir sans violer l'art. 6 par. 1 CEDH. Cette question doit être tranchée par l'affirmative. Sans doute la renonciation au recours implique-t-elle l'impossibilité pour la partie qui a succombé de faire constater par le Tribunal fédéral que la sentence attaquée a été rendue en violation des garanties procédurales fondamentales prévues par cette norme conventionnelle. Toutefois, ni la lettre ni l'esprit de celle-ci n'empêchent une personne de renoncer à de telles garanties de son plein gré, pour autant que pareille renonciation ne soit pas équivoque et ne se heurte à aucun intérêt public important (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 mai 1997 dans l'affaire Pauger c. Autriche [requête n° 16717/90], § 58 et l'arrêt cité ; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3e éd. 2009, n° 3 ad art. 6 CEDH et les précédents cités à la page 145, note de pied 7). Or, l'art. 192 al. 1 LDIP satisfait à ces exigences puisqu'il commande que la renonciation soit expresse et, de surcroît, qu'elle fasse l'objet d'un accord entre les parties, ce qui exclut toute renonciation unilatérale. De plus, une renonciation qui ne serait pas faite de son plein gré par une partie, mais sous l'empire d'un vice du consentement, pourrait être invalidée de ce chef (arrêt 4A_514/2010 du 1er mars 2011 consid. 4.2). Au demeurant, comme l'arbitrage est un mode conventionnel de résolution des litiges par des juge privés - les arbitres - que les parties peuvent choisir, on ne voit pas, a priori, à quel intérêt public important une renonciation anticipée au recours, intervenant dans ce cadre procédural, serait susceptible de porter atteinte dans le cours ordinaire des choses. Force est ainsi de conclure à la conformité de l'art. 192 al. 1 LDIP avec l'art. 6 par. 1 CEDH. »

B. Le droit et la pratique internes pertinents

12. La loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (ci-après LDIP ; recueil systématique du droit fédéral n° 291) dispose dans ses articles pertinents :

Article 190 - IX. Caractère définitif. Recours

« 1. Principe

1 La sentence[d'arbitrage] est définitive dès sa communication.

2 Elle ne peut être attaquée que :

a. lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé ;

b. lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ;

c. lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande ;

d. lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ;

e. lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public.

3 En cas de décision incidente, seul le recours pour les motifs prévus à l'al. 2, let. a et b, est ouvert ; le délai court dès la communication de la décision.

Article 191 - 2. Autorité de recours

Le recours n'est ouvert que devant le Tribunal fédéral. La procédure est régie par l'art. 77 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral.

Article 192 - X. Renonciation au recours

1 Si deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral ; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190, al. 2.

2 Lorsque les parties ont exclu tout recours contre les sentences et que celles-ci doivent être exécutées en Suisse, la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique par analogie. »

13. Dans plusieurs arrêts (voir notamment l'arrêt ATF 4P.198/2005 du 31 octobre 2005), le Tribunal fédéral expliqua les motifs du législateur de prévoir l'exclusion des recours au regard de l'article 192 LDIP. Dans l'arrêt ATF 133 III 235 (22 mars 2007), il s'exprima comme il suit :

« 4.3.2.1 En introduisant, à l'art. 192 LDIP, la possibilité pour les parties de renoncer au recours contre la sentence, le législateur poursuivait deux buts : d'une part, renforcer l'attractivité de la place arbitrale suisse en matière d'arbitrage international, en évitant que la sentence soit soumise au double contrôle de l'autorité de recours et du juge de l'exequatur ; d'autre part, décharger le Tribunal fédéral (...) L'idée sous-jacente au premier de ces deux buts était que la sentence internationale serait de toute façon soumise à un contrôle

judiciaire au stade de l'exécution forcée, en application de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (RS 0.277.12), et l'art. 192 al. 2 LDIP visait à ce qu'il en allât de même au cas où la sentence serait exécutée en Suisse (cf. Message du Conseil fédéral du 10 novembre 1982 concernant la LDIP, FF 1983 I 255 ss, p. 451 ; voir aussi : BO 1986 CN p. 1365 [Hess]). La ratio legis de l'art. 192 LDIP établit donc clairement que, dans l'esprit du législateur, cette disposition avait vocation à s'appliquer, au premier chef, à l'arbitrage commercial international et, plus particulièrement, aux sentences condamnatoires devant être soumises au juge de l'*exequatur* (...) »

14. La Suisse est État partie à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères adoptée à New York le 10 juin 1958. Le champ d'application de cet instrument est défini dans son article I :

« 1. La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

(...). »

15. L'article V de la Convention de New York prévoit certaines exceptions à la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, libellées comme il suit :

« 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve :

a. Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; ou

b. Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou

c. Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées ; ou

d. Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ; ou

e. Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :
a. Que, d'après la loi de ces pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou
b. Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays. »

GRIEFS

16. Sur la base des articles 6 et 13 de la Convention, le requérant se plaignait d'avoir été privé de l'accès à un tribunal en Suisse pour contester le caractère inéquitable de la procédure d'arbitrage. Il alléguait que l'interprétation donnée par le Tribunal fédéral de la clause de renonciation était extrêmement restrictive dans le sens que les parties ne voulaient pas exclure toute voie de recours, mais simplement le droit d'appel contre la sentence. De plus, le requérant alléguait que l'article 192 alinéa 1 LDIP n'était pas compatible avec l'article 6 § 1 de la Convention.

17. Invoquant l'article 6 de la Convention, le requérant se plaignait de ce que le refus du tribunal arbitral d'ordonner une expertise à la demande du requérant avait méconnu son droit à un procès équitable et, en particulier, le principe de l'égalité des armes. Il faisait également valoir que le Tribunal fédéral n'avait pas pris en compte plusieurs de ses arguments.

EN DROIT

A. Le maintien de la requête par les héritiers du requérant

18. La Cour rappelle que le requérant est décédé le 28 mars 2013. La Cour doit dès lors d'emblée trancher la question de savoir si l'épouse ainsi que les trois fils du requérant ont le droit de maintenir la requête au nom du défunt.

19. À cet égard, la Cour distingue selon que le décès de la victime directe est postérieur ou antérieur à l'introduction de la requête devant elle (voir, pour un résumé de la jurisprudence de la Cour, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], n° 47848/08, §§ 97-100, CEDH 2014).

20. La situation est variable lorsque la victime directe est décédée *avant* l'introduction de la requête devant la Cour. En pareil cas, la Cour, s'appuyant sur une interprétation autonome de la notion de « victime », s'est montrée disposée à reconnaître la qualité pour agir d'un proche soit parce que les griefs soulevaient une question d'intérêt général touchant au « respect des droits de l'homme » (article 37 § 1 *in fine* de la Convention) et que les requérants en tant qu'héritiers avaient un intérêt légitime à maintenir la requête, soit en raison d'un effet direct sur les propres droits du requérant (*Micallef c. Malte* [GC], n° 17056/06, §§ 44-51, CEDH 2009 ; et *Marie-Louise Loyen et Bruneel c. France*, n° 55929/00, §§ 21-31, 5 juillet 2005). Il y a lieu de noter que ces dernières affaires avaient été portées devant la Cour à la suite ou à propos d'une procédure interne à laquelle la victime directe avait elle-même participé de son vivant.

21. Dans des cas où le requérant était décédé *après* l'introduction de la requête, la Cour a admis qu'un proche parent ou un héritier pouvait en principe poursuivre la procédure dès lors qu'il avait un intérêt suffisant dans l'affaire (par exemple la veuve et les enfants dans *Raimondo c. Italie*, 22 février 1994, § 2, série A n° 281-A ;

et *Stojkovic c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, n° 14818/02, § 25, 8 novembre 2007 ; les parents dans *X c. France*, 31 mars 1992, § 26, série A n° 234-C ; le neveu et l'héritier potentiel dans *Malhous c. République tchèque* (déc.) [GC], n° 33071/96, CEDH 2000-XII ; ou la compagne non mariée ou *de facto* dans *Velikova c. Bulgarie* (déc.), n° 41488/98, CEDH 1999-V ; *a contrario*, la légataire universelle sans lien familial avec le défunt dans *Thevenon c. France* (déc.), n° 2476/02, CEDH 2006-III ; la nièce dans *Léger c. France* (radiation) [GC], n° 19324/02, § 50, 30 mars 2009 ; et la fille de l'un des requérants initiaux dans une affaire relative à des droits - non transférables - découlant des articles 3 et 8 et où aucun intérêt général n'était en jeu, *M.P. et autres c. Bulgarie*, n° 22457/08, §§ 96-100, 15 novembre 2011).

22. En l'espèce, la Cour note que le requérant est décédé après l'introduction de sa requête. Elle note également que l'épouse et les trois fils du requérant sont les héritiers de celui-ci. La présente requête portant sur des griefs tirés de l'article 6 de la Convention, disposition qui garantit des droits éminemment transférables (voir, par exemple, *Deweer c. Belgique*, 27 février 1980, §§ 37 et 38, série A n° 35), ils ont un intérêt légitime et suffisant leur donnant qualité pour se plaindre au nom de leur mari/père décédé.

B. Grief tiré du droit d'accès à un tribunal

1. Principes généraux

23. L'article 6 § 1 de la Convention garantit à toute personne le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect (*Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 36, série A n° 18).

24. La Cour rappelle que le droit d'accès aux tribunaux, reconnu par l'article 6 § 1, n'est pourtant pas absolu : il se prête à des limitations implicitement admises, car il commande de par sa nature même une réglementation par l'État. Les États contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle doit se convaincre que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Eiffage S.A. et autres c. Suisse* (déc.), n° 1742/05, 15 septembre 2009 ; *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 147, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII ; *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 59, CEDH 1999-I).

25. Ce droit d'accès à un tribunal n'implique pas nécessairement le droit de pouvoir saisir une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays ; ainsi, un organe chargé de trancher un nombre restreint de litiges déterminés peut s'analyser en un tribunal à condition d'offrir les garanties voulues (*Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, § 201, série A n° 102). L'article 6 ne s'oppose donc pas à la création de tribunaux arbitraux afin de juger certains différends de nature patrimoniale opposant des particuliers (*Suda c. République tchèque*, n° 1643/06, § 48, 28 octobre 2010). Présentant pour les intéressés

comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, les clauses contractuelles d'arbitrage ne se heurtent pas en principe à la Convention (*Deweer,* précité, § 49).

26. En outre, il convient de distinguer entre arbitrage volontaire et arbitrage forcé. S'agissant d'un arbitrage forcé, en ce sens que l'arbitrage est imposé par la loi, les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un tribunal arbitral. Celui-ci doit offrir les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention (*Bramelid et Malmström c. Suède*, nos 8588/79 et 8589/79, décision de la Commission du 12 octobre 1989, DR no 29).

27. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage volontaire consenti librement, il ne se pose guère de problème sur le terrain de l'article 6. En effet, les parties à un litige sont libres de soustraire aux juridictions ordinaires certains différends pouvant naître de l'exécution d'un contrat. En souscrivant à une clause d'arbitrage, les parties renoncent volontairement à certains droits garantis par la Convention. Telle renonciation ne se heurte pas à la Convention pour autant qu'elle soit libre, licite et sans équivoque (*Eiffage S.A. et autres* (décision précitée) ; *Suda,* précité, § 48 ; *R. c. Suisse*, no 10881/84, décision de la Commission du 4 mars 1987, Décisions et rapports (DR) no 51 ; *Osmo Suovaniemi et autres c. Finlande* (déc.), no 31737/96, 23 février 1999, et *Transportes Fluviais do Sado S.A. c. Portugal* (déc.), no 35943/02, 16 décembre 2003). De plus, pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Convention, la renonciation à certains droits garantis par la Convention doit s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité (*Pfeifer et Plankl c. Autriche*, 25 février 1992, § 37, série A no 227).

2. Application des principes susmentionnés au cas d'espèce

28. La Cour considère opportun d'examiner le grief de la privation d'accès à un tribunal en Suisse exclusivement sous l'angle de l'article 6 de la Convention, le grief tiré de l'article 13 étant absorbé par la première disposition.

29. Dans la présente affaire, la Cour observe d'emblée que le requérant était un homme d'affaires tunisien domicilié à El Menzah en Tunisie qui entrait en collaboration avec la société Colgate, société de droit français ayant son siège en France. Il ne prétend pas que l'arbitrage était imposé par la loi. Bien au contraire, en exerçant sa liberté contractuelle, il a signé une convention d'arbitrage avec la société Colgate contenant une clause compromissoire pour résoudre des litiges qui pourraient naître entre eux (voir texte de la clause compromissoire reproduit au paragraphe 3 ci-dessus). En concluant ce compromis d'arbitrage, le requérant a expressément et librement renoncé à la possibilité de soumettre les litiges pouvant potentiellement surgir à l'avenir à un tribunal ordinaire qui lui aurait offert l'ensemble des garanties de l'article 6 de la Convention. Il n'existe aucune indication que le requérant ait agi sous la contrainte en signant la convention d'arbitrage. Par ailleurs, le requérant ne le prétend pas.

30. La renonciation au droit à un tribunal (ordinaire) en faveur d'un arbitrage doit être intervenue sans équivoque. En l'espèce, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion, par voie d'interprétation des volontés des parties, que celles-ci, par l'inclusion d'une clause de renonciation dans l'article 8 b du compromis (paragraphe 4 ci-dessus) ont exclu tout recours contre la sentence arbitrale. A la lumière du texte de la clause (« *neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law* ») et dans la mesure où elle est

compétente pour trancher cette question, la Cour estime qu'une telle conclusion ne paraît ni arbitraire ni déraisonnable.

31. De plus, rien ne permet de douter que cette renonciation n'était pas entourée du minimum de garanties correspondant à son importance. La Cour note, à cet égard, que le requérant a pu élire un arbitre de son choix. Celui-ci, agissant de concert avec les deux autres arbitres, a été d'accord de choisir le lieu du siège de l'arbitrage à Genève de sorte que le droit suisse est devenu la loi applicable à l'arbitrage, c'est-à-dire la loi qui régit l'arbitrage. Par ailleurs, la Cour observe que le Tribunal fédéral a dûment entendu les arguments du requérant et a pris en compte tous les éléments factuels et juridiques qui étaient objectivement pertinents pour la résolution du litige. L'arrêt du Tribunal fédéral s'avère par ailleurs dûment motivé de sorte qu'aucune apparence d'arbitraire ne puisse être décelée dans le cas d'espèce.

32. Concernant la question de savoir si l'article 192 alinéa 1 LDIP est compatible avec l'art. 6 § 1 de la Convention, à savoir si la possibilité de renoncer à recourir contre une sentence arbitrale ne viole pas l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour rappelle que la Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits qui y sont reconnus ; elle n'autorise pas non plus à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention (*Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, § 31, série A n° 142 ; *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzegovine* [GC], n^{os} 27996/06 et 34836/06, § 28, 22 décembre 2009).

33. En ce qui concerne la présente affaire, la Cour note que l'article 192 LDIP reflète un choix de politique législative qui répond au souhait du législateur suisse d'augmenter l'attractivité et l'efficacité de l'arbitrage international en Suisse, en évitant que la sentence soit soumise au double contrôle de l'autorité de recours et du juge de l'*exequatur,* et de décharger le Tribunal fédéral (paragraphe 13 ci-dessus).

34. De plus, il convient de noter qu'une partie, n'ayant ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, n'est nullement obligée d'exclure tout recours ; bien au contraire, elle peut librement choisir de saisir cette possibilité qu'offre la loi suisse en renonçant valablement à tout recours à un tribunal ordinaire. La Cour estime que ce moyen offert aux parties qui n'ont pas de liens avec la Suisse est proportionné au but de renforcer l'attractivité de la Suisse en matière d'arbitrage international et de renforcer le principe de la liberté contractuelle des parties.

35. De surcroît, la Cour constate que, si les parties optent pour l'exclusion de tout recours contre une sentence conformément à l'article 192 alinéa 1 LDIP, l'alinéa 2 de cette disposition prévoit que, si celle-ci doit être exécutée en Suisse, la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique par analogie, ce qui ajoute un contrôle supplémentaire exercé par les tribunaux ordinaires sur les tribunaux arbitraux (voir, dans ce sens, *Zamet - Budowa Maszyn Spółka Akcyjna c. Pologne* (déc.), n° 1485/11, 25 août 2015). En effet, la reconnaissance et l'exécution d'une sentence peuvent exceptionnellement être refusées pour les motifs énumérés à l'article V de ladite convention (paragraphe 15 ci-dessus).

36. Compte tenu de ce qui précède, la restriction du droit d'accès à un tribunal a poursuivi un but légitime, à savoir la mise en valeur de la place arbitrale suisse, par des procédures souples et rapides, tout en respectant

la liberté contractuelle du requérant, et ne saurait être considérée comme disproportionnée. Dès lors, le droit du requérant d'accès à un tribunal n'a pas été atteint dans sa substance même.

Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

C. Grief tiré de la violation du procès équitable

37. Le second grief concerne le refus du tribunal arbitral d'ordonner une expertise à la demande du requérant et le refus du Tribunal fédéral de prendre en compte certains arguments.

38. L'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (*Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1993, § 33, série A n° 274). Même à supposer que les garanties de l'article 6 soient applicables au cas d'espèce, il convient de rappeler que la Convention ne réglemente pas le régime des preuves en tant que tel (*Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, § 34, *Recueil* 1997-II). L'admissibilité des preuves et leur appréciation relèvent en principe du droit interne et des juridictions nationales (*García Ruiz c. Espagne* [GC], n° 30544/96, § 28, CEDH 1999-I). Un refus d'ordonner une expertise n'est pas en soi inéquitable ; il convient de l'examiner au vu de la procédure dans son ensemble (*H. c. France*, 24 octobre 1989, §§ 61 et 70, série A n° 162-A).

39. Dans le présent cas, le tribunal arbitral a considéré que la société Colgate avait déjà produit des preuves financières d'un expert, et qu'il suffisait de permettre à l'expert privé du requérant d'obtenir l'accès aux mêmes documents comptables que ceux utilisés par l'expert de la demanderesse. Cette motivation ne paraît ni déraisonnable ni arbitraire. Compte tenu du fait que le requérant a eu accès aux documents litigieux, il n'apparaît pas non plus qu'il ait été placé dans une situation de net désavantage par rapport à la société Colgate.

40. Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Déclare la requête irrecevable.

Fait en français puis communiqué par écrit le 24 mars 2016.

Stephen Phillips
Greffier

Luis López Guerra
Président

CEDU, III Section, Requêtes n^os^ 40575/10 et 67474/10, Affaire Mutu et Pechstein c. Suisse

ARRÊT
STRASBOURG
2 octobre 2018

DÉFINITIF
04/02/2019

Cet arrêt est devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.

En l'affaire Mutu et Pechstein c. Suisse,

La Cour européenne des droits de l'homme (troisième section), siégeant en une chambre composée de :
Helena Jäderblom, *présidente,*
Branko Lubarda,
Luis López Guerra,
Helen Keller,
Pere Pastor Vilanova,
Alena Poláčková,
Georgios A. Serghides, *juges,*

et de Fatoş Aracı, *greffière adjointe de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 6 décembre 2016 ainsi que les 20 février et 28 août 2018,
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE
1. À l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n° 40575/10 et n° 67474/10) dirigées contre la Confédération suisse et dont, respectivement, un ressortissant roumain, M. Adrian Mutu (« le requérant »), et une ressortissante allemande, M^me^ Claudia Pechstein (« la requérante »), ont saisi la Cour, respectivement, le 13 juillet 2010 et le 11 novembre 2010, en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).
2. Le requérant a été représenté par M^e^ M. Hissel, avocat à Eupen (Belgique), et la requérante par M^e^ S. Bergmann, avocat à Berlin. Le gouvernement suisse (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. F. Schürmann, et par son agent suppléant, M. A. Scheidegger, de l'Office fédéral de la justice.
3. Le requérant alléguait principalement une violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

4. La requérante se plaignait de violations de l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention.
5. Les requêtes ont été communiquées au Gouvernement le 12 février 2013.
6. Le 23 mai 2013, le club de football *Chelsea Football Club Limited* (« le club *Chelsea* » ou « le tiers intervenant ») s'est vu accorder l'autorisation d'intervenir dans la procédure écrite (article 36 § 2 de la Convention et article 44 § 3 du règlement de la Cour) dans le cadre de la requête n° 40575/10.
7. Le gouvernement roumain et le gouvernement allemand, qui ont reçu communication de la requête n° 40575/10 et de la requête n° 67474/10 respectivement (article 36 § 1 de la Convention et article 44 § 1 a) du règlement de la Cour), n'ont pas souhaité exercer leur droit d'intervenir dans la procédure.
8. Le 6 décembre 2016, la Cour a décidé de joindre les deux requêtes en application de l'article 42 § 1 de son règlement.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DES CAS D'ESPÈCE

A. Les faits relatifs à la requête n° 40575/10

9. Le 11 août 2003, le requérant, joueur de football professionnel, conclut avec le club *Chelsea* un contrat de travail - régi par le droit anglais –, dont l'échéance était fixée au 30 juin 2008. Le lendemain, il fut transféré du club italien *AC Parma* au club *Chelsea* en échange d'une somme de 22 500 000 livres sterling (GBP) - soit environ 26 343 000 euros (EUR). Le contrat prévoyait que le requérant recevrait un salaire annuel brut de 2 350 000 GBP (soit environ 2 751 000 EUR), ainsi qu'une « prime à la signature » de 330 000 GBP (soit environ 386 000 EUR) payable en cinq fois.
10. Le 1er octobre 2004, l'Association anglaise de football procéda à un contrôle antidopage ciblé, qui révéla la présence de cocaïne dans l'échantillon prélevé sur le requérant. Le 28 octobre 2004, le club *Chelsea* mit fin au contrat du requérant avec effet immédiat. Une mesure de suspension fut prononcée à l'encontre de celui-ci.
11. Une fois la période de suspension échue, le requérant retourna en Italie, où il rejoua au niveau professionnel dès le printemps 2005. Par la suite, il fut successivement au service des clubs *Juventus FC*, *ACF Fiorentina* et *AC Cesena.* Il fut à nouveau suspendu en 2010 pour une période de six mois, pour dopage. Il évolua ensuite dans le championnat français de première division, au sein du club corse d'Ajaccio.
12. Le 26 janvier 2005, le requérant et le club *Chelsea* décidèrent de soumettre à la commission de recours de la Première Ligue anglaise (« la FAPLAC »), un organe affilié à la Fédération Internationale de Football Association (« la FIFA »), la question de savoir s'il y avait eu rupture unilatérale du contrat par le requérant « sans juste motif » au sens de l'article 21 du règlement de la FIFA concernant le statut et le transfert des joueurs (« le règlement de 2001 »). Le requérant n'était pas obligé d'accepter un arbitrage eu égard à la possibilité offerte par l'article 42 du règlement de 2001 à tout joueur de football de porter un litige l'opposant à son club devant un tribunal étatique.
13. Par une décision du 20 avril 2005, la FAPLAC répondit par l'affirmative à cette question.

14. Saisi d'un appel du requérant, le Tribunal arbitral du sport (« le TAS »), compétent pour connaître des recours contre les décisions de la FAPLAC et présidé par un avocat allemand, M[e] D.-R. M., confirma cette décision par une sentence du 15 décembre 2005. La formation arbitrale interpréta les termes « *unilateral breach* » de l'article 21 du règlement de 2001, et parvint à la conclusion qu'ils visaient la rupture d'un contrat de travail et non pas sa résiliation. Le requérant ne contesta pas cette sentence.

Le 11 mai 2006, le club *Chelsea* saisit la Chambre de règlement des litiges (« la CRL ») de la FIFA d'une demande de dommages-intérêts fondée sur la rupture unilatérale du contrat par le requérant. La CRL se déclara d'abord incompétente. Saisi par le club *Chelsea*, le TAS lui renvoya la cause le 21 mai 2007 afin qu'elle se prononçât sur le fond. Par une décision du 7 mai 2008, la CRL condamna le requérant à verser au club *Chelsea* la somme de 17 173 990 EUR. La CRL prit pour base la part non amortie des frais payés par le club *Chelsea* pour le transfert du requérant, en application du droit anglais, par le jeu de l'article 22 du règlement de 2001.

15. Le 2 septembre 2008, le requérant interjeta appel devant le TAS, concluant à sa libération totale du paiement de dommages-intérêts. Il choisit M[e] J.-J. B., un avocat français, comme arbitre. Le 22 septembre 2008, s'appuyant sur l'article R34 du code de l'arbitrage en matière de sport (« le code de l'arbitrage »), il requit la récusation de l'arbitre choisi par le club *Chelsea*, M[e] D.-R. M, qui avait présidé la formation du TAS ayant émis la sentence du 15 décembre 2005. Par une décision du 13 janvier 2009, le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (« le CIAS ») rejeta cette requête. Le 14 janvier 2009, le TAS informa les parties que la formation arbitrale serait constituée de M[e] J.-J. B., de M[e] D.-R. M. et du professeur L. F., avocat à Milan, qui en assurerait la présidence. Par une sentence du 31 juillet 2009, le TAS rejeta l'appel du requérant. Il jugea que la seule question encore litigieuse, à savoir la question du montant des dommages-intérêts, avait été tranchée par la CRL en conformité avec l'article 22 du règlement de 2001 et le droit anglais.

16. Le 14 septembre 2009, le requérant déposa un recours devant le Tribunal fédéral suisse (« le Tribunal fédéral »), concluant à l'annulation de cette sentence au motif que le TAS n'avait pas présenté des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité. Selon lui, les arbitres L. F. et D.-R. M. n'auraient pas dû siéger en son sein. En ce qui concernait le premier, le requérant s'appuyait sur un courriel anonyme selon lequel le cabinet d'avocats dans lequel il était associé représentait les intérêts du propriétaire du club *Chelsea*. En ce qui concernait le second, le requérant indiquait qu'il avait déjà siégé au sein de la formation ayant rendu la première sentence arbitrale, en date du 15 décembre 2005. Le requérant soutenait également que la sentence était contraire à l'ordre public matériel, à l'interdiction du travail forcé et à son droit au respect de sa vie privée.

17. Par un arrêt du 10 juin 2010 (4A_458/2009), le Tribunal fédéral débouta le requérant, principalement au motif que la formation arbitrale pouvait selon lui être considérée comme « indépendante et impartiale ». Il rejeta ceux des autres moyens du requérant qu'il avait déclarés recevables. Le Tribunal fédéral se prononça notamment en ces termes :

« 3.1 Un tribunal arbitral doit, à l'instar d'un tribunal étatique, présenter des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité (ATF 125 I 389 consid. 4a ; 119 II 271 consid. 3b et les arrêts cités). Le non-

respect de cette règle conduit à une composition irrégulière relevant de la disposition précitée (ATF 118 II 359 consid. 3b). Pour dire si un tribunal arbitral présente de telles garanties, il faut se référer aux principes constitutionnels développés au sujet des tribunaux étatiques (ATF 125 I 389 consid. 4a ; 118 II 359 consid. 3c p. 361). Il convient, toutefois, de tenir compte des spécificités de l'arbitrage, et singulièrement de l'arbitrage international, lors de l'examen des circonstances du cas concret (ATF 129 III 445 consid. 3.3.3 p. 454). A cet égard, l'arbitrage en matière de sport institué par le TAS présente des particularités qui ont déjà été mises en évidence par ailleurs (ATF 129 III 445 consid. 4.2.2.2), telle la liste fermée d'arbitres, et dont on ne saurait faire abstraction, même si elles ne justifient pas en soi de se montrer moins exigeant en matière d'arbitrage sportif qu'en matière d'arbitrage commercial.

(...)

3.2.1 Le recourant soutient que, le 1er septembre 2009, son conseil anglais a reçu un courrier électronique anonyme l'informant, en substance, que le cabinet d'avocats milanais dans lequel le Professeur [L. F.] travaille représentait les intérêts de [R. A.], important homme d'affaires russe qui contrôle l'intimé, circonstance que le président de la Formation avait omis de révéler dans sa déclaration d'indépendance.

Le 13 octobre 2009, [L. F.] a produit une déclaration écrite détaillée, annexée à la réponse du TAS, dans laquelle il conteste vigoureusement les allégations du recourant tirées de ce courrier électronique anonyme. Ladite déclaration a été communiquée au recourant, lequel n'a pas jugé utile d'en réfuter le contenu puisqu'il s'est abstenu de déposer un mémoire de réplique.

3.2.2 Comme le recourant soutient avoir découvert le motif de révision à réception du courrier électronique du 1er septembre 2009, soit avant l'expiration du délai de recours, c'est à bon droit qu'il l'a invoqué dans le cadre du présent recours, au titre de la composition irrégulière du tribunal arbitral (art. 190 al. 2 let. a LDIP), et non pas par la voie d'une demande de révision (arrêt 4A_234/2008 du 14 août 2008 consid. 2.1).

Cela étant, le recourant concède lui-même, dans son mémoire (n. 58 et 62), qu'il n'a pas les moyens de vérifier l'exactitude des informations qui lui ont été communiquées de manière anonyme et que les faits mentionnés dans le courrier électronique en question ne constitueraient un motif de récusation que s'ils étaient avérés. Or, force est d'admettre, sur la base de la déclaration écrite circonstanciée du Professeur [F.], laissée intacte par le recourant, que cette dernière condition n'est pas réalisée. Le président de la Formation y réfute, en effet, point par point, toutes les allégations visant à contester son indépendance par rapport à l'intimé. Comme il n'est pas contredit, sa présence au sein de la Formation ayant rendu la sentence attaquée n'apparaît nullement irrégulière, de sorte que le recourant n'a pas lieu de s'en plaindre a posteriori.

3.3.1 Le recourant conteste également l'indépendance de l'arbitre [D.-R. M.], choisi par l'intimé, au motif que cet arbitre avait déjà présidé la Formation ayant rendu la première sentence, favorable au club anglais, dans le litige divisant les parties. A cet égard, le recourant se réfère aux lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, édictées par l'International Bar Association (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration approuvées le 22 mai 2004, « http://www.ibanet.org/publications/Publications_home.cfm » ; ci-après : les lignes directrices ; à leur sujet, cf. l'arrêt 4A_506/2007 du 20 mars 2008 consid. 3.3.2.2 et les auteurs cités). Selon lui, la circonstance alléguée relèverait du chiffre 2.1.2 de ces lignes directrices, qui vise le cas où l'arbitre a été précédemment impliqué dans l'affaire (« the arbitrator

has previous involvment in the case »), circonstance rangée dans la liste dite rouge relative (« waivable red list ») qui appréhende les situations dans lesquelles l'arbitre est tenu de se récuser, sauf consentement exprès des parties (ch. 2 de la Partie II des lignes directrices). De l'avis du recourant, ladite circonstance pourrait également relever du chiffre 3.1.5 de la liste orange (situations intermédiaires devant être révélées, mais ne justifiant pas nécessairement une récusation), lequel s'applique à l'arbitre qui participe, ou a participé durant les trois dernières années, en qualité d'arbitre, à une autre procédure arbitrale relative à une affaire connexe impliquant l'une des parties ou une entité affiliée à l'une des parties (« the arbitrator currently serves, or has served within the past three years, as arbitrator in another arbitration on related issue involving one of the parties or an affiliate of one of the parties »). La désignation de [D.-R. M.] en qualité d'arbitre par l'intimé constituerait, aux dires du recourant, une marque d'appréciation de la partie qui a obtenu gain de cause dans la première affaire opposant les mêmes parties (recours, n. 75 i.f.).

(...)

3.3.3.1 Quoi qu'en dise le recourant, il n'est déjà pas sûr que les deux règles des lignes directrices invoquées par lui trouvent à s'appliquer en l'espèce.

La première d'entre elles suppose que l'arbitre a été précédemment impliqué dans l'affaire (ch. 2.1.2) ; sous-entendu la même affaire, à en juger par le titre de la rubrique où figure cette règle (« 2.1. Relationship of the arbitrator to the dispute »). De ce point de vue, et à s'en tenir à un critère purement formel, la présente affaire se distingue de celle qui a donné lieu à la première sentence, datée du 15 décembre 2005. Preuve en est le fait que les deux causes ont été enregistrées sous des numéros d'ordre différents par le greffe du TAS (CAS 2005/A/876 pour l'une, CAS 2008/A/1644 pour l'autre). Une troisième cause a d'ailleurs été ouverte et liquidée dans l'intervalle par une sentence du 21 mai 2007 émanant de trois autres arbitres (CAS 2006/A/1192).

Quant à la seconde règle, prise elle aussi à la lettre, elle traite du cas où l'arbitre agit - ou a agi durant les trois dernières années - en qualité d'arbitre dans une autre procédure arbitrale concernant l'une des parties (ou une entité affiliée à l'une des parties) et non pas les deux, comme c'est ici le cas. Au demeurant, comme cette règle a été placée dans la liste orange, sa violation ne justifie pas la récusation automatique de l'arbitre visé par elle.

Cela étant, il ne faut pas surestimer le poids de ces arguments de nature formelle. Il sied, en effet, de ne point oublier que les lignes directrices, si elles constituent certes un instrument de travail précieux, n'ont pas pour autant valeur de loi. Dès lors, les circonstances du cas concret, tout comme la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, resteront toujours décisives pour trancher la question du conflit d'intérêts (arrêt 4A_506/2007, précité, ibid.).

3.3.3.2 Le fait qu'un magistrat a déjà agi dans une cause peut éveiller un soupçon de partialité. Le cumul des fonctions n'est alors admissible que si le magistrat, en participant à des décisions antérieures relatives à la même affaire, n'a pas déjà pris position au sujet de certaines questions de manière telle qu'il ne semble plus à l'avenir exempt de préjugés et que, par conséquent, le sort du procès paraît déjà scellé. Pour en juger, il faut tenir compte des faits, des particularités procédurales ainsi que des questions concrètes soulevées au cours des différents stades de la procédure (ATF 126 I 168 consid. 2 et les arrêts cités). Il n'en va pas autrement

dans le domaine de l'arbitrage. Le comportement d'un arbitre au cours de l'instance arbitrale peut également jeter le doute sur son indépendance et son impartialité. Cependant, le Tribunal fédéral se montre exigeant dans l'appréciation du risque de prévention. Ainsi, il est de jurisprudence que les mesures de procédure, justes ou fausses, ne sont pas, comme telles, de nature à fonder un soupçon objectif de prévention à l'égard de l'arbitre qui les a prises (ATF 111 Ia 259 consid. 3b/aa p. 264 et les références). Cette remarque s'applique aussi à l'arbitre qui a pris une part active à une sentence partielle, fût-elle erronée (ATF 113 IA 407 consid. 2a p. 409 i.f.).

En l'occurrence, la mission confiée à la Formation du TAS ayant rendu la première sentence arbitrale sous la présidence de l'arbitre [D.-R. M.] était nettement circonscrite. En effet, devant cette instance d'appel, le recourant ne contestait déjà plus avoir commis une violation grave de ses obligations contractuelles en consommant de la cocaïne. Il soutenait, en revanche, que, dans la mesure où l'initiative de résilier le contrat de travail pour ce motif avait été prise par l'intimé, on ne pouvait pas lui imputer une "rupture unilatérale du contrat sans juste motif ou juste cause sportive", au sens de l'art. 21 du Règlement 2001, ni, partant, le condamner à dédommager son ex-employeur. La tâche des arbitres consistait donc uniquement à interpréter les termes "unilateral breach", figurant dans la version anglaise de l'art. 21 du Règlement 2001. La Formation a tranché cette question de principe en ce sens que ladite expression visait la rupture d'un contrat de travail et non pas sa résiliation. Elle a, par ailleurs, réfuté un second argument par lequel le recourant souhaitait qu'une différence fût faite entre le joueur qui abandonne son club sans juste motif et celui qui commet une violation grave de ses obligations contractuelles.

En se prononçant de cette manière, la Formation a certes rendu une sentence favorable à l'intimé, puisqu'elle a écarté une objection dirimante de la partie à qui celui-ci entendait réclamer des dommages-intérêts. Toutefois, hormis le fait que le recourant n'a jamais contesté cette première sentence, et sauf à faire un procès d'intention à l'arbitre [M.], il n'est pas possible d'admettre objectivement qu'en tranchant les deux questions susmentionnées, essentiellement théoriques, l'arbitre ait adopté un comportement propre à faire douter de son impartialité et à accréditer l'idée qu'il avait d'ores et déjà pris fait et cause pour l'intimé. De surcroît, il ne ressort pas de la sentence du 15 décembre 2005 que la Formation y aurait préjugé d'une quelconque manière la question du montant de l'indemnité due par le recourant. Il convient de souligner, en outre, que l'on a affaire ici à une série de trois sentences rendues dans la même cause, matériellement parlant, et qui auraient pu l'être, le cas échéant, par une seule Formation, les deux premières revêtant un caractère préjudiciel par rapport à la troisième, c'est-à-dire la sentence finale formant l'objet du présent recours. Or, sauf circonstances exceptionnelles, il n'est en principe pas admissible de contester a posteriori la régularité de la composition du tribunal arbitral qui a rendu la sentence finale au seul motif que ses membres ont déjà statué dans la même cause en participant au prononcé de sentences préjudicielles ou partielles. Le permettre reviendrait à signer l'arrêt de mort de telles sentences, dont l'utilité n'est pourtant plus à démontrer. Pareilles circonstances, le recourant n'en invoque point. Par conséquent, les doutes qu'il émet rétrospectivement au sujet de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre [M.] ne sont pas justifiés.

3.4 D'où il suit que le grief tiré de la violation de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP tombe à faux tant à l'égard du président [F.] qu'envers l'arbitre [M.] »

B. Les faits relatifs à la requête n° 67474/10

18. La requérante est une patineuse de vitesse professionnelle, et elle appartient à la *Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft* (« la DESG »), qui est elle-même membre de l'*International Skating Union* (« l'ISU »), la fédération internationale de patinage, dont le siège est à Lausanne.

19. Le 6 février 2009, l'ensemble des athlètes inscrits aux championnats du monde de patinage de vitesse devant avoir lieu les 7 et 8 février 2009 à Hamar, en Norvège, parmi lesquels la requérante, furent soumis à des tests antidopage. Le 18 février 2009, la requérante subit un nouveau test. Après examen du profil sanguin de la requérante, l'ISU introduisit une plainte devant sa commission disciplinaire. Une audience fut tenue à Berne les 29 et 30 juin 2009. Par une décision du 1er juillet 2009, ladite commission prononça la suspension de la requérante pour une période de deux ans avec effet rétroactif à compter du 9 février 2009.

20. Le 21 juillet 2009, la requérante et la DESG firent appel de cette décision devant le TAS. Le 17 août 2009, celui-ci leur fit connaître la composition de la formation arbitrale. Aucun commentaire ne fut formulé à ce sujet durant la procédure devant le TAS. L'audience eut lieu à Lausanne les 22 et 23 octobre 2009. Malgré la demande de publicité de l'audience formulée par la requérante, celle-ci se tint à huis clos. Douze experts désignés par les parties furent entendus. Celles-ci purent les interroger librement.

21. Les 23 et 24 novembre 2009, la requérante demanda la réouverture de la procédure. Le 25 novembre 2009, le TAS rejeta cette demande et confirma la suspension de deux ans.

22. Le 7 décembre 2009, la requérante déposa un recours devant le Tribunal fédéral, concluant à l'annulation de la sentence du TAS. Elle soutenait que le TAS ne constituait pas un tribunal « indépendant et impartial » en raison du mode de nomination des arbitres, que son président n'avait pas été impartial car il avait auparavant fait part de sa « ligne dure » contre le dopage et que son secrétaire général avait modifié la décision arbitrale *a posteriori*. Elle reprochait en outre au TAS de ne pas avoir tenu d'audience publique. Elle se plaignait également d'une violation de son droit d'être entendue et invoquait différents moyens relatifs à l'ordre public.

23. Par un arrêt du 10 février 2010, le Tribunal fédéral rejeta le recours de la requérante. La haute juridiction s'exprima notamment en ces termes :

[traduction du Greffe]

« 3.1.2 Lorsqu'un tribunal arbitral présente un défaut d'indépendance ou d'impartialité, il s'agit d'un cas de composition irrégulière au sens de l'article 190 al. 2 let. a de la LDIP. En vertu du principe de la bonne foi, le droit d'invoquer le moyen se périme cependant si la partie ne le fait pas valoir immédiatement (ATF 129 III 445, consid. 3.1, p. 449 et autres références).

La recourante a saisi elle-même le TAS et a signé l'ordre de procédure du 29 septembre 2009 sans soulever de grief quant à son indépendance ou son impartialité. Dans ces circonstances, attendre d'avoir interjeté appel devant le Tribunal fédéral pour soulever pour la première fois la question de l'impartialité de la formation arbitrale est incompatible avec le principe de la bonne foi. En conséquence, le grief tiré du défaut d'indépendance du tribunal arbitral doit être écarté.

3.1.3 Par ailleurs, contrairement à ce que soutient la recourante, le TAS doit être vu comme un véritable tribunal arbitral. De surcroît, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il jouit d'une indépendance suffisante par rapport au CIO [le Comité international olympique] pour que les sentences qu'il rend, y compris dans les causes intéressant cet organisme, puissent être considérées comme de véritables jugements, assimilables à ceux d'un tribunal étatique (ATF 129 III 445, consid. 3, pp. 448 et suiv. et autres références).
Indépendamment du fait que les allégations factuelles de la recourante ne reposent pas sur les faits établis dans la sentence attaquée (art. 105 al. 1 LTF), ses arguments de caractère général ne font pas naître de doutes raisonnables quant à l'indépendance du TAS, si bien que le grief tiré du défaut d'indépendance du TAS serait en tout état de cause considéré comme non fondé.
3.2 En deuxième lieu, la recourante se plaint de la prétendue partialité de F., le président de la formation arbitrale. Celui-ci aurait, en octobre 2007, dit adopter « une ligne dure en matière de dopage » à l'un des représentants légaux actuels de la recourante qui souhaitait qu'il fût nommé arbitre dans une affaire impliquant un sportif qu'il représentait. La recourante en déduit qu'avec la nomination de F. par G., ancien membre du Comité national olympique, président d'une fédération sportive internationale et membre de la Commission sport et droit du CIO, la décision était prise d'avance.
Ce grief est infondé. L'accusation selon laquelle le président de la formation arbitrale aurait, dans un autre contexte, affirmé adopter une « ligne dure » dans les affaires de dopage est trop vague et trop générale pour faire naître un doute raisonnable quant à l'indépendance de F., a fortiori en l'absence de lien direct avec ledit contexte (comp. ATF 133 I 89, consid. 33, p. 92 ; ATF. 105 Ia 157, consid. 6a, p. 163).
Les griefs tirés de la partialité du président de la formation arbitrale et de la composition irrégulière de celle-ci en raison d'une prétendue influence du CIO sont sans fondement.
3.3 L'autre grief soulevé par la recourante, selon lequel le CIO et les fédérations sportives internationales auraient influencé la décision par l'intermédiaire du secrétaire général du TAS, lequel aurait rectifié a posteriori la décision attaquée, est pure spéculation et ne repose pas sur des faits établis. Ainsi, la recourante elle-même indique ne pas savoir si le secrétaire général a ou non fait usage de la possibilité de procéder à des « rectifications » de la sentence.
En outre, elle ne soulève pas un grief au sens de l'article 190 al. 2 let. a de la LDIP lorsqu'elle fait valoir que, selon l'article R59 du code du TAS, la décision doit être communiquée au secrétaire général du TAS, lequel peut « procéder à des rectifications de pure forme » et « attirer l'attention de la formation [arbitrale] sur des questions de principe fondamentales ». Contrairement à ce qui est allégué dans le recours, cette démarche ne remet pas en cause le fait que la sentence a été rendue par le TAS et par lui seul. Rien ne montre que celui-ci ait subi une influence illégitime de nature à faire douter de son indépendance.
Le grief tiré du défaut d'indépendance et de la composition irrégulière de la formation arbitrale (art. 190 al. 2 let.a LDIP) est donc infondé et les demandes liées à ce grief doivent en conséquence être rejetées.
4. La recourante allègue par ailleurs une violation du droit à une audience publique.
4.1 C'est à tort qu'elle invoque à cet égard l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 30 § 3 de la Constitution fédérale et l'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques puisque, selon la jurisprudence du Tribunal

fédéral, ces dispositions ne s'appliquent pas aux procédures d'arbitrage volontaire (comp. arrêts 4P.105/2006 du 4 août 2006, consid. 7.3 ; 4P.64/2001 du 11 juin 2001, consid. 2d/aa, non publié in ATF 127 III 429). Il n'est donc pas possible de déduire des dispositions précitées l'existence d'un droit à une audience publique dans le cadre d'une procédure d'arbitrage.

Le TAS n'a aucunement méconnu le droit de la recourante à une audience publique en rejetant, en application de l'article R57 du code du TAS, qui dispose que l'audience n'est publique qu'en cas d'accord des parties, la demande qu'elle avait formulée pour que son agent fût autorisé à assister à l'audience. L'intéressée ne démontre pas dans quelle mesure le droit à être entendue (art. 190 al. 2 let. d LDIP) et la question de l'ordre public (art. 190 al. 2 let. e LDIP) devraient avoir pour effet d'imposer la tenue d'une audience publique dans le cadre de procédures arbitrales alors que ces audiences se tiennent normalement à huis clos.

Indépendamment de la question de l'existence ou non de ce droit, étant donné la place éminente qu'occupe le TAS dans le secteur sportif, il serait souhaitable [*wünschenswert*], pour renforcer la confiance en l'équité et en l'indépendance de ses sentences, qu'une audience publique puisse être tenue si l'athlète en fait la demande.

4.2 Alors que la procédure devant le TAS comporte un libre examen des éléments factuels et juridiques, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral quant aux sentences arbitrales est extrêmement restreint. Ainsi, la présente espèce se prête à une décision sur pièces ; la tenue de débats publics (art. 57 LTF), souhaitée par la recourante, n'est pas indiquée.

L'obligation de tenir des débats publics, qui peut être exceptionnellement imposée par un droit supérieur au droit national - par exemple en cas de requête en vertu de l'article 120 al. 1 let. c. de la LTF ou lorsque le tribunal entend statuer lui-même sur le fond (comp. art. 107 al. 2 LTF) en se fondant sur ses propres constatations factuelles (comp. HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, in Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2008, n^{os} 9 et suiv. sur l'art. 57 LTF ; JEAN-MAURICE FRÉSARD in Commentaire de la LTF, 2009, n^{o} 8 et suiv. sur l'art. 57 LTF), ne s'applique pas dans le cadre des procédures arbitrales selon l'article 77 de la LTF.

Il y a donc lieu de rejeter la demande de tenue de débats publics devant le Tribunal fédéral. »

24. Après avoir été déboutée par le Tribunal fédéral et avoir saisi la Cour de sa requête, la requérante engagea également une procédure à l'encontre de l'ISU devant les juridictions allemandes.

Dans un premier temps, elle obtint gain de cause devant la cour d'appel de Munich, qui, dans un arrêt du 15 janvier 2015, jugea les sentences du TAS inapplicables en Allemagne. Selon cette juridiction, si l'on pouvait considérer que des athlètes acceptaient de se soumettre volontairement à la juridiction d'un tribunal arbitral, cela ne pouvait pas valoir dans le cas du TAS en raison du poids prépondérant des fédérations sportives dans sa composition. Selon la juridiction bavaroise, ce déséquilibre était accepté par les sportifs uniquement parce que, dans le cas contraire, ils ne pourraient pas participer aux compétitions professionnelles. Pour elle, il s'agissait par conséquent d'un « abus de position dominante ».

25. Cet arrêt fut cassé par la Cour fédérale de justice allemande le 7 juin 2016. Selon cette haute juridiction, s'il était vrai que l'ISU exerçait un monopole au sens du droit de la concurrence allemand, les athlètes acceptaient néanmoins librement de souscrire la clause d'arbitrage prévoyant la juridiction du TAS et cette pratique ne constituait donc pas un abus de position dominante.

C. Le fonctionnement de l'arbitrage sportif international

26. Le TAS a officiellement été créé le 30 juin 1984, date de l'entrée en vigueur de ses statuts, dans le but de résoudre les litiges relatifs au sport. Son siège a été fixé à Lausanne. Institution d'arbitrage autonome sur le plan de l'organisation, mais sans personnalité juridique, il était composé à l'origine de soixante membres, désignés à raison d'un quart chacun par le Comité international olympique (« le CIO »), les fédérations internationales (« les FI »), les comités nationaux olympiques (« les CNO ») et le président du CIO. Les frais de fonctionnement du TAS étaient supportés par le CIO, compétent pour modifier les statuts de ce tribunal (pour plus de détails, voir l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 119 II 271, consid. 3b).

27. Dans un arrêt rendu en 1993, le Tribunal fédéral a formulé des réserves quant à l'indépendance du TAS par rapport au CIO, en raison des liens organiques et économiques existant entre les deux institutions. Selon lui, il était souhaitable que l'on assurât une indépendance accrue du TAS à l'égard du CIO (ATF 119 II 271, consid. 3b). Cet arrêt a entraîné une importante réforme du TAS.

28. Les principales nouveautés ont consisté en la création à Paris, le 22 juin 1994, du CIAS et dans la rédaction du code de l'arbitrage, entré en vigueur le 22 novembre 1994.

29. Fondation de droit privé soumise au droit suisse, le CIAS, dont le siège est à Lausanne, est composé de vingt membres juristes de haut niveau. Les membres du CIAS sont désignés pour une période renouvelable de quatre ans.

30. Le CIAS a notamment pour mission de sauvegarder l'indépendance du TAS et les droits des parties. Exerçant diverses fonctions, il lui incombe, en particulier, d'adopter et de modifier le code de l'arbitrage, d'administrer et de financer le TAS, d'établir la liste des arbitres du TAS pouvant être choisis par les parties, de statuer en matière de récusation et de révocation des arbitres et de nommer le secrétaire général du TAS.

31. Le TAS établit des formations qui sont chargées de trancher les litiges survenant dans le domaine du sport. Il est composé de deux chambres, à savoir la chambre arbitrale ordinaire et la chambre arbitrale d'appel. La première s'occupe des litiges soumis au TAS en qualité d'instance unique (exécution de contrats, responsabilité civile, etc.), tandis que la seconde connaît des recours dirigés contre des décisions disciplinaires prises en dernière instance par des organismes sportifs, tels que les fédérations (par exemple, suspension d'un athlète pour cause de dopage, de brutalités sur un terrain ou d'injures envers un arbitre de jeu).

1. Les règles relatives à la nomination des membres du CIAS, en vigueur à l'époque des faits

32. À l'époque des faits, les vingt membres du CIAS étaient nommés en vertu de l'article S4 du code de l'arbitrage, rédigé en ces termes :

« a. quatre membres sont désignés par les Fédérations Internationales (FI), à savoir trois par les FI olympiques d'été (ASOIF) et un par les FI olympiques d'hiver (AIWF), choisis en leur sein ou en dehors ;

b. quatre membres sont désignés par l'Association des Comités Nationaux Olympiques (ACNO), choisis en son sein ou en dehors ;

c. quatre membres sont désignés par le Comité International Olympique (CIO), choisis en son sein ou en dehors ;

d. quatre membres sont désignés par les douze membres du CIAS figurant ci-dessus, après des consultations appropriées, en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes ;

e. quatre membres sont désignés par les seize membres du CIAS figurant ci-dessus et choisis parmi des personnalités indépendantes des organismes désignant les autres membres du CIAS. »

2. Les règles relatives à la nomination des arbitres du TAS, en vigueur à l'époque des faits

33. Les arbitres du TAS devaient être au nombre de cent cinquante au moins et ils n'étaient pas affectés à une chambre en particulier. La liste des arbitres du TAS était composée en vertu de l'article S14 du code de l'arbitrage, rédigé en ces termes :

« En constituant la liste des arbitres du TAS, le CIAS devra faire appel à des personnalités ayant une formation juridique complète, une compétence reconnue en matière de droit du sport et/ou d'arbitrage international, une bonne connaissance du sport en général et la maîtrise d'au moins une des langues de travail du TAS, dont les noms et qualifications sont portés à l'attention du CIAS, notamment par le CIO, les FI et les CNO. En outre, le CIAS devra respecter, en principe, la répartition suivante :

• 1/5e des arbitres sélectionnés parmi les personnes proposées par le CIO, choisies en son sein ou en dehors ;

• 1/5e des arbitres sélectionnés parmi les personnes proposées par les FI, choisies en leur sein ou en dehors ;

• 1/5e des arbitres sélectionnés parmi les personnes proposées par les CNO, choisies en leur sein ou en dehors ;

• 1/5e des arbitres choisis, après des consultations appropriées, en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes ;

• 1/5e des arbitres choisis parmi des personnes indépendantes des organismes chargés de proposer des arbitres conformément au présent article. »

34. Seuls les arbitres figurant sur la liste ainsi constituée - qui y restaient inscrits pendant une période renouvelable de quatre ans (article S13 du code de l'arbitrage) - pouvaient siéger dans une formation arbitrale (articles R33, R38 et R39 du code de l'arbitrage).

35. Selon l'article R54 du code de l'arbitrage, le président de la formation arbitrale était désigné par le président de la chambre arbitrale d'appel du TAS après consultation des arbitres nommés par les parties.

36. Lorsqu'ils étaient appelés à siéger, les arbitres devaient signer une déclaration solennelle d'indépendance (article S18 du code de l'arbitrage). Au demeurant, tout arbitre avait l'obligation de révéler immédiatement toute circonstance susceptible de compromettre son indépendance à l'égard des parties ou de l'une d'elles (article R33 du code de l'arbitrage). Il pouvait d'ailleurs être récusé lorsque les circonstances permettaient de douter légitimement de son indépendance. La récusation, qui était de la compétence exclusive du CIAS, devait être requise sans délai dès la connaissance de la cause de récusation (article R34 du code de l'arbitrage). Tout arbitre pouvait être révoqué par le CIAS s'il refusait ou s'il était empêché d'exercer ses fonctions, ou bien s'il ne remplissait pas ses fonctions conformément au code de l'arbitrage. Le CIAS pouvait exercer cette fonction par l'intermédiaire de son Bureau rendant une « décision sommairement motivée » (article R35 du code de l'arbitrage). Lorsque la formation arbitrale était composée de trois arbitres, à défaut de convention, chaque partie désignait son arbitre et le président de la formation était choisi par les deux arbitres ou, à défaut d'entente, nommé par le président de la chambre (article R40.2 du code de l'arbitrage). Les arbitres désignés par les parties ou par d'autres arbitres n'étaient réputés nommés qu'après confirmation par le président de la chambre. Une fois la formation constituée, le dossier était transmis aux arbitres pour instruction de la cause et prononcé de la sentence par ceux-ci.

37. Composé au départ de soixante membres, le TAS comptait à l'époque des faits près de trois cents arbitres.

3. Les modifications ultérieures aux règles relatives à la nomination des arbitres du TAS

38. Le 1er janvier 2012, l'article S14 du code de l'arbitrage a été modifié par la suppression des règles relatives à la nomination des arbitres par cinquièmes. Il se lit de la manière suivante en sa nouvelle formulation, telle que figurant actuellement sur le site Internet du TAS (http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/code_fr_010112_avec_modifs.pdf) :

« En constituant la liste des arbitres du TAS, le CIAS devra faire appel à des personnalités ayant une formation juridique complète, une compétence reconnue en matière de droit du sport et/ou d'arbitrage international, une bonne connaissance du sport en général et la maîtrise d'au moins une des langues de travail du TAS, dont les noms et qualifications sont portés à l'attention du CIAS, notamment par le CIO, les FI et les CNO. En outre, le CIAS devra respecter, en principe, la répartition suivante :

• 1/5e des arbitres sélectionnés parmi les personnes proposées par le CIO, choisies en son sein ou en dehors ;

• 1/5e des arbitres sélectionnés parmi les personnes proposées par les FI, choisies en leur sein ou en dehors ;

• 1/5e des arbitres sélectionnés parmi les personnes proposées par les CNO, choisies en leur sein ou en dehors ;

• 1/5e des arbitres choisis, après des consultations appropriées, en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes ;

• 1/5e des arbitres choisis parmi des personnes indépendantes des organismes chargés de proposer des arbitres conformément au présent article. »

39. En ses dispositions pertinentes en l'espèce, le code de l'arbitrage, en vigueur au 1er janvier 2017, se lit ainsi :

« S6 Le CIAS exerce les fonctions suivantes :

(...)

3. Il désigne les arbitres constituant la liste des arbitres du TAS et les médiateurs(rices) constituant la liste des médiateurs du TAS ; il peut également les retirer de ces listes (...)

S14 En constituant la liste des arbitres du TAS, le CIAS devra faire appel à des personnalités ayant une formation juridique appropriée, une compétence reconnue en matière de droit du sport et/ou d'arbitrage international, une bonne connaissance du sport en général et la maîtrise d'au moins une des langues de travail du TAS, dont les noms et qualifications sont portés à l'attention du CIAS, notamment par le CIO, les FI, les CNO, ainsi que par les commissions d'athlètes du CIO, des FI et des CNO. Le CIAS peut identifier les arbitres ayant une spécialisation particulière pour traiter certains types de litiges.

En constituant la liste des médiateurs(-rices) du TAS, le CIAS veille à nommer des personnalités ayant de l'expérience dans le domaine de la médiation et une bonne connaissance du sport en général.

S15 Le CIAS publie les listes des arbitres et des médiateurs(-rices) du TAS, ainsi que toute modification ultérieure de ces listes.

S16 Lors de la désignation des arbitres et des médiateurs(-rices), le CIAS prend en considération la représentation continentale et les différentes cultures juridiques. »

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

1. La loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987

40. Les dispositions pertinentes en l'espèce de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (« la LDIP ») sont ainsi libellées :

Chapitre 12 Arbitrage international

Art. 176

« 1 Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse.

2 Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent pas lorsque les parties ont exclu par écrit son application et qu'elles sont convenues d'appliquer exclusivement les règles de la procédure cantonale en matière d'arbitrage.

3 Les parties en cause ou l'institution d'arbitrage désignée par elles ou, à défaut, les arbitres déterminent le siège du tribunal arbitral. »

Article 190

« 1 La sentence est définitive dès sa communication.

2 Elle ne peut être attaquée que :

a. lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé ;

b. lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ;

c. lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande ;

d. lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ;

e. lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public.

3 En cas de décision incidente, seul le recours pour les motifs prévus à l'al. 2, let. a et b, est ouvert ; le délai court dès la communication de la décision. »

Article 191

« Le recours n'est ouvert que devant le Tribunal fédéral. La procédure est régie par l'article 77 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral. »

Art. 192

« 1 Si deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190, al. 2.

2 Lorsque les parties ont exclu tout recours contre les sentences et que celles-ci doivent être exécutées en Suisse, la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique par analogie. »

2. La loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, dans sa version en vigueur à l'époque des faits

41. Les dispositions pertinentes en l'espèce de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (« la LTF »), dans sa version en vigueur à l'époque des faits, étaient ainsi libellées :

Art. 57 Débats

« Le président de la cour peut ordonner des débats. »

Art. 58 Délibération

« 1 Le Tribunal fédéral délibère en audience:

a. si le président de la cour l'ordonne ou si un juge le demande;

b. s'il n'y a pas unanimité.

2 Dans les autres cas, le Tribunal fédéral statue par voie de circulation. »

Art. 59 Publicité

« 1 Les éventuels débats ainsi que les délibérations et votes en audience ont lieu en séance publique.

2 Le Tribunal fédéral peut ordonner le huis clos total ou partiel si la sécurité, l'ordre public ou les bonnes mœurs sont menacés, ou si l'intérêt d'une personne en cause le justifie.

3 Le Tribunal fédéral met le dispositif des arrêts qui n'ont pas été prononcés lors d'une séance publique à la disposition du public pendant 30 jours à compter de la notification. »

Art. 61 Force de chose jugée

« Les arrêts du Tribunal fédéral acquièrent force de chose jugée le jour où ils sont prononcés. »

Art. 77 Arbitrage international

« 1 Le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux aux conditions prévues par les art. 190 à 192 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

2 Sont inapplicables dans ces cas les art. 48, al. 3, 93, al. 1, let. b, 95 à 98, 103, al. 2, 105, al. 2, et 106, al. 1, ainsi que l'art. 107, al. 2, dans la mesure où cette dernière disposition permet au Tribunal fédéral de statuer sur le fond de l'affaire.

3 Le Tribunal fédéral n'examine que les griefs qui ont été invoqués et motivés par le recourant. »

Art. 122 Violation de la Convention européenne des droits de l'homme

« La révision d'un arrêt du Tribunal fédéral pour violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH) peut être demandée aux conditions suivantes:

a. la Cour européenne des droits de l'homme a constaté, dans un arrêt définitif, une violation de la CEDH ou de ses protocoles;

b. une indemnité n'est pas de nature à remédier aux effets de la violation;

c. la révision est nécessaire pour remédier aux effets de la violation. »

3. La jurisprudence pertinente du Tribunal fédéral

42. S'agissant de la question de savoir si un athlète professionnel devait être considéré comme « contraint » de se soumettre à une juridiction arbitrale, dans une affaire concernant un joueur de tennis professionnel, le

Tribunal fédéral s'est prononcé en ces termes par un arrêt du 22 mars 2007, publié au Recueil officiel (ATF 133 III 235) :

« 4.3.2.2 (...) Le sport de compétition se caractérise par une structure très hiérarchisée, aussi bien au niveau international qu'au niveau national. Etablies sur un axe vertical, les relations entre les athlètes et les organisations qui s'occupent des diverses disciplines sportives se distinguent en cela des relations horizontales que nouent les parties à un rapport contractuel (ATF 129 III 445 consid. 3.3.3.2 p. 461). Cette différence structurelle entre les deux types de relations n'est pas sans influence sur le processus volitif conduisant à la formation de tout accord. En principe, lorsque deux parties traitent sur un pied d'égalité, chacune d'elles exprime sa volonté sans être assujettie au bon vouloir de l'autre. Il en va généralement ainsi dans le cadre des relations commerciales internationales. La situation est bien différente dans le domaine du sport. Si l'on excepte le cas - assez théorique - où un athlète renommé, du fait de sa notoriété, serait en mesure de dicter ses conditions à la fédération internationale régissant le sport qu'il pratique, l'expérience enseigne que, la plupart du temps, un sportif n'aura pas les coudées franches à l'égard de sa fédération et qu'il devra se plier, bon gré mal gré, aux desiderata de celle-ci. Ainsi l'athlète qui souhaite participer à une compétition organisée sous le contrôle d'une fédération sportive dont la réglementation prévoit le recours à l'arbitrage n'aura-t-il d'autre choix que d'accepter la clause arbitrale, notamment en adhérant aux statuts de la fédération sportive en question dans lesquels ladite clause a été insérée, à plus forte raison s'il s'agit d'un sportif professionnel. Il sera confronté au dilemme suivant : consentir à l'arbitrage ou pratiquer son sport en dilettante (...). Mis dans l'alternative de se soumettre à une juridiction arbitrale ou de pratiquer son sport « dans son jardin » (...) en regardant les compétitions « à la télévision » (...), l'athlète qui souhaite affronter de véritables concurrents ou qui doit le faire parce que c'est là son unique source de revenus (prix en argent ou en nature, recettes publicitaires, etc.) sera contraint, dans les faits, d'opter, *nolens volens*, pour le premier terme de cette alternative.

Par identité de motifs, il est évident que la renonciation à recourir contre une sentence à venir, lorsqu'elle émane d'un athlète, ne sera généralement pas le fait d'une volonté librement exprimée. L'accord qui résultera de la concordance entre la volonté ainsi manifestée et celle exprimée par l'organisation sportive intéressée s'en trouvera, dès lors, affecté *ab ovo* en raison du consentement obligatoire donné par l'une des parties. Or, en acceptant d'avance de se soumettre à toute sentence future, le sportif, comme on l'a vu, se prive d'emblée du droit de faire sanctionner ultérieurement la violation de principes fondamentaux et de garanties procédurales essentielles que pourrait commettre le tribunal arbitral appelé à se prononcer sur son cas. En outre, s'agissant d'une mesure disciplinaire prononcée à son encontre, telle la suspension, qui ne nécessite pas la mise en œuvre d'une procédure d'*exequatur*, il n'aura pas la possibilité de formuler ses griefs de ce chef devant le juge de l'exécution forcée. Partant, eu égard à son importance, la renonciation au recours ne doit, en principe, pas pouvoir être opposée à l'athlète, même lorsqu'elle satisfait aux exigences formelles fixées à l'art. 192 al. 1 LDIP (...). Cette conclusion s'impose avec d'autant plus de force que le refus d'entrer en matière sur le recours d'un athlète qui n'a eu d'autre choix que d'accepter la renonciation au recours pour être admis à participer aux compétitions apparaît également sujet à caution au regard de l'art. 6 par. 1 CEDH (...). »

43. Un an plus tard, le Tribunal fédéral s'est prononcé comme suit dans une affaire concernant un organisateur de matchs de football (arrêt du 20 mars 2008, 4A_506/2007) :
« 3.2 (...) C'est le lieu d'observer que l'on a affaire ici, contrairement à ce qui est le cas pour la grande majorité des affaires du TAS soumises au Tribunal fédéral, à un litige relevant de la procédure d'arbitrage ordinaire, au sens des art. R38 ss du Code, et non de la procédure arbitrale d'appel consécutive à la contestation d'une décision prise par un organe d'une fédération sportive ayant accepté la juridiction du TAS (cf. art. R47 ss du Code). En cela, le différend soumis au TAS, relativement à l'exécution du contrat international en cause, revêtait toutes les caractéristiques de ceux qui font l'objet d'un arbitrage commercial ordinaire, n'était le contexte sportif dans lequel il s'inscrivait. Ce différend mettait aux prises des parties placées sur un pied d'égalité, qui avaient choisi de le faire trancher par la voie arbitrale et qui n'ignoraient rien des enjeux financiers qu'il comportait ; leur situation était bien différente, sous cet angle, de celle du simple sportif professionnel opposé à une puissante fédération internationale (cf. ATF 133 III 235 consid. 4.3.2.2). »
44. En ce qui concerne l'indépendance du TAS, notamment en raison du mécanisme de nomination des arbitres, dans un arrêt du 27 mai 2003 publié au Recueil officiel (ATF 129 III 445), le Tribunal fédéral s'est prononcé comme suit :
« 3.3.3.2 (...) Tel qu'il a été aménagé depuis la réforme de 1994, le système de la liste d'arbitres satisfait aujourd'hui aux exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité applicables aux tribunaux arbitraux. Les arbitres figurant sur la liste sont au nombre de 150 au moins et le TAS en compte environ 200 à l'heure actuelle. La possibilité de choix offerte aux parties est ainsi bien réelle, quoi qu'en disent les recourantes, même si l'on tient compte de la nationalité, de la langue et de la discipline sportive pratiquée par l'athlète qui saisit le TAS. (...)
Force est, en outre, de souligner que le TAS, lorsqu'il fonctionne comme instance d'appel extérieure aux fédérations internationales, n'est pas comparable à un tribunal arbitral permanent d'une association, chargé de régler en dernier ressort des différends internes. Revoyant les faits et le droit avec plein pouvoir d'examen et disposant d'une entière liberté pour rendre une nouvelle décision en lieu et place de l'instance qui a statué préalablement (REEB, Revue, ibid.), il s'apparente davantage à une autorité judiciaire indépendante des parties. A son égard, le système de la liste d'arbitres ne soulève dès lors pas les mêmes objections que celles qu'il rencontre lorsqu'il est utilisé par les tribunaux arbitraux créés par des associations. Au demeurant, il n'est pas certain que le système dit de la liste ouverte - il offre aux parties (ou à l'une d'elles) la possibilité de choisir un arbitre en dehors de la liste, contrairement au système de la liste fermée appliqué par le TAS (cf. CLAY, op. cit., n. 478 p. 400) -, qui a les faveurs de certains auteurs (voir not.: BADDELEY, op. cit., p. 274; STEPHAN NETZLE, Das Internationale Sport-Schiedsgericht in Lausanne. Zusammensetzung, Zuständigkeit und Verfahren, in Sportgerichtsbarkeit, in Recht und Sport, vol. 22, p. 9 ss, 12), constitue la panacée. Au contraire, sous l'angle de l'efficacité du tribunal arbitral, ce système comporte le risque qu'il y ait, au sein du tribunal un ou plusieurs arbitres non spécialisés et enclins à agir comme s'ils étaient les avocats des parties qui les ont désignés (cf., à ce sujet: SCHILLIG, op. cit., p. 160). »

III. LES TEXTES INTERNATIONAUX

Le règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage

45. La disposition pertinente en l'espèce du règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage (« le règlement de l'ICC ») peut se lire ainsi :

Article 12

« (...)

4 Lorsque les parties sont convenues que le litige sera résolu par trois arbitres, chacune des parties, respectivement dans la Demande et dans la Réponse, désigne un arbitre pour confirmation. Si l'une des parties s'en abstient, la nomination est faite par la Cour [internationale d'arbitrage].

5 Lorsque le litige est soumis à trois arbitres, le troisième arbitre, qui assume la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la Cour [internationale d'arbitrage], à moins que les parties ne soient convenues d'une autre procédure (...) »

IV. LE DROIT ET LA PRATIQUE PERTINENTS DE L'UNION EUROPÉENNE

46. Vers la fin des années 1990, à la suite de plusieurs plaintes, la Commission européenne a ouvert une enquête approfondie sur les règles de la FIFA concernant les transferts internationaux de footballeurs. Cette enquête a conduit à l'envoi d'une communication de griefs à la FIFA le 14 décembre 1998. À la suite de cette communication et des échanges avec la Commission européenne, la FIFA a accepté de modifier sa réglementation en prévoyant notamment que, en cas de litige concernant sa mise en œuvre, les joueurs pouvaient recourir à un arbitrage volontaire ou saisir les juridictions nationales. La Commission européenne a estimé que les nouvelles règles répondaient à ses préoccupations et a mis un terme à la procédure.

47. Par ailleurs, par une décision publiée le 8 décembre 2017, à la suite d'une plainte déposée par deux patineurs professionnels, la Commission européenne a conclu que les règles de l'ISU prévoyant des sanctions sévères contre les athlètes qui participent à des épreuves de patinage de vitesse non reconnues par l'ISU sont contraires aux règles de l'UE en matière de pratiques anticoncurrentielles. Elle a par conséquent donné à l'ISU trois mois pour modifier ces règles.

V. LA RÉGLEMENTATION PERTINENTE DE LA FIFA

1. Le règlement de 2001

48. En ses dispositions pertinentes en l'espèce, le règlement de 2001 se lit ainsi :

Article 21

« 1 a) Dans le cas de contrats signés jusqu'au 28e anniversaire du joueur : en cas de rupture unilatérale de contrat sans juste motif ou juste cause sportive au cours des 3 premières années, des sanctions sportives seront appliquées et une indemnité devra être payée.

b) Dans le cas de contrats signés après le 28e anniversaire, les mêmes principes s'appliquent mais seulement au cours des 2 premières années.

c) Dans les cas visés aux deux paragraphes qui précèdent, toute rupture unilatérale de contrat sans juste motif est interdite au cours d'une saison.
2 a) Toute rupture unilatérale de contrat sans juste motif ou sans juste cause sportive après les 2 ou 3 premières années n'entraînera pas l'application de sanctions. Des sanctions sportives pourront toutefois être applicables à l'encontre de clubs et/ou d'agents de joueurs occasionnant une rupture de contrat. Une indemnité devra être payée.
b) Une rupture de contrat comme définie dans le paragraphe ci-dessus est interdite au cours de la saison.
c) Des mesures disciplinaires pourront être appliquées par la Chambre de Règlement des Litiges en l'absence de préavis dans les 15 jours suivant le dernier match officiel de la saison nationale du club auprès duquel le joueur était enregistré. »

Article 22

« Sans préjudice des dispositions relatives à l'indemnité de formation fixée à l'article 13 et suivants, et si rien n'est spécifiquement prévu par le contrat, l'indemnité pour rupture de contrat par le joueur ou le club devra être calculée conformément au droit national, aux spécificités du sport et en tenant compte de tout critère objectif inhérent au cas, tel :
1) Rémunération et autres bénéfices dans le contrat en cours et/ou dans le nouveau contrat
2) Durée de la période restante du contrat en cours (jusqu'à cinq ans maximum)
3) Montant de tous les frais payés par l'ancien club amortis au prorata sur le nombre d'années du contrat
4) Si la rupture intervient pendant les "périodes protégées", définies sous 21.1. »
(...) »

Article 42

« Sans préjudice des droits de tout joueur ou de tout club de demander réparation devant une cour civile dans des litiges opposant clubs et joueurs, il convient d'établir un système arbitral et de règlement des litiges constitué des éléments suivants (...) »

2. Le code disciplinaire de la FIFA

49. La disposition pertinente en l'espèce du code disciplinaire de la FIFA peut se lire ainsi :

Article 64

« 1. Quiconque ne paie pas ou pas entièrement une somme d'argent à un autre (joueur, entraîneur ou club par ex.) ou à la FIFA, alors qu'il y a été condamné par un organe, une commission ou une instance de la FIFA ou par une décision consécutive du TAS en appel (décision financière) ou quiconque ne respecte pas une autre décision (non financière) d'un organe, d'une commission ou d'une instance de la FIFA ou du TAS en appel (décision consécutive) :
a) sera sanctionné d'une amende pour ne pas avoir respecté la décision ;
b) recevra des autorités juridictionnelles de la FIFA un dernier délai de grâce pour s'acquitter de sa dette ou pour respecter la décision (non financière) ;
(...)

4. Une interdiction d'exercer de toute activité relative au football peut par ailleurs être prononcée contre toute personne physique. »

VI. LA RÉGLEMENTATION PERTINENTE DE L'ISU

50. Les dispositions pertinentes en l'espèce du règlement de l'ISU, telles qu'elles étaient rédigées à l'époque des faits, se lisaient ainsi :

IV. Organes judiciaires

Article 24

« **1. Commission disciplinaire**

La commission disciplinaire (CD) de l'ISU est un organe indépendant élu par le congrès. Elle agit en tant qu'autorité de première instance qui procède à des auditions et statue sur toutes les accusations qui lui sont adressées par toute autorité de l'ISU ou toute partie à l'ISU et qui sont portées contre un patineur, un officiel, un titulaire de poste ou tout autre participant aux activités de l'ISU (l'auteur présumé) qui se trouve accusé d'une infraction d'ordre disciplinaire ou éthique (l'infraction).

(...) »

V. Arbitrage

Article 25

Tribunal arbitral du sport (TAS) - Arbitrage des appels

« **1. Appels**

Les appels contre les décisions de la CD, et contre celles du conseil lorsqu'ils sont autorisés par une disposition expresse de la présente Constitution, peuvent être introduits auprès de la chambre arbitrale d'appel du Tribunal arbitral du sport (TAS), à Lausanne (Suisse).

2. Compétence du TAS

Le TAS est habilité à examiner les appels et à statuer dans les cas suivants :

a) les appels contre toute décision de la CD, ou du président de la CD dans le cas décrit à l'article 24, paragraphe 8.e) ;

b) les appels contre les décisions du conseil imposant une pénalité à un membre ou sa suspension ;

c) les appels contre toute décision du conseil prononçant l'inéligibilité d'un patineur, d'un officiel, d'un titulaire de poste ou de tout autre participant aux activités de l'ISU ;

d) les appels contre toute décision du conseil instruisant en qualité d'organe disciplinaire une plainte contre un membre de la CD.

(...) »

Article 26

Tribunal arbitral du sport (TAS) - Arbitrage ordinaire

« **1. Compétence du TAS**

Tous les membres, leurs membres individuels et toutes les autres personnes revendiquant une qualité pour agir en tant que participants actuels ou futurs à l'ISU ou aux compétitions, championnats, congrès ou autres activités de l'ISU, ainsi que l'ISU elle-même, acceptent de se soumettre à l'arbitrage exécutoire rendu selon

les règles de la chambre arbitrale ordinaire du Tribunal arbitral du sport (TAS), à Lausanne (Suisse), qui est la seule juridiction compétente en la matière et constitue l'unique mode de règlement de toutes les réclamations et de tous les litiges qui ne sont pas régis par les termes des articles 24 et 25 ci-dessus, à savoir :
a) les réclamations pour dommages, les réclamations financières ainsi que toutes les autres réclamations qui pourraient sinon donner lieu à des poursuites devant un tribunal civil : (1) contre l'ISU ou tout titulaire de poste de l'ISU, officiel de l'ISU, agent ou salarié agissant au nom de l'ISU ; et (2) émanant de l'ISU contre toute partie ayant ou revendiquant une qualité pour agir au sein de l'ISU, telle qu'identifiée ci-dessus dans le présent article ;
b) les requêtes au titre de l'article 75 du code civil suisse.
(...) » [traduction du greffe]

EN DROIT

51. Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, le requérant soutient que la formation arbitrale ayant rendu la sentence du 31 juillet 2009 ne peut être considérée comme indépendante et impartiale.

52. Invoquant également l'article 6 § 1 de la Convention, la requérante estime quant à elle que la commission disciplinaire de l'ISU et le TAS ne peuvent être considérés comme des tribunaux indépendants. La requérante se plaint par ailleurs de n'avoir bénéficié d'une audience publique ni devant la commission disciplinaire de l'ISU, ni devant le TAS, ni devant le Tribunal fédéral. Toujours sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention, la requérante soutient que son droit à un procès équitable n'a pas été respecté aux motifs que le droit suisse ne prévoit aucune instance compétente pour réexaminer l'établissement des faits après le TAS et que le Tribunal fédéral n'a qu'un pouvoir d'examen très limité. Enfin, invoquant l'article 6 § 2 de la Convention, la requérante estime que la procédure devant le TAS est contraire au principe de la présomption d'innocence.

53. Maîtresse de la qualification juridique des faits (*Radomilja et autres c. Croatie* [GC], n^{os} 37685/10 et 22768/12, §§ 113-115, 20 mars 2018), la Cour estime plus approprié d'examiner l'ensemble de ces griefs sous le seul angle de l'article 6 § 1 de la Convention, ainsi libellé en ses passages pertinents en l'espèce :
« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) publiquement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION EN RAISON D'UN MANQUE D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ DU TAS

A. Sur la recevabilité

1. Sur l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention

a) Les thèses des parties

54. Le Gouvernement considère que l'article 6 de la Convention ne s'applique pas aux procédures devant le TAS. Il indique toutefois que, par le biais du contrôle effectué par le Tribunal fédéral en vertu de la loi suisse, le TAS se voit amené dans les faits à mettre en œuvre « certains principes procéduraux » correspondant à « certaines garanties essentielles de l'article 6 § 1 de la Convention », en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour. Il s'agit donc, selon le Gouvernement - qui reprend les termes du Tribunal fédéral -, d'une application « indirecte » des garanties de l'article 6 § 1 aux procédures devant le TAS.

55. Les parties et le tiers intervenant formulent un certain nombre d'arguments concernant le caractère volontaire ou forcé de l'acceptation par les requérants de la juridiction du TAS. La Cour estime que ces arguments ne relèvent pas de la question de l'applicabilité de l'article 6 § 1, et elle les examinera lorsqu'elle sera amenée à déterminer si l'acceptation de la juridiction du TAS par les requérants valait renonciation aux garanties prévues par cette disposition (paragraphes 77 à 123 ci-dessous).

b) L'appréciation de la Cour

56. La Cour rappelle que l'article 6 § 1 de la Convention ne vaut que pour l'examen des « contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil » et du « bien-fondé de toute accusation en matière pénale » (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, § 41, série A n° 43).

57. En ce qui concerne la requête n° 40575/10, la Cour note que le requérant se plaint de la sentence arbitrale du 31 juillet 2009, qui l'a condamné à verser des dommages-intérêts au club *Chelsea*. Les droits en question sont ici clairement de nature patrimoniale et ils résultent d'une relation contractuelle entre personnes privées. Ce sont donc des droits « à caractère civil » au sens de l'article 6 de la Convention.

58. En ce qui concerne la requête n° 67474/10, la Cour observe que c'est la sentence du 25 novembre 2009, confirmant la suspension de la requérante pour deux ans, qui est en cause. Ici aussi, s'agissant d'une procédure disciplinaire menée devant des organes corporatifs et dans le cadre de laquelle le droit de pratiquer une profession se trouve en jeu, le caractère « civil » des droits en question ne fait pas de doute (voir, *mutatis mutandis*, *ibidem*, § 48).

59. L'article 6 § 1 de la Convention est par conséquent applicable *ratione materiae* aux litiges objet de la présente affaire, auxquels les requérants étaient parties devant le TAS.

2. Sur la compétence ratione personae *de la Cour*

a) Les thèses des parties

60. Dans les deux causes, le Gouvernement considère que la responsabilité de la Suisse ne peut être engagée en raison d'un manquement de la part du TAS à moins que « le Tribunal fédéral [n'ait] omis de corriger un

tel manquement dans le cadre de ses compétences ». Il ajoute que le TAS « repose sur une organisation et des normes entièrement indépendantes de l'État ».

61. Les requérants et le tiers intervenant ne se sont pas prononcés sur cette question.

b) L'appréciation de la Cour

62. Le Gouvernement ne soulève pas explicitement une exception d'irrecevabilité *ratione personae* mais considère toutefois que la responsabilité de la Suisse ne peut être engagée en raison d'un manquement de la part du TAS à moins que « le Tribunal fédéral [n'ait] omis de corriger un tel manquement dans le cadre de ses compétences ».

63. La Cour rappelle que, même si l'État défendeur n'a pas soulevé d'objections quant à sa compétence *ratione personae*, cette question appelle un examen d'office (voir, *mutatis mutandis*, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], nos 27996/06 et 34836/06, § 27, CEDH 2009).

64. Par ailleurs, elle rappelle que si les autorités d'un État contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes des particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit État peut se trouver engagée au regard de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], no 48787/99, § 318, CEDH 2004-VII, et *Solomou et autres c. Turquie*, no 36832/97, § 46, 24 juin 2008).

65. En l'occurrence, la Cour observe que les griefs soulevés devant elle portent essentiellement, dans les deux cas d'espèce, sur la composition du TAS et sur les procédures suivies devant cette instance. Or le TAS n'est ni un tribunal étatique ni une autre institution de droit public suisse, mais une entité émanant du CIAS, c'est-à-dire d'une fondation de droit privé (paragraphe 29 ci-dessus).

66. Cela étant, la Cour note que, dans des circonstances limitativement énumérées, notamment en ce qui concerne la régularité de la composition de la formation arbitrale, la loi suisse prévoit la compétence du Tribunal fédéral pour connaître de la validité des sentences du TAS (articles 190 et 191 de la LDIP). En outre, dans les présentes causes, cette haute juridiction a rejeté les recours des requérants donnant, de ce fait, force de chose jugée aux sentences arbitrales en question dans l'ordre juridique suisse.

67. Les actes ou omissions litigieux sont donc susceptibles d'engager la responsabilité de l'État défendeur en vertu de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Nada c. Suisse* [GC], no 10593/08, §§ 120-122, CEDH 2012). Il s'ensuit également que la Cour est compétente *ratione personae* pour connaître des griefs des requérants quant aux actes et omissions du TAS validés par le Tribunal fédéral.

3. Sur le non-épuisement des voies de recours internes par la requérante

68. Le Gouvernement considère que le grief de la requérante tiré d'un manque d'indépendance et d'impartialité du TAS devrait être déclaré irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes au motif que la requérante n'avait pas soulevé ce grief devant le TAS et que le Tribunal fédéral n'était par conséquent pas entré en matière.

69. La requérante ne se prononce pas sur cette exception d'irrecevabilité.

70. La Cour rappelle que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt, et c'est primordial, un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme. La Cour a la charge de surveiller le respect par les États contractants de leurs obligations découlant de la Convention. Elle ne doit pas se substituer aux États contractants, auxquels il incombe de veiller à ce que les droits et libertés fondamentaux consacrés par la Convention soient respectés et protégés au niveau interne. La règle de l'épuisement des recours internes se fonde sur l'hypothèse, reflétée dans l'article 13 de la Convention, avec lequel elle présente d'étroites affinités, que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée. Elle est donc une partie indispensable du fonctionnement de ce mécanisme de protection (*Vučković et autres c. Serbie* [GC], n° 17153/11, § 69, 25 mars 2014).

71. La Cour rappelle ensuite que les États n'ont pas à répondre de leurs actes devant un organisme international avant d'avoir eu la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne. Les personnes désireuses de se prévaloir de la compétence de contrôle de la Cour relativement à des griefs dirigés contre un État ont donc l'obligation d'utiliser auparavant les recours qu'offre le système juridique de celui-ci. La Cour ne saurait trop souligner qu'elle n'est pas une juridiction de première instance ; elle n'a pas la capacité, et il ne sied pas à sa fonction de juridiction internationale, de se prononcer sur un grand nombre d'affaires qui supposent d'établir les faits de base ou de calculer une compensation financière - deux tâches qui, par principe et dans un souci d'effectivité, incombent aux juridictions internes (*ibidem*, § 70).

72. La Cour rappelle également que l'article 35 § 1 impose aussi de soulever devant l'organe interne adéquat, au moins en substance (*Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, §§ 144 et 146, CEDH 2010, et *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 37, CEDH 1999-I) et dans les formes et délais prescrits par le droit interne, les griefs que l'on entend formuler par la suite devant la Cour. Cet article commande en outre l'emploi des moyens de procédure propres à empêcher une violation de la Convention. Une requête ne satisfaisant pas à ces exigences doit en principe être déclarée irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes (*Vučković et autres*, précité, § 72).

73. En l'occurrence, la Cour note que la requérante a soulevé le grief tiré d'un manque d'indépendance et d'impartialité du TAS dans son recours formé le 7 décembre 2009 devant le Tribunal fédéral et que la haute juridiction, dans son arrêt du 10 février 2010, a rejeté ce grief comme étant irrecevable au motif que l'intéressée ne l'avait pas soulevé à temps devant le TAS (paragraphe 23 ci-dessus).

74. À cet égard, la Cour rappelle que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées lorsqu'un appel n'est pas admis à cause d'une erreur procédurale émanant du requérant (*Gäfgen*, précité, § 143). Or, dans le présent cas d'espèce, dans la mesure où le Tribunal fédéral, après avoir exposé les motifs d'irrecevabilité, s'est quand même prononcé, fût-ce brièvement, sur l'indépendance et l'impartialité du TAS aux points 3.1.3 à 3.3 de son arrêt (paragraphe 23 ci-dessus), la Cour considère que ce grief ne peut être rejeté pour non-épuisement des voies de recours internes (*Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)* [GC], n° 32772/02, §§ 43 et 45, CEDH 2009).

75. Par conséquent, l'exception d'irrecevabilité du Gouvernement doit être écartée.

4. Conclusion sur la recevabilité

76. Constatant que ces griefs ne sont pas manifestement mal fondés au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'ils ne se heurtent à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour les déclare recevables.

B. Sur le fond

1. Sur la validité de l'acceptation de l'arbitrage par les requérants

a) Les thèses des parties et les observations du tiers intervenant

i. Les thèses du Gouvernement communes aux deux requêtes

77. Se référant à la jurisprudence de la Cour, le Gouvernement indique que le droit à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention n'est pas absolu. En particulier, le Gouvernement dit qu'une personne peut renoncer à l'exercice de certains droits garantis par la Convention au profit d'un arbitrage, lorsqu'il s'agit de trancher une contestation portant sur ses droits et obligations à caractère civil, à condition qu'une telle renonciation soit libre, licite et sans équivoque. Il ajoute que la renonciation ne doit pas être faite sous l'effet de la contrainte et que l'arbitrage ne doit pas avoir été imposé par la loi.

78. En ce qui concerne le cas spécifique du TAS, le Gouvernement considère que le recours à l'arbitrage ne répond pas seulement à l'intérêt des organisations sportives mais également à celui des athlètes, membres de ces organisations, dont ils pourraient par ailleurs influencer les statuts. Selon lui, il est important que les différends sportifs, notamment ceux comportant une dimension internationale, puissent être soumis à une juridiction spécialisée qui soit à même de statuer de manière rapide, économique et, si nécessaire, confidentielle, dans le respect des garanties procédurales énumérées à l'article 190 alinéa 2 de la LDIP. Eu égard à la dimension des manifestations sportives internationales, il ne serait pas concevable que la question de l'arbitrage soit négociée individuellement avec chacun des participants à de telles manifestations. Le Gouvernement précise que ces manifestations sont organisées dans différents pays par des organisations ayant leur siège dans des États différents et qu'elles sont souvent ouvertes à des athlètes du monde entier. À ses yeux, s'il n'était possible de parvenir valablement à aucune solution uniforme pour résoudre les litiges résultant de ces manifestations, cela poserait de graves problèmes à tous les acteurs concernés et porterait gravement atteinte à la sécurité juridique.

79. Enfin, le Gouvernement argue que le TAS pourrait être tenté de déplacer son siège dans un pays non membre du Conseil de l'Europe et de soustraire ainsi entièrement les affaires en question à l'examen de la Cour.

ii. Requête n° 40575/10

α) Les thèses des parties

80. Le Gouvernement indique que le requérant ne remet pas en cause la procédure arbitrale de manière générale et ne prétend pas avoir été contraint de recourir à la procédure arbitrale, et, par conséquent, il en conclut que l'intéressé doit être considéré comme ayant volontairement renoncé à certaines des garanties prévues par l'article 6 de la Convention. Au surplus, le Gouvernement estime que le requérant avait accepté dans son contrat de travail de se soumettre au règlement de 2001. Or, à ses yeux, ce règlement ne comportait

pas un recours obligatoire à l'arbitrage puisque, en son article 42, il prévoyait que le système arbitral devait être établi « sans préjudice des droits de tout joueur ou de tout club de demander réparation devant une cour civile (...) ». Le Gouvernement soutient donc que, par le jeu de cette disposition, le requérant aurait pu, dès le début, attaquer la décision du club *Chelsea* de mettre fin à son contrat devant un tribunal anglais.

81. De son côté, le requérant, citant à l'appui de ses thèses certaines analyses de doctrine, soutient que les contrats de travail des joueurs de football professionnels doivent s'analyser en des contrats d'adhésion car les joueurs ne disposeraient pas de la force de négociation contractuelle nécessaire pour imposer aux clubs et aux fédérations de retirer les clauses d'arbitrage. Il allègue, d'une part, que tous les joueurs du club *Chelsea* étaient obligés d'accepter la clause d'arbitrage dans leur contrat et, d'autre part, que ce genre de pratique est courant dans le monde du football professionnel.

Sa souscription de la clause d'arbitrage n'aurait par conséquent pas été un choix librement consenti et aurait relevé d'une pratique systématique dans le monde du football. Pour les mêmes raisons, la possibilité pour un joueur de football de porter un litige l'opposant à son club devant un tribunal étatique sur la base de l'article 42 du règlement de 2001, mentionnée par le Gouvernement, ne serait qu'apparente.

β) Les observations du tiers intervenant

82. À l'instar du Gouvernement, le tiers intervenant soutient que le requérant a librement choisi de se soumettre à un arbitrage, en acceptant, le 26 janvier 2005, la juridiction de la FAPLAC et, par conséquent, celle du TAS. Le requérant aurait dès lors renoncé volontairement aux garanties prévues par la Convention, conformément à la jurisprudence de la Cour.

Le tiers intervenant cite à ce titre l'affaire *Suovaniemi et autres c. Finlande* ((déc.), n° 31737/96, 23 février 1999), considérant que, dans cette affaire, la Cour avait admis qu'une personne pouvait valablement renoncer au droit à ce que sa cause fût entendue par un tribunal arbitral impartial dès lors que la loi nationale prévoyait une protection suffisante.

83. Le tiers intervenant indique lui aussi que le règlement de 2001 n'imposait pas l'arbitrage eu égard à la possibilité offerte par son article 42 à tout joueur de football de porter un litige l'opposant à son club devant un tribunal étatique.

iii. Requête n° 67474/10

84. Le Gouvernement expose que la requérante avait signé une déclaration par laquelle elle acceptait expressément l'application du règlement de l'ISU établissant l'autorité de la commission disciplinaire de cette fédération, ainsi que celle du TAS en tant qu'instance de recours. À ses yeux, c'est donc de manière délibérée, en signant un document explicite, que la requérante a adhéré à la convention d'arbitrage.

85. Le Gouvernement ajoute que, s'il est vrai que la réglementation applicable obligeait la requérante à accepter la convention d'arbitrage afin de permettre à celle-ci de participer aux compétitions organisées par l'ISU, l'intéressée n'a pas contesté cette obligation au moment de signer sa déclaration. Il indique aussi qu'elle ne s'est pas non plus adressée à un tribunal étatique pour contester l'imposition d'une clause d'arbitrage comme condition à sa participation à une compétition sportive, et ce alors qu'elle en aurait eu la faculté. De

même, il estime que, en tant qu'athlète ayant participé à de nombreuses compétitions internationales, elle aurait également pu mettre en avant sa renommée pour tenter de s'opposer à la convention d'arbitrage.

86. Le Gouvernement soutient en outre qu'une inégalité entre les parties, résultant de leurs qualités respectives de participante à une compétition sportive et d'organisatrice de cette même compétition, ne peut avoir pour effet d'invalider une convention d'arbitrage. Admettre le contraire remettrait en question toutes les clauses arbitrales et l'ensemble du droit contractuel.

87. Le Gouvernement en déduit que la convention d'arbitrage acceptée par la requérante ne peut être considérée comme ayant été conclue sous la contrainte. À cet égard, il estime que, même si le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence relative à l'arbitrage sportif (arrêt du 22 mars 2007, ATF 133 III 235 ; paragraphe 42 ci-dessus), considère que les sportifs professionnels n'ont d'autre choix que d'accepter les clauses arbitrales imposées par les fédérations, cela ne pose problème que lorsque les décisions d'arbitrage ne sont pas susceptibles de recours.

88. Se référant à la jurisprudence de la Cour, la requérante indique, quant à elle, que, s'il est vrai qu'une personne peut renoncer à l'exercice de certains droits garantis par la Convention en faveur d'un arbitrage, lorsque le recours à l'arbitrage n'est pas librement consenti, les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention trouvent à s'appliquer.

89. La requérante soutient que les fédérations sportives profitent de la position de monopole qui serait la leur pour obliger les sportifs de haut niveau à accepter le recours à l'arbitrage du TAS, faute de quoi ceux-ci ne seraient pas autorisés à participer aux compétitions, notamment olympiques. Elle dit que la possibilité, évoquée par le Gouvernement, de refuser la clause d'arbitrage et de recourir devant un tribunal étatique est illusoire. Elle ajoute que, à supposer même qu'un tribunal étatique se prononce sur la question dans un délai compatible avec la participation aux manifestations sportives concernées, sa décision n'aurait de force que dans l'État en question, et ce alors que, d'après elle, les compétitions internationales se déroulent dans une multitude d'États.

90. La requérante avance que même le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence relative à l'arbitrage sportif, considère que les sportifs professionnels n'ont d'autre choix que d'accepter la clause arbitrale. Elle cite, à titre d'exemple, l'arrêt du 22 mars 2007 (ATF 133 III 235 ; paragraphe 42 ci-dessus).

91. La requérante, qui dit avoir souscrit la clause d'arbitrage sous la contrainte, estime par conséquent que les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention sont applicables dans leur totalité à la procédure la concernant menée devant le TAS.

b) L'appréciation de la Cour

i. Principes généraux

92. La Cour rappelle que l'article 6 § 1 de la Convention garantit à toute personne le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le « droit à un tribunal », dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne

constitue qu'un aspect (*Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie* [GC], n° 76943/11, § 84, 29 novembre 2016 et *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 36, série A n° 18).

93. Le droit d'accès aux tribunaux, reconnu par l'article 6 § 1, n'est pourtant pas absolu : il se prête à des limitations implicitement admises, car il commande de par sa nature même une réglementation par l'État. Les États contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle doit se convaincre que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Paroisse gréco- catholique Lupeni et autres*, précité, § 89, *Eiffage S.A. et autres c. Suisse* (déc.), n° 1742/05, 15 septembre 2009, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 147, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII, et *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 59, CEDH 1999-I).

94. Ce droit d'accès à un tribunal n'implique pas nécessairement le droit de pouvoir saisir une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays ; ainsi, un organe chargé de trancher un nombre restreint de litiges déterminés peut s'analyser en un tribunal à condition d'offrir les garanties voulues (*Lithgow et autres c. Royaume-Uni,* 8 juillet 1986, § 201, série A n° 102). L'article 6 ne s'oppose donc pas à ce que des tribunaux arbitraux soient créés afin de juger certains différends de nature patrimoniale opposant des particuliers (*Suda c. République tchèque,* n° 1643/06, § 48, 28 octobre 2010). Présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, les clauses contractuelles d'arbitrage ne se heurtent pas, en principe, à la Convention (*Tabbane c. Suisse* (déc.), n° 41069/12, § 25, 1er mars 2016).

95. En outre, il convient de distinguer entre arbitrage volontaire et arbitrage forcé. S'agissant d'un arbitrage forcé, en ce sens que l'arbitrage est imposé par la loi, les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un tribunal arbitral. Celui-ci doit offrir les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention (*Suda*, précité, § 49).

96. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage volontaire consenti librement, il ne se pose guère de problème sur le terrain de l'article 6. En effet, les parties à un litige sont libres de soustraire aux juridictions ordinaires certains différends pouvant naître de l'exécution d'un contrat. En souscrivant une clause d'arbitrage, les parties renoncent volontairement à certains droits garantis par la Convention. Une telle renonciation ne se heurte pas à la Convention pour autant qu'elle est libre, licite et sans équivoque (*Eiffage S.A. et autres*, décision précitée, *Suda*, précité, § 48, *R. c. Suisse*, n° 10881/84, décision de la Commission du 4 mars 1987, Décisions et rapports (DR) n° 51, *Suovaniemi et autres*, décision précitée, *Transportes Fluviais do Sado S.A. c. Portugal* (déc.), n° 35943/02, 16 décembre 2003, et *Tabbane*, décision précitée, § 27). De plus, pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Convention, la renonciation à certains droits protégés par celle-ci doit

s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité (*Pfeifer et Plankl c. Autriche*, 25 février 1992, § 37, série A n° 227, et *Tabbane*, décision précitée, § 27).

ii. Application de ces principes aux cas d'espèce

α) Les considérations communes aux deux requêtes

97. À titre liminaire, la Cour rappelle avoir déjà relevé que la LDIP reflétait un choix de politique législative qui répondait au souhait du législateur suisse d'augmenter l'attractivité et l'efficacité de l'arbitrage international en Suisse (*Tabbane*, décision précitée, § 33) et que la mise en valeur de la place arbitrale suisse pouvait constituer un but légitime (*ibidem*, § 36).

98. En ce qui concerne le cas spécifique de l'arbitrage sportif, elle considère qu'il y a un intérêt certain à ce que les différends qui naissent dans le cadre du sport professionnel, notamment ceux qui comportent une dimension internationale, puissent être soumis à une juridiction spécialisée qui soit à même de statuer de manière rapide et économique. En effet, les manifestations sportives internationales de haut niveau sont organisées dans différents pays par des organisations ayant leur siège dans des États différents, et elles sont souvent ouvertes à des athlètes du monde entier. Le recours à un tribunal arbitral international unique et spécialisé facilite une certaine uniformité procédurale et renforce la sécurité juridique. Cela est d'autant plus vrai lorsque les sentences de ce tribunal peuvent faire l'objet de recours devant la juridiction suprême d'un seul pays, en l'occurrence le Tribunal fédéral suisse, qui statue par voie définitive.

Sur ce point, la Cour rejoint donc le Gouvernement et reconnaît qu'un mécanisme non étatique de règlement des conflits en première et/ou deuxième instance, avec une possibilité de recours, bien que limitée, devant un tribunal étatique, en dernière instance, pourrait constituer une solution appropriée en ce domaine.

99. En revanche, en ce qui concerne le risque, évoqué par le Gouvernement, que le TAS puisse être tenté de déplacer son siège dans un pays non membre du Conseil de l'Europe afin de soustraire entièrement le contentieux porté devant lui à l'examen de la Cour (paragraphe 79 ci-dessus), il n'appartient pas à cette dernière de se prononcer *in abstracto* sur une telle éventualité. Si une telle hypothèse devait se réaliser, il appartiendrait à la Cour de statuer, au cas par cas, lors de l'examen de requêtes introduites devant elle à la suite du prononcé par les juridictions des États parties à la Convention de décisions donnant force exécutoire aux sentences du TAS dans les ordres juridiques respectifs de ces États.

100. En l'occurrence, la question qui se pose à la Cour est celle de savoir si, dans les deux cas d'espèce, en acceptant la juridiction du TAS, les requérants ont renoncé au bénéfice des garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention, qu'ils invoquent dans leurs requêtes respectives. Dans le cas du requérant, il s'agit de l'indépendance et de l'impartialité de deux des arbitres composant la formation arbitrale ayant rendu la sentence du 31 juillet 2009. Dans le cas de la requérante, il s'agit de l'indépendance et de l'impartialité structurelle du TAS en raison du mode de nomination des arbitres.

101. Cette question présuppose que l'acceptation de la juridiction du TAS ait valu renonciation implicite à l'application de tout ou partie des garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention normalement applicables aux litiges portés devant les tribunaux étatiques. Or le Gouvernement soutient que c'est par le

jeu de principes généraux d'ordre procédural reconnus par le Tribunal fédéral que l'article 6 trouve à s'appliquer « indirectement » aux procédures devant le TAS (paragraphe 54 ci-dessus).

102. Par conséquent, au moment de choisir d'accepter ou non la juridiction du TAS, et à supposer même qu'ils aient eu recours à des conseils éclairés, les requérants pouvaient au mieux espérer qu'en acceptant la juridiction du TAS ils auraient bénéficié d'une application « indirecte » de l'article 6 § 1. Une telle hypothèse laissait par ailleurs ouverte la question de leurs droits respectifs à un recours individuel devant la Cour, au cas où le TAS et/ou le Tribunal fédéral, dans leur application « indirecte » de l'article 6 § 1, auraient fait une mauvaise interprétation des principes dégagés par la jurisprudence de la Cour.

103. La Cour part donc du principe que, dans les deux cas d'espèce, l'acceptation de la clause d'arbitrage pouvait valoir renonciation à tout ou partie des garanties prévues par l'article 6 § 1. Elle doit donc déterminer si cette acceptation relevait d'un choix « libre, licite et sans équivoque » au sens de sa jurisprudence. Pour y parvenir, la Cour juge utile de comparer les causes objet de la présente affaire à des affaires d'arbitrage commercial sur lesquelles elle s'est déjà prononcée.

104. Dans l'affaire *Tabbane* (déc.), précitée, le requérant était un homme d'affaires tunisien qui entretenait des relations commerciales avec la société *Colgate*. La Cour a considéré qu'en concluant un compromis d'arbitrage le requérant avait expressément et librement renoncé à la possibilité de soumettre les litiges potentiels à un tribunal ordinaire, qui lui aurait offert l'ensemble des garanties de l'article 6 de la Convention. Il n'existait par ailleurs aucune indication quant au fait que le requérant avait agi sous la contrainte en signant la convention d'arbitrage, et l'intéressé ne le prétendait pas.

105. Dans l'affaire *Eiffage S.A. et autres* (déc.), précitée, les requérantes, qui s'étaient constituées en un groupement d'entreprises de génie civil, se plaignaient d'une clause d'arbitrage contenue dans un contrat qu'elles avaient conclu avec l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (« le CERN ») après avoir répondu à un appel d'offres. La Cour a considéré que les requérantes avaient librement décidé de conclure un contrat avec le CERN et d'en accepter les conditions générales, lesquelles prévoyaient l'arbitrage comme voie exclusive de règlement des différends.

106. Dans l'affaire *Transportes Fluviais do Sado S.A.* (déc.), précitée, la requérante était une société anonyme ayant conclu un contrat de concession avec une administration publique. La Cour a relevé que c'était la requérante elle-même qui, en accord avec l'administration concédante, avait décidé de soustraire aux juridictions ordinaires certains différends pouvant naître de l'exécution du contrat de concession. La Cour a d'ailleurs remarqué que de telles clauses d'arbitrage étaient courantes s'agissant de ce type de contrat.

107. La Cour souligne que, dans ces trois affaires, les requérants - un homme d'affaires et des sociétés commerciales - étaient libres d'établir ou non des relations commerciales avec les partenaires de leur choix sans que cela affectât leur liberté et leur capacité de mener, avec d'autres partenaires, des projets relevant de leurs domaines d'activité respectifs. Par exemple, il est difficile de croire que l'entreprise *Eiffage*, qui est très active dans le secteur des travaux publics mais également dans celui du logement résidentiel privé, soit obligée d'accepter des clauses d'arbitrage pour pouvoir exister en tant qu'entreprise de construction. Pour une entreprise de ce type, la renonciation à un ou plusieurs marchés publics comportant une clause d'arbitrage

pourrait avoir des répercussions en termes de chiffre d'affaires mais probablement pas en termes de capacité à vivre de son activité de construction.

108. Dans les présentes causes, les requérants sont deux sportifs de haut niveau qui gagnent leur vie en pratiquant leurs disciplines respectives dans les circuits professionnels. Leurs situations respectives ne sont pas comparables à celles qui viennent d'être décrites.

La Cour va les examiner séparément en commençant par la situation de la requérante.

β) Requête n° 67474/10

109. La Cour rappelle tout d'abord que la réglementation applicable de l'ISU prévoyait la juridiction obligatoire du TAS pour les litiges résultant, comme dans le cas d'espèce, d'une procédure disciplinaire (paragraphe 50 ci-dessus).

110. Elle relève ensuite que le Gouvernement ne conteste pas que la réglementation applicable obligeait la requérante à accepter la convention d'arbitrage afin que celle-ci pût participer aux compétitions organisées par l'ISU (paragraphe 85 ci-dessus).

111. Elle rappelle d'ailleurs que le Tribunal fédéral lui-même a admis dans sa jurisprudence relative au TAS que « l'athlète qui souhaite participer à une compétition organisée sous le contrôle d'une fédération sportive dont la réglementation prévoit le recours à l'arbitrage [n'aura] d'autre choix que d'accepter la clause arbitrale, notamment en adhérant aux statuts de la fédération sportive en question dans lesquels ladite clause a été insérée, à plus forte raison s'il s'agit d'un sportif professionnel. Il sera confronté au dilemme suivant : consentir à l'arbitrage ou pratiquer son sport en dilettante » (paragraphe 42 ci-dessus).

112. La Cour note également que la Commission européenne soupçonne l'ISU d'exercer une sorte de monopole sur l'organisation des compétitions de patinage de vitesse (paragraphe 47 ci-dessus).

113. En l'occurrence, la Cour considère que le choix qui s'offrait à la requérante n'était pas de participer à une compétition plutôt qu'à une autre, en fonction de son acceptation ou sa non-acceptation d'une clause d'arbitrage. En effet, contrairement au choix offert aux requérants des affaires *Tabbane*, *Eiffage S.A. et autres*, et *Transportes Fluviais do Sado S.A.* (décisions précitées) - qui avaient eu la possibilité de conclure un contrat avec un partenaire commercial plutôt qu'avec un autre –, le seul choix offert à la requérante était soit d'accepter la clause d'arbitrage et de pouvoir gagner sa vie en pratiquant sa discipline au niveau professionnel, soit de ne pas l'accepter et de devoir renoncer complètement à gagner sa vie en pratiquant sa discipline à un tel niveau.

114. Eu égard à la restriction que la non-acceptation de la clause d'arbitrage aurait apportée à la vie professionnelle de la requérante, l'on ne peut pas affirmer que cette dernière a accepté cette clause de manière libre et non équivoque.

115. La Cour en conclut que, bien qu'elle n'ait pas été imposée par la loi mais par la réglementation de l'ISU, l'acceptation de la juridiction du TAS par la requérante doit s'analyser comme un arbitrage « forcé » au sens de sa jurisprudence (voir, *a contrario*, *Tabbane*, décision précitée, § 29). Cet arbitrage devait par conséquent offrir les garanties de l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 95 ci-dessus).

γ) Requête n° 40575/10

116. En ce qui concerne le requérant, la Cour note que, si l'article 42 du règlement de 2001, auquel le requérant était tenu de se soumettre pour pouvoir évoluer dans un club de football professionnel, prévoyait bien le recours à l'arbitrage, le système permettant un tel recours devait être établi « sans préjudice des droits de tout joueur ou de tout club de demander réparation devant une cour civile dans des litiges opposant clubs et joueurs » (voir la partie « La réglementation pertinente de la FIFA »).

La situation du requérant est par conséquent différente de celle de la requérante, dans la mesure où la réglementation applicable de la fédération sportive concernée n'imposait pas l'arbitrage mais laissait le mode de règlement des litiges à la liberté contractuelle des clubs et des joueurs.

117. Or le requérant soutient que, en raison de l'existence d'une disparité quant au pouvoir de négociation contractuelle entre lui-même et le club *Chelsea*, et entre les joueurs et les clubs de football en général, son acceptation de la clause d'arbitrage n'était pas réellement libre. Il allègue, d'une part, que tous les joueurs du club *Chelsea* étaient obligés d'accepter la clause d'arbitrage dans leur contrat et, d'autre part, que ce genre de pratique est courant dans le monde du football professionnel, les joueurs n'ayant à ses dires pas une force de négociation suffisante pour s'y opposer.

118. Par ailleurs, le requérant estime que, pour les mêmes raisons, la possibilité pour un joueur de football de porter un litige l'opposant à son club devant un tribunal étatique sur la base de l'article 42 du règlement de 2001, évoquée par le Gouvernement, n'est qu'apparente (paragraphe 81 ci-dessus).

119. La Cour peut accepter qu'un grand club de football, disposant de moyens financiers considérables, puisse disposer d'un pouvoir de négociation plus important qu'un simple joueur, fût-il de grande renommée. Cela étant, non seulement le requérant n'apporte pas la preuve que tous les joueurs du club *Chelsea* avaient été obligés d'accepter la clause d'arbitrage, mais il n'apporte pas non plus la preuve que d'autres clubs de football professionnel, disposant peut-être de moyens financiers plus modestes, auraient refusé de l'embaucher sur la base d'un contrat prévoyant le recours à une juridiction ordinaire. Au surplus, il n'apporte pas la preuve de son impossibilité à se prévaloir de l'article 42 du règlement de 2001, qui lui permettait de porter son litige devant un tribunal étatique.

120. Contrairement à la requérante, le requérant n'a donc pas démontré que le seul choix qui s'offrait à lui consistait à accepter la clause d'arbitrage et pouvoir gagner sa vie en pratiquant sa discipline au niveau professionnel, ou ne pas l'accepter et renoncer complètement à gagner sa vie en pratiquant sa discipline à un tel niveau. La Cour considère donc que l'on ne peut, dans le cas d'espèce, parler d'un arbitrage « forcé » (*Tabbane*, décision précitée, § 29).

121. Reste à savoir si le choix du requérant était « sans équivoque », c'est-à-dire si, en optant, même librement, pour la juridiction du TAS au lieu de celle d'un tribunal étatique, le requérant avait renoncé en toute connaissance de cause au droit à ce que son litige avec le club *Chelsea* fût tranché par un tribunal indépendant et impartial. À cet égard, la Cour rappelle que, dans sa décision *Suovaniemi et autres* (précitée), elle a considéré que le choix des requérants de se soumettre à un arbitrage était non seulement volontaire, car ils avaient librement accepté la convention d'arbitrage, mais également « sans équivoque », puisqu'ils

n'avaient pas récusé, au cours de la procédure arbitrale, l'arbitre dont ils contestaient l'indépendance et l'impartialité.

122. En l'occurrence, la Cour note que, le 22 septembre 2008, s'appuyant sur l'article R34 du code de l'arbitrage, le requérant avait requis la récusation de l'arbitre choisi par le club *Chelsea*, M[e] D.-R. M., dont il contestait l'indépendance et l'impartialité (paragraphe 15 ci-dessus). Par conséquent, à la différence de ce qui a été jugé dans l'affaire *Suovaniemi et autres* (déc.), précitée, l'on ne peut pas considérer que, en acceptant la clause d'arbitrage dans son contrat et en choisissant de porter l'affaire devant le TAS - et non devant un tribunal étatique, comme il y était autorisé par l'article 42 du règlement de 2001 –, le requérant avait renoncé « sans équivoque » à contester l'indépendance et l'impartialité du TAS lors d'un éventuel litige l'opposant au club *Chelsea*.

123. Par conséquent, dans le cas du requérant aussi, la procédure d'arbitrage devait offrir les garanties de l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 95 ci-dessus).

2. Sur l'indépendance et l'impartialité du TAS

a) Les thèses des parties et les observations du tiers intervenant

i. Requête n[o] 67474/10

α) La thèse de la requérante

124. La requérante soutient que le TAS n'est ni indépendant ni impartial. Elle indique que, selon le droit procédural applicable au TAS, les deux parties à un litige peuvent chacune nommer un arbitre de leur choix, mais qu'elles n'ont aucune influence sur la nomination du troisième arbitre chargé de présider la formation arbitrale, et que le président de la formation arbitrale est nommé par le greffe du TAS, et notamment par son secrétaire général. Elle indique aussi que le TAS est financé par les fédérations sportives et que, par conséquent, ce système de nomination implique que les arbitres désignés par le greffe du TAS sont enclins à favoriser les fédérations. La requérante soutient d'ailleurs que le président de la formation arbitrale ayant statué sur sa cause avait un préjugé contre les athlètes accusés de dopage car il avait auparavant toujours refusé d'être nommé en tant qu'arbitre par un athlète accusé de dopage, préférant toujours représenter les fédérations.

125. La requérante dit ensuite que les arbitres doivent être choisis parmi ceux présents sur la liste élaborée par le CIAS, dont la grande majorité des membres serait nommée par les fédérations. Elle estime que la composition de cette liste ne garantit donc pas une représentation équilibrée des intérêts des athlètes par rapport à ceux des fédérations. Elle estime en outre que l'obligation pour les parties de choisir leur arbitre respectif sur cette liste montre que le TAS ne constitue pas un véritable tribunal arbitral, puisque, selon elle, les parties à un arbitrage classique peuvent choisir leurs arbitres librement.

126. Par ailleurs, la requérante indique que, d'après l'article R59 du code de l'arbitrage, la sentence arbitrale est soumise avant son prononcé au secrétaire général du TAS et que celui-ci pourra lui apporter des corrections de forme mais aussi attirer l'attention de la formation arbitrale sur des questions de principe, tout en n'ayant pas siégé en tant qu'arbitre (paragraphe 23 ci-dessus). Elle en déduit que cela illustre de

manière supplémentaire le manque d'indépendance et d'impartialité du TAS - allégué par elle - eu égard à la nomination du secrétaire général du TAS par le CIAS et à la prétendue domination de ce dernier par les fédérations. Pour ce qui est de son cas particulier, la requérante se dit convaincue que le secrétaire général du TAS a exercé une influence réelle sur la sentence arbitrale, puisque le prononcé de la sentence aurait été plusieurs fois retardé par rapport aux dates annoncées.

β) La thèse du Gouvernement

127. Le Gouvernement conteste la position de la requérante sur la nomination du président de la formation arbitrale. Il indique que, selon l'article R54 du code de l'arbitrage, le président de la formation arbitrale est désigné par le président de la chambre arbitrale d'appel du TAS après consultation des arbitres nommés par les parties. Selon lui, le secrétaire général du TAS ne joue aucun rôle à cet égard, même si la lettre informant les parties de ladite nomination est signée par un membre du greffe du TAS.

Le Gouvernement ajoute que, dans la pratique, si les parties s'accordent sur le nom du président de la formation arbitrale, le président de la chambre arbitrale d'appel suit généralement leur choix.

128. En ce qui concerne l'indépendance et l'impartialité du président de la formation arbitrale ayant statué sur la cause de la requérante, qui, d'après celle-ci, a refusé de siéger en tant qu'arbitre dans des cas similaires et nourrit ainsi des préjugés contre les athlètes accusés de dopage, le Gouvernement indique que l'intéressée n'a pas demandé la récusation de cet arbitre, alors qu'elle en aurait eu la faculté en vertu de l'article R34 du code de l'arbitrage. Il indique en outre que, devant le Tribunal fédéral, la requérante a avancé un autre argument tenant à des déclarations précédentes que cet arbitre aurait faites quant à son adoption d'une « ligne dure » contre le dopage.

129. En ce qui concerne le choix des arbitres à partir de la liste du TAS, le Gouvernement reconnaît que cette liste est obligatoire pour les parties. Cela étant, il considère, d'une part, que cette liste évolue régulièrement et, d'autre part, que le fait que les arbitres sont choisis par le CIAS n'implique pas que ceux-ci soient favorables aux fédérations, puisque le CIAS serait lui-même composé de manière équilibrée. Le Gouvernement ajoute que les biographies des membres du CIAS montrent que ceux-ci proviennent aussi bien du monde sportif, que du monde judiciaire, que du monde de l'arbitrage international.

130. Quant au mode de financement du TAS, qui, selon la requérante, est un autre élément de la dépendance de celui-ci envers les fédérations, le Gouvernement indique qu'environ 60 % du budget du CIAS sont versés par « les différentes entités du Mouvement olympique », les 40 % restants étant versés par les utilisateurs du TAS par le biais des frais d'arbitrage. Il précise que la contribution versée par le Mouvement olympique a pour but de permettre à tous les athlètes désireux de contester une décision en matière disciplinaire de bénéficier de la gratuité des services du TAS et de son greffe, ce qui aurait d'ailleurs été le cas de la requérante.

Le Gouvernement indique également que les juridictions étatiques sont toujours financées par les États et que la Cour elle-même est financée par les États membres du Conseil de l'Europe. Selon lui, l'on ne peut en déduire un manque d'impartialité dans les litiges impliquant ces États.

131. En ce qui concerne le rôle du secrétaire général du TAS, le Gouvernement expose que, selon les dispositions des articles R46 et R59 du code de l'arbitrage, avant le prononcé de la sentence arbitrale, le

secrétaire général du TAS a en effet la possibilité de proposer des rectifications de forme et d'attirer l'attention de la formation arbitrale sur des questions de principe fondamentales, notamment lorsque la sentence modifie la jurisprudence du TAS. Toutefois, les membres de la formation arbitrale resteraient libres de choisir de prendre en considération ou non les observations du secrétaire général. Il s'agirait d'une pratique courante dans le monde de l'arbitrage, attestée par l'article 31 du règlement de l'ICC.

Par ailleurs, selon le Gouvernement, les allégations de la requérante quant à la prétendue influence du secrétaire général du TAS sur la sentence la concernant ne sont pas étayées et le retard de trois jours dans le prononcé de la sentence, dont l'intéressée se plaint, était dû à une demande de prolongation de délai formée par la formation arbitrale elle-même.

ii. Requête n° 40575/10

α) Les thèses des parties

132. Le Gouvernement indique d'emblée que, dans sa requête, le requérant s'est contenté d'un renvoi à son recours en matière civile devant le Tribunal fédéral du 14 septembre 2009, sans prendre position sur une éventuelle violation de l'article 6 § 1 de la Convention ni remettre en cause les conclusions du Tribunal fédéral.

133. Le Gouvernement indique ensuite que l'article 190 de la LDIP, tel qu'interprété par le Tribunal fédéral (ATF 118 II 359 consid. 3b), comprend le non-respect de la règle voulant qu'un tribunal arbitral présente des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité. Il se réfère en outre à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle le TAS constitue un véritable tribunal arbitral qui respecte les garanties nécessaires d'indépendance et d'impartialité et dont les sentences sont assimilables aux jugements d'un tribunal étatique (par exemple, ATF 129 III 445, consid. 3.3.4), et il précise que cette jurisprudence a été réaffirmée par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 10 juin 2010 portant rejet du recours du requérant. De même, il dit que l'ordre public procédural énoncé à l'article 190 alinéa 2 lettre a) de la LDIP garantit aux parties le droit à un jugement indépendant sur les conclusions et l'exposé des faits soumis au tribunal d'une manière conforme à la procédure applicable. Il ajoute qu'il y a violation de l'ordre public procédural « lorsque des principes fondamentaux et largement reconnus ont été violés, ce qui conduit à une contradiction insupportable avec le sentiment de justice, de telle sorte que la contradiction apparaît incompatible avec les valeurs reconnues dans un État de droit ». Le Gouvernement assure que l'exigence d'indépendance et d'impartialité d'un tribunal fait partie des principes fondamentaux ressortissant de la conception suisse du droit procédural, visés par l'article 27 alinéa 2 lettre b) de la LDIP.

134. En ce qui concerne le président de la formation du TAS ayant rendu la sentence du 31 juillet 2009, qui, selon le requérant, était associé dans un cabinet d'avocats représentant les intérêts du propriétaire du club *Chelsea*, le Gouvernement fait observer que le requérant lui-même se dit dans l'incapacité d'apporter la preuve de cette circonstance, par ailleurs réfutée point par point par l'intéressé, et il considère que c'est donc à juste titre que le Tribunal fédéral n'a pas suivi le requérant sur ce point.

135. En ce qui concerne M[e] D.-R. M., le Gouvernement se réfère aux conclusions du Tribunal fédéral (paragraphe 17 ci-dessus) selon lesquelles la circonstance que le président de la formation arbitrale ayant

rendu la sentence du 31 juillet 2009 avait déjà siégé dans la formation ayant rendu la sentence du 15 décembre 2005 n'était pas de nature à faire naître des doutes quant à l'appréciation objective de son indépendance et de son impartialité, étant donné la mission circonscrite confiée à la formation ayant rendu la première sentence et le fait que l'on était en présence d'une « série de trois sentences rendues dans la même cause », « les deux premières revêtant un caractère préjudiciel par rapport à la troisième ».

136. Pour sa part, le requérant renvoie aux arguments développés dans son recours devant le Tribunal fédéral (paragraphe 16 ci-dessus).

β) Les observations du tiers intervenant

137. Le tiers intervenant soutient que le système mis en place par la loi suisse, par le biais du contrôle exercé par le Tribunal fédéral, garantit une protection suffisante quant à l'indépendance et l'impartialité des formations du TAS.

Au surplus, le tiers intervenant, suivant le Tribunal fédéral, considère : d'une part, que l'arbitre D.-R. M. n'avait à aucun moment de la procédure donné de signes de partialité ; d'autre part, que les trois sentences arbitrales devaient être considérées comme faisant partie de la même cause, qui aurait pu être entendue par une formation unique, et que, par conséquent, il était légitime qu'un même arbitre ait pu faire partie de deux des formations les ayant rendues ; et, enfin, que les allégations du requérant quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre L. F. n'étaient pas étayées.

b) L'appréciation de la Cour

i. Principes généraux

138. La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 6 § 1 un « tribunal » doit toujours être « établi par la loi ». Cette expression reflète le principe de l'État de droit, inhérent à tout le système de la Convention et de ses protocoles. En effet, un organe n'ayant pas été établi conformément à la volonté du législateur serait nécessairement dépourvu de la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers. L'expression « établi par la loi » concerne non seulement la base légale de l'existence même du tribunal, mais encore la composition du siège dans chaque affaire (*Lavents c. Lettonie*, n° 58442/00, § 114, 28 novembre 2002). La « loi » visée par cette disposition est donc non seulement la législation relative à l'établissement et à la compétence des organes judiciaires, mais également toute autre disposition du droit interne dont le non-respect rend irrégulière la participation d'un ou de plusieurs juges à l'examen de l'affaire.

139. Par ailleurs, la Cour rappelle qu'une autorité qui ne figure pas parmi les juridictions d'un État peut, aux fins de l'article 6 § 1, s'analyser néanmoins en un « tribunal » au sens matériel du terme (*Sramek c. Autriche*, n° 8790/79, § 36, 22 octobre 1984). Un « tribunal » se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit, avec plénitude de juridiction et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence (*ibidem*, et *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 233, CEDH 2001-IV). La compétence de décider est inhérente à la notion même de « tribunal ». La procédure devant un « tribunal » doit assurer « la solution juridictionnelle du litige » voulue par l'article 6 § 1 (*Benthem c. Pays-Bas*, 23 octobre 1985, § 40, série A n° 97). Aux fins de l'article 6 §

1, un tribunal ne doit pas nécessairement être une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires. Il peut avoir été institué pour connaître de questions relevant d'un domaine particulier dont il est possible de débattre de manière adéquate en dehors du système judiciaire ordinaire (*Rolf Gustafson c. Suède*, 1er juillet 1997, § 45, *Recueil* 1997-IV). En outre, seul mérite l'appellation de « tribunal » au sens de l'article 6 § 1 un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause (*Beaumartin c. France*, 24 novembre 1994, § 38, série A nº 296-B, et *Di Giovanni c. Italie*, nº 51160/06, § 52, 9 juillet 2013).

140. Pour établir si un tribunal peut passer pour « indépendant » aux fins de l'article 6 § 1, il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (*Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, § 73, *Recueil* 1997-I, et *Brudnicka et autres c. Pologne*, nº 54723/00, § 38, CEDH 2005-II).

141. L'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris. Selon la jurisprudence constante de la Cour, aux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement de tel juge, c'est-à-dire du point de savoir si celui-ci a fait preuve de parti pris ou préjugé personnel en telle occasion, et aussi selon une démarche objective consistant à déterminer si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité (voir, entre autres, *Fey c. Autriche*, 24 février 1993, §§ 27-28 et 30, série A nº 255-A, et *Wettstein c. Suisse*, nº 33958/96, § 42, CEDH 2000-XII).

142. La frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective) (*Kyprianou c. Chypre* [GC], nº 73797/01, § 119, CEDH 2005-XIII). Ainsi, dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus (*Pullar c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, § 32, *Recueil* 1996-III).

143. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance ou, comme le dit un adage anglais, « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous). Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables (*Oleksandr Volkov c. Ukraine*, nº 21722/11, § 106, CEDH 2013, et *Morice c. France* [GC], nº 29369/10, § 78, CEDH 2015).

144. Enfin, les concepts d'indépendance et d'impartialité objective sont étroitement liés et, selon les circonstances, peuvent appeler un examen conjoint (*Sacilor-Lormines c. France*, nº 65411/01, § 62, CEDH 2006-XIII).

ii. Application de ces principes aux cas d'espèce

145. Comme la Cour l'a rappelé plus haut (paragraphes 91-94 ci-dessus), l'article 6 de la Convention ne s'oppose pas à ce que des tribunaux arbitraux soient créés afin de juger certains différends de nature patrimoniale opposant des particuliers (*Suda,* précité, § 48), les clauses contractuelles d'arbitrage présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables (*Tabbane*, décision précitée, § 25). Les parties à un litige peuvent renoncer à certains droits garantis par l'article 6 § 1 pour autant que cette renonciation est libre, licite et sans équivoque. Dans le cas contraire, le tribunal arbitral doit offrir les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention (*Suda*, précité, § 49).

146. La Cour admet qu'en matière d'arbitrage commercial et d'arbitrage sportif consenti de manière libre, licite et non équivoque les notions d'indépendance et d'impartialité pourraient être interprétées avec souplesse, dans la mesure où l'essence même du système arbitral repose sur la nomination des instances décisionnelles, ou du moins d'une partie d'entre elles, par les parties au litige.

147. Or, dans la présente affaire, la Cour a conclu que la renonciation aux droits garantis par l'article 6 § 1 de la part de la requérante n'avait pas été libre et « sans équivoque » (paragraphe 114 ci-dessus), que la renonciation de la part du requérant n'avait pas été « sans équivoque » (paragraphe 122 ci-dessus) et que, par conséquent, les procédures d'arbitrage qui concernaient les intéressés devaient offrir l'ensemble des garanties de l'article 6 § 1.

148. La Cour doit donc rechercher si le TAS pouvait passer pour un tribunal « indépendant et impartial, établi par la loi » au sens de cette disposition et des principes énoncés aux paragraphes 138 à 144 ci-dessus, au moment où il a statué sur les causes respectives des requérants.

149. Elle relève, à cet égard, que, même si le TAS était l'émanation d'une fondation de droit privé (voir, cependant, *Suda*, précité, § 53), il bénéficiait de la plénitude de juridiction pour connaître, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, de toute question de fait et de droit qui était soumise dans le cadre des litiges dont il était saisi (*Chypre*, précité, § 233, et *Sramek*, précité, § 36). Ses sentences apportaient une solution de type juridictionnel à ces litiges et pouvaient faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral dans les circonstances limitativement énumérées aux articles 190 à 192 de la LDIP.

Par ailleurs, le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence constante, considérait les sentences rendues par le TAS comme de « véritables jugements, assimilables à ceux d'un tribunal étatique » (paragraphe 23 ci-dessus).

Au moment de statuer sur les causes respectives des requérants, par le jeu combiné de la LDIP et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le TAS avait donc les apparences d'un « tribunal établi par la loi » au sens de l'article 6 § 1, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté explicitement par les requérants. Reste à savoir s'il pouvait passer pour « indépendant » et « impartial » au sens de la même disposition.

α) Requête n° 67474/10

150. La requérante soutient en premier lieu que le président de la formation arbitrale ayant statué sur sa cause avait auparavant toujours refusé d'être nommé en tant qu'arbitre par un athlète accusé de dopage, préférant toujours représenter les fédérations sportives. Elle en déduit un préjugé de cet arbitre à l'encontre des athlètes accusés de dopage et donc un manque d'impartialité.

La Cour note que, devant le Tribunal fédéral, la requérante avait utilisé un autre argument pour tenter de démontrer le manque d'impartialité du président de la chambre arbitrale. Elle avait soutenu que, par le passé, celui-ci avait représenté la « ligne dure » de la lutte contre le dopage (paragraphe 23 ci-dessus).

Quoi qu'il en soit, comme le Tribunal fédéral, la Cour n'aperçoit aucun élément factuel susceptible de mettre en doute l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre en question. Les allégations de la requérante en ce sens sont trop vagues et hypothétiques et doivent par conséquent être rejetées.

151. En ce qui concerne le financement du TAS par les instances sportives, comme le Gouvernement (paragraphe 130 ci-dessus), la Cour relève que les juridictions étatiques sont toujours financées par le budget de l'État et considère qu'on ne peut pas déduire de cette circonstance un manque d'indépendance et d'impartialité de ces juridictions dans les litiges opposant des justiciables à l'État. Par analogie, on ne saurait déduire un manque d'indépendance et d'impartialité du TAS en raison exclusivement de son mode de financement.

152. La Cour prend également note de la position de la requérante, qui soutient que le TAS ne peut être considéré comme un tribunal indépendant et impartial en raison d'un problème structurel tenant à un déséquilibre entre les fédérations et les athlètes dans le mécanisme de nomination des arbitres.

153. La Cour rappelle qu'à l'époque des faits, en vertu de l'article S14 du code de l'arbitrage, la liste des arbitres du TAS était établie par le CIAS et devait être composée de la manière suivante: pour trois cinquièmes, d'arbitres sélectionnés parmi les personnes proposées par le CIO, les FI et les CNO, choisis en leur sein ou en dehors ; pour un cinquième, d'arbitres choisis par le CIAS « après des consultations appropriées, en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes » ; et, pour un cinquième, d'arbitres choisis, toujours par le CIAS, parmi des « personnes indépendantes » des organismes susmentionnés (paragraphe 33 ci-dessus). Le CIAS n'était donc tenu de choisir qu'un cinquième des arbitres parmi des personnalités indépendantes des instances sportives susceptibles de s'opposer aux athlètes dans le cadre de litiges portés devant le TAS. La Cour note d'ailleurs que ce mécanisme de nomination par cinquièmes a été supprimé en 2012 et remplacé par une formulation plus générale (paragraphe 38 ci-dessus).

154. En outre, la Cour relève que même la nomination du cinquième d'arbitres indépendants à l'égard des instances sportives se faisait à la discrétion du CIAS. Or le CIAS était lui-même composé en totalité par des personnalités issues de ces instances (paragraphe 32 ci-dessus), ce qui révèle l'existence d'un certain lien entre le CIAS et des organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes lors d'éventuels litiges portés devant le TAS, notamment d'ordre disciplinaire.

155. De surcroît, d'une part, les arbitres étaient nommés pour un mandat de quatre ans renouvelable, sans limitation du nombre de mandats, et d'autre part, le CIAS avait le pouvoir de révoquer, par une décision « sommairement motivée » sur la base de l'article R35 du code de l'arbitrage, tout arbitre refusant ou étant empêché d'exercer ses fonctions, ou bien ne remplissant pas ses fonctions conformément aux dispositions du même code (voir, *a contrario* et *mutatis mutandis*, *Di Giovanni*, précité, § 57, et *Luka c. Roumanie*, n° 34197/02, § 44, 21 juillet 2009).

156. En l'espèce, la formation arbitrale ayant statué sur le litige opposant la requérante à l'ISU était composée de trois arbitres, tous choisis à partir de la liste établie par le CIAS, selon les modalités qui viennent

d'être décrites, et soumis au pouvoir de révocation de ce dernier. Même la faculté laissée à la requérante de nommer l'arbitre de son choix était limitée par l'obligation de recourir à cette liste (articles R33, R38 et R39 du code de l'arbitrage), de sorte que la requérante ne disposait pas d'une totale liberté de choix - alors que pareille liberté est la règle, par exemple, en matière d'arbitrage commercial, en vertu de l'article 12 du règlement de l'ICC.

157. Cela étant, la Cour note que la liste des arbitres établie par le CIAS comportait, à l'époque des faits, quelque 300 arbitres (paragraphe 37 ci-dessus). Or la requérante n'a pas présenté d'éléments factuels permettant de douter en général de l'indépendance et de l'impartialité de ces arbitres. Même en ce qui concerne la formation arbitrale ayant statué sur sa cause, la requérante n'a contesté *in concreto* qu'un seul arbitre, en l'occurrence le président de la formation arbitrale, sans par ailleurs étayer ses allégations (paragraphe 150 ci-dessus).

Si la Cour est prête à reconnaître que les organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes dans le cadre de litiges portés devant le TAS exerçaient une réelle influence dans le mécanisme de nomination des arbitres en vigueur à l'époque des faits, elle ne peut pas conclure que, du seul fait de cette influence, la liste des arbitres était composée, ne serait-ce qu'en majorité, d'arbitres ne pouvant pas passer pour indépendants et impartiaux, à titre individuel, objectivement ou subjectivement, vis-à-vis de ces organisations.

La Cour ne voit donc pas de motifs suffisants pour s'écarter de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, selon laquelle le système de la liste d'arbitres satisfait aux exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité applicables aux tribunaux arbitraux et le TAS, lorsqu'il fonctionne comme instance d'appel extérieure aux fédérations internationales, s'apparente à une autorité judiciaire indépendante des parties (paragraphe 44 ci-dessus).

158. Pour ce qui est du pouvoir du secrétaire général du TAS d'apporter des modifications de forme à la sentence arbitrale et d'attirer l'attention de la formation arbitrale, après les délibérations, sur des questions de principe, qui, selon la requérante, constitue une illustration de plus du manque d'indépendance et d'impartialité du TAS vis-à-vis des instances sportives, la Cour note que la requérante n'a pas apporté la preuve que la sentence du 25 novembre 2009 a été modifiée par l'intervention du secrétaire général du TAS, *a fortiori* dans un sens qui lui aurait été défavorable.

La Cour n'aperçoit donc aucune raison de s'écarter des conclusions du Tribunal fédéral, qui, dans son arrêt du 10 février 2010, a jugé ces allégations comme une pure spéculation ne reposant sur aucun fait établi (paragraphe 23 ci-dessus).

159. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison d'un prétendu manque d'indépendance et d'impartialité du TAS.

β) Requête n° 40575/10

160. La Cour observe que la situation du requérant est différente de celle de la requérante. D'une part, le requérant a librement choisi de recourir au TAS plutôt qu'à un tribunal étatique, alors que, contrairement à la requérante, il en avait la possibilité (paragraphes 116 à 123 ci-dessus). D'autre part, il ne se plaint pas d'un manque d'indépendance et d'impartialité du TAS en raison d'un problème structurel tenant au mécanisme

de nomination des arbitres. Il se plaint uniquement d'un manque d'indépendance et d'impartialité, à titre individuel, de deux arbitres ayant composé la formation arbitrale qui a rendu la sentence du 31 juillet 2009.

- *En ce qui concerne l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre D.-R. M.*

161. La question qui se pose est celle de savoir si le fait que Me D.-R. M. avait déjà siégé dans la formation ayant rendu la sentence du 15 décembre 2005 a pu légitimement donner à craindre de la part de celui-ci un parti pris quant à la sentence rendue le 31 juillet 2009.

162. Pour se prononcer sur l'existence d'une raison légitime de douter de l'impartialité de cet arbitre, le point essentiel est de savoir si les questions que celui-ci avait traitées dans la sentence du 31 juillet 2009 étaient analogues à celles sur lesquelles il avait eu à statuer dans la sentence du 15 décembre 2005 (voir, *mutatis mutandis*, *Morel c. France*, no 34130/96, § 47, CEDH 2000-VI). Pour qu'un préjugé ait pu se créer, il faut, d'une part, que l'arbitre mis en cause ait eu successivement à connaître de faits identiques et, d'autre part, qu'il ait eu à répondre à la même question ou, du moins, que l'écart entre les questions qu'il a eu à trancher ait été infime (voir, *mutatis mutandis*, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal*, no 4687/11, § 69, 17 mai 2016).

163. La Cour note que la question tranchée par la première sentence arbitrale était celle de l'interprétation des termes « *unilateral breach* » de l'article 21 du règlement de 2001, et que celle tranchée par la sentence du 31 juillet 2009 était en revanche liée à la correcte application de l'article 22 du règlement de 2001 par la CRL dans sa décision du 7 mai 2008 relative aux dommages-intérêts que le requérant devait verser au club *Chelsea*.

164. Par conséquent, comme le Tribunal fédéral l'a, à juste titre, relevé, bien que les faits générateurs de la cause soient les mêmes, les questions juridiques tranchées par les deux formations arbitrales sont à l'évidence nettement distinctes, la première portant sur la responsabilité contractuelle du requérant, la deuxième sur le *quantum* des dommages-intérêts devant être versés à la partie lésée.

165. Dès lors, la Cour estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison d'un défaut d'impartialité de l'arbitre D.-R. M.

- *En ce qui concerne l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre L. F.*

166. Selon le requérant, l'arbitre L. F. était associé dans un cabinet d'avocats représentant les intérêts du propriétaire du club *Chelsea* et il ne pouvait donc pas passer pour indépendant et impartial envers ce club.

167. La Cour note que, par un arrêt longuement motivé et ne révélant aucune trace d'arbitraire, le Tribunal fédéral a conclu que le requérant n'avait pas apporté la preuve de ses allégations. Le requérant l'a d'ailleurs reconnu lui-même devant cette haute juridiction, et il ne soutient pas le contraire devant la Cour.

168. La Cour n'aperçoit donc aucune raison sérieuse de substituer son propre avis à celui du Tribunal fédéral sur ce point et conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison d'un défaut d'impartialité de l'arbitre L. F.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION EN RAISON DE L'ABSENCE D'AUDIENCE PUBLIQUE

169. La requérante se plaint de n'avoir bénéficié d'une audience publique ni devant la commission disciplinaire de l'ISU, ni devant le TAS, ni devant le Tribunal fédéral, malgré ses demandes explicites en ce sens. Elle indique que l'exigence de publicité des débats est l'une des garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention, que les États peuvent déroger à celle-ci uniquement dans les conditions expressément énumérées par cette disposition et que, en l'occurrence, pareilles conditions n'étaient pas réunies.

A. Sur l'absence d'audience publique devant le TAS

1. Sur la recevabilité

170. La Cour rappelle ses conclusions quant à sa compétence *ratione personae* (paragraphe 67 ci-dessus).

171. Constatant par ailleurs que cette partie de la requête n° 67474/10 n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, elle la déclare par conséquent recevable.

2. Sur le fond

172. À titre liminaire, la Cour rappelle sa conclusion quant au caractère forcé de l'arbitrage auquel la requérante était partie (paragraphe 115 ci-dessus).

a) Les thèses des parties

173. La requérante expose que, pour statuer sur sa cause, le TAS a tenu deux jours d'audiences et qu'au cours de celles-ci de nombreux experts ont été entendus sur des questions scientifiques complexes. Elle soutient à cet égard que les thèses des experts cités par elle ont été rejetées de manière non objective et sur un ton moqueur, et que cela n'aurait pas le cas si le TAS avait autorisé la présence du public.

174. Le Gouvernement estime, sans autres précisions, que, l'article 6 § 1 n'étant pas directement applicable aux procédures devant le TAS, ce dernier ne pouvait être tenu de statuer sur la base d'une audience publique.

b) L'appréciation de la Cour

i. Principes généraux

175. La Cour rappelle que la publicité de la procédure judiciaire constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 de la Convention. Cette publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public et constitue ainsi l'un des moyens qui contribuent à la préservation de la confiance dans les tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique (*Diennet c. France*, 26 septembre 1995, § 33, série A n° 325-A, *B. et P. c. Royaume-Uni*, n^os^ 36337/97 et 35974/97, § 36, CEDH 2001-III, *Olujić c. Croatie*, n° 22330/05, § 70, 5 février 2009, *Martinie c. France* [GC], n° 58675/00, § 39, CEDH 2006-VI, et *Nikolova et Vandova c. Bulgarie*, n° 20688/04, § 67, 17 décembre 2013).

176. L'article 6 § 1 ne fait cependant pas obstacle à ce que les juridictions décident, au vu des particularités de la cause soumise à leur examen, de déroger à ce principe : aux termes mêmes de cette disposition, « (...) l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent,

ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice » ; le huis clos, qu'il soit total ou partiel, doit alors être strictement commandé par les circonstances de l'affaire (*Diennet*, § 34, *Martinie*, § 40, *Olujić*, § 71, et *Nikolova et Vandova*, § 68, précités).

177. L'article 6 n'exige pas nécessairement la tenue d'une audience dans toutes les procédures. Cela est notamment le cas pour les affaires ne soulevant pas de question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits qui auraient requis une audience, et pour lesquelles les tribunaux peuvent se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions présentées par les parties et d'autres pièces (voir, par exemple, *Döry c. Suède*, n° 28394/95, § 37, 12 novembre 2002, *Pursiheimo c. Finlande* (déc.), n° 57795/00, 25 novembre 2003, et *Şahin Karakoç c. Turquie*, n° 19462/04, § 36, 29 avril 2008). Partant, la Cour ne saurait conclure, même dans l'hypothèse d'une juridiction investie de la plénitude de juridiction, que l'article 6 implique toujours le droit à une audience publique, indépendamment de la nature des questions à trancher. D'autres considérations, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la nécessité en découlant d'un traitement rapide des affaires inscrites au rôle, entrent en ligne de compte pour déterminer si des débats publics sont nécessaires (*Varela Assalino c. Portugal* (déc.), n° 64336/01, 25 avril 2002). La Cour a ainsi déjà considéré que des procédures consacrées exclusivement à des points de droit ou hautement techniques pouvaient remplir les conditions de l'article 6 même en l'absence de débats publics (*Jurisic et Collegium Mehrerau c. Autriche*, n° 62539/00, § 65, 27 juillet 2006, et *Mehmet Emin Şimşek c. Turquie*, n° 5488/05, §§ 30-31, 28 février 2012).

ii. Application de ces principes au cas d'espèce

178. La Cour rappelle que, dans son arrêt du 10 février 2010, le Tribunal fédéral s'est limité à juger que la requérante ne pouvait pas invoquer un quelconque droit à une audience publique devant le TAS, tiré de l'article 6 § 1 de la Convention, car cette disposition n'était pas applicable aux procédures d'arbitrage volontaire. Le Tribunal fédéral a toutefois souligné que, compte tenu de l'importance du TAS en matière de sport, la tenue d'une telle audience aurait été « souhaitable » (paragraphe 23 ci-dessus).

179. La Cour rappelle en outre que les principes relatifs à la publicité des audiences en matière civile, tels qu'ils ont été décrits ci-dessus, valent non seulement pour les tribunaux ordinaires mais également pour les juridictions ordinales statuant en matière disciplinaire ou déontologique (*Gautrin et autres c. France*, 20 mai 1998, § 43, *Recueil* 1998-III).

180. Cela étant, la Cour a déjà jugé que ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 § 1 n'empêchaient une personne de renoncer de son plein gré, de manière expresse ou tacite, à l'exercice du droit à la publicité des débats (*Håkansson et Sturesson c. Suède*, 21 février 1990, § 66, série A n° 171-A).

181. Or cela n'est pas le cas en l'occurrence. D'une part, comme la Cour l'a reconnu plus haut, il s'agit d'un arbitrage forcé. D'autre part, il n'est pas contesté que la requérante avait expressément demandé la tenue d'une audience publique et que celle-ci lui a été refusée sans qu'aucune des conditions énumérées à l'article 6 § 1 fût remplie.

182. La Cour considère que les questions débattues dans le cadre de la procédure litigieuse - qui étaient relatives au point de savoir si c'était à juste titre que la requérante avait été sanctionnée pour dopage, et pour la résolution desquelles le TAS a été amené à entendre de nombreux experts - nécessitaient la tenue d'une audience sous le contrôle du public. En effet, la Cour observe qu'il y avait une controverse sur les faits et que la sanction infligée à la requérante avait un caractère infamant, étant susceptible de porter préjudice à son honorabilité professionnelle et à son crédit (voir, *mutatis mutandis*, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n^{os} 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, § 122, 4 mars 2014). D'ailleurs, malgré sa conclusion quelque peu formaliste, le Tribunal fédéral lui-même, dans son arrêt du 10 février 2010, a expressément reconnu au travers d'un *obiter dictum* qu'une audience publique devant le TAS aurait été souhaitable.

183. Compte tenu de ce qui précède, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention à raison de la non-publicité des débats devant le TAS.

184. Cette conclusion la dispense d'examiner le grief de la requérante quant à l'absence d'audience devant la commission disciplinaire de l'ISU, dont le TAS était l'organe de recours disposant de la plénitude de juridiction (paragraphe 169 ci-dessus).

B. Sur l'absence d'audience publique devant le Tribunal fédéral

185. La Cour rappelle que des procédures consacrées exclusivement à des points de droit ou hautement techniques peuvent remplir les conditions de l'article 6 de la Convention même en l'absence de débats publics (*Jurisic et Collegium Mehrerau*, précité, § 65, et *Mehmet Emin Şimşek*, précité, §§ 30-31).

186. En l'occurrence, elle note que, dans son arrêt du 10 février 2010, le Tribunal fédéral a rejeté la demande de tenue d'une audience publique formulée par la requérante en rappelant que, d'après la LTF, les audiences publiques n'étaient tenues que dans des cas exceptionnels ou lorsque lui-même entendait statuer sur le fond de l'affaire qui lui était soumise « en se fondant sur ses propres constatations factuelles ».

187. Dans le cas d'espèce, l'objet du litige devant le Tribunal fédéral portait uniquement sur les garanties procédurales applicables au TAS. Il s'agissait donc de questions juridiques hautement techniques qui ne comportaient aucun examen de faits éventuellement susceptible d'exiger la tenue d'une audience publique. La Cour est convaincue que ce type de litige peut être valablement résolu sans le recours à une audience publique (voir, *mutatis mutandis*, *Döry*, précité, § 37, et *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, § 58, série A n° 263).

188. Il s'ensuit que ce grief doit être rejeté pour défaut manifeste de fondement, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

III. SUR LES AUTRES VIOLATIONS ALLÉGUÉES

189. Invoquant les articles 4 § 1 et 8 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention, le requérant se plaint de la somme qu'il a été condamné à verser au club *Chelsea*.

190. Compte tenu de l'ensemble des éléments dont elle dispose, et pour autant que les griefs du requérant tirés des articles 4 § 1 et 8 de la Convention relèvent de sa compétence, la Cour estime que ces griefs ne

révèlent aucune apparence de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention ou ses Protocoles. Dès lors, ces griefs doivent être déclarés irrecevables, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

191. Par ailleurs, la Cour relève que la Suisse n'a pas ratifié le Protocole n° 1 à la Convention. Il s'ensuit que cette partie de la requête n° 40575/10 est incompatible *ratione personae* (*Ocelot S.A. c. Suisse* (déc.), n° 20873/92, 25 mai 1997) et qu'elle doit également être rejetée, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

192. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

193. Au titre de la satisfaction équitable, la requérante réclame la somme de 3 584 126,09 euros (EUR), assortie d'intérêts, pour dommage matériel et la somme de 400 000 EUR pour dommage moral. Pour la ventilation du montant du préjudice matériel, elle renvoie aux conclusions qu'elle avait déposées dans le cadre de la procédure civile engagée contre l'ISU devant les juridictions allemandes.

Dans ses observations, que la Cour a reçues avant la fin de la procédure devant les juridictions allemandes (paragraphes 24 et 25 ci-dessus), le Gouvernement indique que, au moment de la présentation des observations de la requérante, la procédure devant lesdites juridictions était encore pendante. Il considère que la référence à cette procédure ne constitue pas une demande de satisfaction équitable au sens de la Convention et qu'il convient par conséquent de la rejeter.

194. En ce qui concerne le préjudice matériel, la Cour n'aperçoit aucun lien de causalité entre la violation constatée et le dommage matériel allégué par la requérante (*Gajtani c. Suisse*, n° 43730/07, § 125, 9 septembre 2014). En effet, rien ne permet de dire que, si la sentence arbitrale avait été prononcée par un tribunal arbitral ayant statué en audience publique, les conclusions de ce tribunal arbitral auraient été favorables à la requérante.

195. En ce qui concerne le préjudice moral, statuant en équité, la Cour considère qu'il y a lieu d'octroyer 8 000 EUR à la requérante, pour la violation constatée dans le chef de celle-ci.

B. Frais et dépens

196. La requérante n'a pas formulé de demande spécifique à ce titre.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, les requêtes recevables quant aux griefs tirés d'un manque d'indépendance et d'impartialité du TAS ainsi que de l'absence d'une audience publique devant le TAS, et irrecevables pour le surplus ;

2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention quant aux griefs des requérants tirés de l'indépendance et l'impartialité du TAS ;

3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention dans le chef de la requérante à raison de l'absence d'une audience publique devant le TAS ;

4. *Dit*, par cinq voix contre deux,
a) que l'État défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 8 000 EUR (huit mille euros), à convertir dans la monnaie de l'État défendeur, au taux applicable à la date du règlement, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ;
b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

5. *Rejette*, par cinq voix contre deux, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 2 octobre 2018, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement de la Cour.

Fatoş Aracı — Greffière adjointe

Helena Jäderblom — Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée des juges Keller et Serghides.

H.J.
F.A.

OPINION COMMUNE EN PARTIE DISSIDENTE, EN PARTIE CONCORDANTE DES JUGES KELLER ET SERGHIDES

1. Pour les raisons énoncées aux paragraphes 175 à 183 de l'arrêt, nous avons voté avec la majorité en faveur du constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'absence d'audience publique devant le TAS.

2. Toutefois, nous présentons cette opinion séparée afin d'exprimer notre désaccord avec le raisonnement de la majorité tenant à deux aspects cruciaux. En effet, nous estimons, d'une part, que la structure ainsi que la composition du TAS ne satisfont pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité prévues à l'article 6 § 1 de la Convention et, d'autre part, qu'il n'est pas certain que le TAS soit un tribunal « établi par la loi ».
3. De plus, nous souhaitons expliquer pourquoi le fait que M. Mutu a renoncé à ses droits consacrés à l'article 6 § 1 de la Convention n'aurait pas dû être pris en compte par la majorité pour rejeter le grief de l'intéressé concernant l'impartialité de deux des trois arbitres ayant statué sur son cas.
4. Enfin et surtout, il convient de noter que cette affaire soulève de nouvelles questions importantes. En effet, il n'est pas évident qu'un litige ayant opposé un athlète à la fédération sportive dont il est membre puisse relever de la juridiction de la Cour. De plus, la Cour doit se pencher pour la première fois sur les règles gouvernant l'arbitrage sportif, un domaine juridique auquel le public est de plus en plus sensible. Il découle de ce qui précède que cette « affaire soulève [plusieurs questions] grave[s] relative[s] à l'interprétation ou à l'application de la Convention (...) ou encore une question grave de caractère général » au sens de l'article 43 § 2 de la Convention.

I. Le manque d'indépendance et d'impartialité du TAS

5. Nous avons voté contre la majorité dans la mesure où nous estimons que les griefs relatifs aux défauts d'indépendance et d'impartialité du TAS soulevés par M^me^ Pechstein auraient dû être accueillis par la Cour (paragraphe 157 de l'arrêt). En effet, à notre avis, la structure du TAS ne satisfait pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité prévues à l'article 6 § 1 de la Convention.
6. C'est avant tout et surtout le paragraphe 157 de l'arrêt qui soulève, à nos yeux, plusieurs problèmes. D'une part, la majorité constate que M^me^ Pechstein n'a contesté la nomination que d'un seul arbitre, celle du président du tribunal arbitral (paragraphe 157 de l'arrêt). D'autre part, elle note ce qui suit :
« Si la Cour est prête à reconnaître que les organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes dans le cadre de litiges portés devant le TAS exerçaient une réelle influence dans le mécanisme de nomination des arbitres en vigueur à l'époque des faits, elle ne peut pas conclure que, du seul fait de cette influence, la liste des arbitres était composée, ne serait-ce qu'en majorité, d'arbitres ne pouvant pas passer pour indépendants et impartiaux, à titre individuel, objectivement ou subjectivement, vis-à-vis de ces organisations ».
7. La majorité semble reconnaître l' « influence » que le CIAS exerce sur la procédure de sélection des arbitres, mais en même temps elle ne considère pas que cette « influence » ait pu avoir un impact sur l'indépendance et/ou l'impartialité des arbitres qui figurent sur la liste à partir de laquelle les formations arbitrales sont composées. De plus, la majorité ne parvient pas à la conclusion que cette « influence » ait pu avoir un impact sur les arbitres qui ont tranché le litige dans la présente espèce. À notre avis, la majorité n'aurait pas dû se contenter de justifier un tel raisonnement en faisant une simple référence à un arrêt du Tribunal fédéral, qui s'était notamment exprimé ainsi : « depuis la réforme de 1994, le système de la liste d'arbitres satisfait aujourd'hui aux exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité applicables aux tribunaux arbitraux » (paragraphes 44 et 157 de l'arrêt). En effet, la Cour procède à une interprétation autonome des notions contestées.

8. Toutefois, la majorité semble s'appuyer sur trois de nos prémisses. Premièrement, les organisations qui nomment les arbitres (les Fédérations Internationales (FI), le Comité International Olympique (CIO) et les Comités Nationaux Olympiques (CNO)) représentent toutes une partie à l'arbitrage ; en effet, elles représentent les instances sportives et non les athlètes. La majorité elle-même constate que ces organisations sont « susceptibles de s'opposer aux athlètes lors d'éventuels litiges portés devant le TAS » (paragraphe 154 de l'arrêt). Ainsi, la majorité concède qu'il y a divergence d'intérêts entre les organisations d'une part et les athlètes d'autre part.

9. Deuxièmement, la majorité des membres du CIAS et du TAS sont des représentants de ces organisations. Quant au CIAS, douze (c'est-à-dire trois cinquièmes) de ses membres sont nommés par les organisations. Quatre membres additionnels (donc un cinquième de ses membres) sont élus par les douze membres désignés par les organisations. Ces seize membres élisent, à leur tour, les quatre membres restants. Il découle de ce qui précède que les organisations exercent une influence non négligeable sur la composition du CIAS (paragraphes 32, 153 et 154 de l'arrêt).

10. Quant au TAS, à l'époque des faits, le CIAS élisait trois cinquièmes de ses membres sur la base d'une liste, qui lui était directement soumise par les organisations (les mêmes organisations qui ont une influence considérable sur la composition du CIAS). Les deux cinquièmes restants des membres du TAS soit étaient chargés de représenter les intérêts des athlètes (un cinquième) soit étaient des experts indépendants (un cinquième). Un cinquième seulement des membres du TAS pouvait donc passer, au mieux, pour indépendant vis-à-vis de ces organisations, les individus composant ce cinquième étant de surcroît choisis par le CIAS, un organe qui est sous l'influence des organisations précitées. Cette situation remet en cause non seulement l'indépendance et l'impartialité des experts indépendants nommés par le CIAS, mais aussi celles des individus chargés de représenter les intérêts des athlètes. Ce mécanisme de nomination par cinquièmes a d'ailleurs été supprimé en 2012 et remplacé par une formulation plus générale : le CIAS doit désormais « faire appel à des personnalités (...) dont les noms et qualifications sont portés à son attention, notamment par le CIO, les FI et les CNO » (paragraphe 38 de l'arrêt). En d'autres termes, aucune règle ne prévoit aujourd'hui que les athlètes doivent être représentés, ne serait-ce que par un cinquième des membres du CIAS.

11. Enfin, le système de sélection des arbitres procure une « influence » disproportionnée et injustifiée aux organisations (directement et indirectement par le biais du CIAS) sur la procédure de sélection des arbitres, qui sont chargés de trancher les différends entre les organisations et les athlètes. En d'autres termes, ce système de sélection « révèle l'existence d'un certain lien entre le CIAS et des organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes lors d'éventuels litiges portés devant le TAS, notamment d'ordre disciplinaire » (voir paragraphe 154 de l'arrêt et, *mutatis mutandis*, *Gautrin et autres c. France*, 20 mai 1998, n^{os} 21257/93 et 3 autres, § 59, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III). Un lien que, pour utiliser le terme exact de l'arrêt *Gautrin* précité, nous considérons comme « troublant ».

12. Nous estimons pour notre part que la majorité n'a pas su tirer les conclusions nécessaires des trois prémisses décrites ci-dessus. La majorité semble exiger que cette « influence » soit prouvée « à titre

individuel », c'est-à-dire pour chaque arbitre siégeant au sein d'une formation arbitrale ou pour une majorité d'individus, qui figurent sur la liste sur la base de laquelle les arbitres sont choisis (paragraphe 157 de l'arrêt). À notre avis, imposer une telle exigence va au-delà de ce que la Cour exige dans les cas d' « impartialité objective » et d' « indépendance ».

13. En vertu de la jurisprudence constante de la Cour, il ne suffit pas que les arbitres soient impartiaux à titre individuel si la structure générale de l'organisation est dépourvue de l'apparence d'indépendance et d'impartialité. Pour déterminer si un tribunal est « indépendant », la Cour « a (...) égard au mode de désignation et à la durée du mandat des membres (...), à l'existence de garanties contre des pressions extérieures (...) et au point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (...) » (*Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, n^{os} 7819/77 et 7878/77, § 78, série A n^{o} 80). Lorsque la Cour procède à cette analyse, elle ne doit donc pas nécessairement se pencher sur la question de savoir si un juge en particulier était partial ou dépourvu d'indépendance. Ainsi, si elle était amenée à analyser la composition des conseils de prud'hommes ou celle des tribunaux des baux et loyers, elle veillerait toujours à ce que la composition soit équilibrée. Elle n'accepterait pas un conseil de prud'hommes composé (presque) exclusivement de représentants des employeurs, et ceci même si le représentant dans le cas d'espèce était impartial. À notre avis, rien ne justifie que la Cour n'applique pas ce raisonnement *mutatis mutandis* en l'espèce.

14. En raison de la manière dont les membres du TAS et du CIAS sont nommés, nous estimons, comme la majorité, que ces deux organes sont sous l'influence des organisations. Toutefois, nous considérons que cette influence indirecte des organisations est considérable. D'abord, le CIAS contrôle la stabilité des membres du TAS, c'est-à-dire que même si ces membres sont nommés pour un mandat de quatre ans, ils peuvent être révoqués à tout moment par le CIAS sur la base d'une décision « sommairement motivée » (paragraphe 155 de l'arrêt). De plus, les présidents des deux chambres du TAS sont également membres du CIAS. Si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord, il leur incombe de nommer les présidents des formations arbitrales. Troisièmement, le système dit des « listes fermées » a pour conséquence que les athlètes sont obligés de choisir leur arbitre parmi les personnes sélectionnées par le CIAS. L'argument avancé par le Tribunal fédéral selon lequel « le système [de liste ouverte] comporte le risque qu'il y ait, au sein du tribunal, un ou plusieurs arbitres non spécialisés et enclins à agir comme s'ils étaient les avocats des parties qui les ont désignés » (paragraphe 44 de l'arrêt) ne convainc pas. En effet, dans des domaines beaucoup plus techniques - tels que l'industrie pharmaceutique ou aéronautique - les parties peuvent choisir leur arbitre en toute liberté sans que cela ne pose problème.

15. Contrairement à la majorité, nous estimons qu'il résulte de ces observations que le TAS est dépourvu de l'*apparence* d'indépendance et que, plus généralement parlant, il n'offre pas les garanties de l'article 6 § 1 de la Convention. Ce manque d'indépendance était d'ailleurs explicitement reconnu dans le texte même de l'article S14 du code de l'arbitrage, en vigueur à l'époque des faits, qui soulignait que seulement « 1/5e des arbitres [devaient être] choisis parmi des personnes indépendantes des organismes chargés de proposer des arbitres conformément au présent article ») et constitue un problème fondamental de cette institution. À notre avis, la Cour aurait dû procéder à une analyse plus approfondie quant à la crainte légitime des athlètes

de se soumettre à la juridiction d'un organisme dépourvu de l'apparence d'indépendance. En effet, comme elle a déjà pu le juger dans d'autres affaires, « l'optique du requérant entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiables » (voir *Pescador Valero c. Espagne*, 17 juin 2003, n° 62435/00, § 23, *Recueil* 2003-VII, et, dans le même sens, *De Cubber c. Belgique*, 26 octobre 1984, n° 9186/80, § 30, série A n° 86). Compte tenu de ce qui précède, les appréhensions de la requérante semblent « objectivement justifiables ». Dès lors, la requérante n'aurait pas dû être tenue de prouver la partialité et le manque d'indépendance des arbitres ayant statué sur son cas.

16. Eu égard aux problèmes structurels du TAS, nous avons voté en faveur du constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention dans le cas de M^me^ Pechstein, non seulement en raison de l'absence d'audience publique mais aussi en raison de la partialité et du défaut d'indépendance du TAS.

17. Nous partageons l'avis de nos collègues dans le cas de M. Mutu dans la mesure où celui-ci, contrairement à M^me^ Pechstein, n'a pas soulevé ce grief devant les autorités nationales ni devant cette Cour. De plus, nous sommes d'accord avec la majorité dans la mesure où celle-ci rejette le grief du requérant quant à la partialité de deux des trois arbitres qui ont statué sur son cas (paragraphes 160 à 168 de l'arrêt).

II. Le TAS, un tribunal « établi par la loi » ?

18. Lorsqu'un organe a autant de pouvoir que le TAS, qu'il est capable et prêt à déterminer les droits et obligations à caractère civil de ses membres (dans le cas d'espèce, les athlètes) et que ses décisions sont revêtues de la formule exécutoire, la Cour doit d'abord s'assurer qu'un tel organe est un tribunal « établi par la loi » tel que l'entend l'article 6 de la Convention, avant de déterminer s'il est indépendant et impartial ou non.

19. Dès lors, la majorité aurait d'abord dû se pencher sur la question de savoir si le TAS était un tribunal « établi par la loi » avant de conclure qu'il était en effet indépendant et impartial.

20. Dans de nombreux arrêts et décisions, la Cour a reconnu la légalité de l'arbitrage *volontaire* au sens de l'article 6 de la Convention. Dans ces affaires, la question de l'interprétation du critère « établi par la loi » ne s'est pas posée étant donné que les requérants respectifs avaient renoncé à leur droit d'accès à un tribunal étatique établi par la loi (voir, par exemple, *Deweer c. Belgique*, 27 février 1980, n° 6903/75, § 49, série A n° 35, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, n^os^ 9006/80 et 6 autres, §§ 29, 200 et 201, série A n° 102, *Pastore c. Italie* (déc.), n° 46483/99, 25 mai 1999, *Eiffage S.A. et autres c. Suisse* (déc.), n° 1742/05, 15 septembre 2009, et *Tabbane c. Suisse* (déc.), n° 41069/12, 1^er^ mars 2016, §§ 30-31).

21. En revanche, dans l'affaire *Suda c. République tchèque* (28 octobre 2010, n° 1643/06, § 53) le requérant n'avait pas librement décidé de soumettre sa requête à un tribunal arbitral. Dans cette affaire, la Cour a considéré que le tribunal arbitral n'avait pas été « établi par la loi » étant donné, d'une part, qu'il avait été constitué d'arbitres qui figuraient sur une liste établie par une société à responsabilité limitée et, d'autre part, qu'il se fondait sur une clause compromissoire.

22. Le TAS est une institution d'arbitrage non dotée de la personnalité juridique (paragraphe 26 de l'arrêt) qui fait partie du CIAS, qui lui-même est une fondation de droit privé suisse (paragraphe 29 de l'arrêt). Le TAS ressemble donc au tribunal arbitral décrit dans l'affaire *Suda* précitée.

23. La Cour a jugé que l'article 6 de la Convention n'imposait pas au « législateur de régir chaque détail dans ce domaine par un texte adopté par le Parlement (« *a formal Act of Parliament* ») à condition toutefois qu'il prévoie au moins le cadre organisationnel de l'organisation judiciaire » (*Lindner c. Allemagne* (déc.), n° 32813/96, 9 mars 1999). Même si la Cour s'est prononcée ainsi en présence d'un pouvoir exécutif discrétionnaire plutôt que d'organes de droit privé, un tribunal complètement privé n'est pas davantage « établi par la loi » qu'un tribunal créé grâce à un décret exécutif et ceci même dans les hypothèses selon lesquelles il y aurait moins de doute quant à l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral.

24. De plus, la compétence *ratione materiae* ainsi que *ratione loci* des juridictions doit également être établie par la loi (Rapport de la Commission du 12 octobre 1978 à propos de l'affaire *Zand c. Autriche*, D.R. 15, p. 70). Dans l'affaire *Coëme et autres c. Belgique* (22 juin 2000, n^{os} 32492/96 et 4 autres, *Recueil* 2000-VII), par exemple, la Cour a pu juger que bien qu'il s'agissait d'un « tribunal établi par la loi » au sens général du terme (*idem*, § 99), la Cour de cassation belge ne l'était pas dans le cas d'espèce étant donné que la règle sur laquelle elle fondait la juridiction contestée ne figurait dans aucune loi (*idem*, §§ 107 et 108).

25. Bien que la Cour n'ait jamais procédé à une analyse approfondie du critère « établi par la loi » prévu à l'article 6 de la Convention en relation avec des entités de droit privé exerçant une fonction juridictionnelle (dans le cas d'espèce, la détermination de droits et d'obligations à caractère civil) sans l'accord des parties, nous estimons que, si nous concluons à la non-violation de l'article 6 § 1, la Cour aurait dû donner quelques indications quant aux conditions dans lesquelles des entités privées peuvent être considérées comme étant des « tribunaux établis par la loi ».

III. La renonciation « volontaire » de M. Mutu utilisée à son détriment

26. Nous ne pouvons suivre la majorité dans son raisonnement selon lequel les griefs avancés par M. Mutu quant au défaut d'impartialité du TAS doivent être rejetés en raison du fait qu'il se soit soumis, de manière volontaire, à la juridiction du TAS et non à celle d'un tribunal ordinaire (paragraphe 160 de l'arrêt). La majorité admet que M. Mutu n'a pas renoncé « sans équivoque » à ses droits consacrés à l'article 6 § 1 de la Convention. Prendre en considération sa renonciation volontaire lors de l'analyse de ses revendications semble dès lors contredire la constatation susmentionnée.

27. De manière plus générale, quand une procédure n'offre pas les garanties minimales quant à l'impartialité et à l'indépendance, la Cour devrait analyser de manière plus stricte la question de savoir si la renonciation du requérant était en effet « libre, licite et sans équivoque ». À notre avis, il est concevable qu'une procédure puisse être équitable même en l'absence d'audience publique ou même si les parties n'avaient pas accès à tous les documents. Or il paraît difficilement concevable qu'un individu puisse renoncer à son droit à un tribunal indépendant et impartial et toujours faire l'objet d'une « procédure équitable » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

Conclusion

28. Bien que nous soyons d'accord avec la majorité que l'absence d'audience publique dans le cas de M^me^ Pechstein constitue une violation de l'article 6 § 1 de la Convention, nous estimons que les problèmes structurels de cette institution d'arbitrage auraient dû conduire la Cour à constater une violation de l'article 6 § 1 dans son volet consacré à l'indépendance et à l'impartialité des tribunaux.

29. Nous sommes du même avis que la majorité en ce qui concerne M. Mutu. Le requérant n'a pas été victime d'une violation de l'article 6 § 1 de la Convention d'une part parce que les éléments de preuve quant à la partialité et au défaut d'indépendance des arbitres à titre individuel n'étaient pas suffisants et d'autre part parce qu'il n'a pas soulevé de grief relatif à un défaut structurel d'indépendance de l'organisme d'arbitrage. Même si M. Mutu n'a pas soulevé ce dernier grief, et que la Cour n'a donc pas pu l'examiner dans cette affaire, nous estimons qu'une fois que la majorité a constaté que l'intéressé n'avait pas renoncé à ses droits « sans équivoque », cet argument n'aurait pas dû être utilisé à son détriment.

30. Pour les raisons exposées ci-dessus, nous estimons que l'indépendance et l'impartialité du TAS soulèvent des « questions graves relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention » au sens de l'article 43 § 2 de la Convention. Les problèmes structurels de cette institution d'arbitrage ainsi que les questions de compétence juridictionnelle de la Cour auraient dû être soumis à un examen plus strict, d'autant plus que le TAS constitue pour un nombre considérable d'athlètes professionnels la seule instance de recours jouissant de la compétence de juger en fait et en droit.

Corte Costituzionale, 14/07/1977, n. 127

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:
Prof. PAOLO ROSSI, Presidente
Dott. LUIGI OGGIONI
Dott. NICOLA REALE
Avv. LEONETTO AMADEI
Prof. EDOARDO VOLTERRA
Prof. GUIDO ASTUTI
Dott. MICHELE ROSSANO
Prof. LEOPOLDO ELIA
Avv. ORONZO REALE
Dott. BRUNETTO BUCCIARELLI DUCCI
Avv. ALBERTO MALAGUGINI, Giudici,
ha pronunciato la seguente

SENTENZA
nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 25, primo comma, del r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 (Testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali), promosso con ordinanza emessa il 17 ottobre 1974 dal tribunale di Modena, nel procedimento civile vertente tra Sacchetti Gino e la ditta SERISCREEN, iscritta al n. 41 del registro ordinanze 1975 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 62 del 5 marzo 1975.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;
udito nell'udienza pubblica dell'11 maggio 1977 il Giudice relatore Leopoldo Elia;
adito il sostituto avvocato generale dello Stato Renato Carafa, per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto:
1. - Sacchetti Gino conveniva innanzi al tribunale di Modena Corradi Giorgio, titolare della ditta Seriscrecn corrente in Carpi ed operante nel campo delle pellicole rifrangenti per segnaletica stradale, e, premesso che egli nel corso del rapporto di lavoro con il detto Corradi aveva elaborato una nuova formula idonea a consentire la produzione di pellicole di elevata e particolare capacità rifrangente, chiedeva che il medesimo fosse condannato nei suoi confronti al pagamento di un premio commisurato all'importanza dell'invenzione.
Il convenuto eccepiva incompetenza del giudice adito, dovendo la controversia essere invece sottoposta al collegio arbitrale previsto dall'art. 25, primo comma, del r.d. 29 giugno 1939, n. 1127, recante: "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali".

Il tribunale, rilevato che, secondo la costante giurisprudenza, il collegio arbitrale di cui all'art. 25, primo comma, r.d. n. 1127 del 1939 citato è competente non solo in ordine alle questioni inerenti al quantum sibbene anche in ordine a quelle relative all'*an*, che l'istituto è qualificato dalla giurisprudenza come arbitrato obbligatorio e necessario, sollevava questione di costituzionalità relativamente alla norma suddetta, dubitando contrastasse con quanto dispongono gli articoli 24, primo comma, 25, primo comma, 102, primo comma, della Costituzione.

Il collegio arbitrale in discussione non potrebbe qualificarsi giudice speciale, essendo composto di privati ed esercitando solo occasionalmente le sue funzioni. La sua competenza esclusiva in materia di premi conseguenti ad invenzioni elaborate nel corso di rapporto di lavoro verrebbe allora a contrastare con i principi del giudice naturale sanciti dall'articolo 25, primo comma, della Costituzione. La circostanza poi che i componenti del collegio arbitrale vendono nominati dopo che la controversia è insorta sarebbe incompatibile con il principio di precostituzione del giudice per legge stabilito dalla medesima disposizione.

Sarebbe poi violato l'art. 102, primo comma, della Costituzione, dato che la esclusiva competenza in materia viene attribuita ad organo non composto da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme dell'ordinamento giudiziario. La impossibilità nel procedimento arbitrale di chiedere ed ottenere provvedimenti cautelari, la limitata possibilità di impugnare la sentenza arbitrale medesima costituirebbero infine elementi tali da indurre a dubitare seriamente circa la idonea tutela del diritto di agire.

2. - Interveniva nel giudizio innanzi a questa Corte il Presidente del Consiglio dei ministri rappresentato dall'Avvocatura dello Stato il quale chiedeva si pronunziasse sentenza di rigetto. Dovrebbe escludersi la pertinenza del richiamo al divieto di istituire giudici speciali contenuto nell'art. 102 della Costituzione, non potendosi considerare l'arbitrato obbligatorio una forma di giurisdizione speciale. Tale arbitrato, d'altra parte, finirebbe con il convogliare le controversie nell'ambito della giurisdizione ordinaria, attraverso il controllo in sede di omologazione, attraverso l'impugnazione per nullità ed attraverso il possibile intervento della Corte suprema n sede di ricorso avverso le sentenze pronunziate su tale impugnativa.

Il collegio arbitrale, inoltre, dovrebbe considerarsi, come organo, precostituito rispetto alle singole regiudicande che insorgono, anche se la nomina dei componenti avviene successivamente; dovrebbe quindi essere esclusa ogni violazione dell'art. 25, primo comma, della Costituzione, così come interpretato costantemente dalla Corte costituzionale.

Poiché, infine, il diritto di agire, secondo l'insegnamento della stessa Corte costituzionale, potrebbe essere diversamente regolato in rapporto ai diversi tipi di procedimento, le particolari caratteristiche del processo arbitrale non comporterebbero una violazione della norma costituzionale che lo tutela.

Nell'udienza di discussione l'Avvocatura dello Stato si riportava all'atto di intervento.

Considerato in diritto:

1. - Questa Corte esamina per la prima volta una questione di legittimità costituzionale in tema di arbitrato rituale obbligatorio o necessario, e la esamina sulla base di una ordinanza di rimessione che (con compiutezza di riferimenti alle norme costituzionali - parametro) ha indicato la possibilità di contrasto tra l'art. 25, primo

comma, del r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 e gli artt. 24, primo comma, 25, primo comma, e 102, primo comma, della Costituzione.

Né potrebbe contestarsi la rilevanza della questione sollevata, poiché, secondo la costante giurisprudenza della Corte di cassazione, il collegio arbitrale previsto dal citato art. 25, primo comma, del r.d. n. 1127 del 1939 è competente a decidere le controversie non soltanto sul quantum, ma anche sull'an, vale a dire su qualsiasi controversia giuridica inerente al compenso spettante al dipendente inventore.

La questione, per ciò che concerne il contrasto della norma impugnata con il combinato disposto degli artt. 24, primo comma, e 102, primo comma, Cost., deve ritenersi fondata.

Infatti, se la Costituzione garantisce ad ogni soggetto il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, ne deriva che, fuori delle ipotesi previste dall'art. 103 Cost., tale diritto deve potersi esercitare dinanzi agli organi giudiziari ordinari. Ciò non toglie che, "rispetto ad una o anche a più controversie determinate o determinabili, i soggetti possono esercitare un potere di disposizione che è strettamente collegato al potere di azione, seppure non ne è addirittura un aspetto e uno svolgimento" convenendo con una controparte di deferire una o più questioni al giudizio di un arbitro o di un collegio arbitrale (sent. n. 35 del 1958).

In altre parole, a seguito del congiunto disposto degli articoli 24, primo comma, Cost. (diritto di azione in giudizio e correlativo esercizio, costituzionalmente garantiti) e 102, primo comma, Cost. (riserva della funzione giurisdizionale ai giudici ordinari, salve le eccezioni di cui all'articolo seguente), il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, primo comma, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, primo comma, Cost. Ciò corrisponde al criterio di interpretazione sistematica del testo costituzionale (nel quale la portata di una norma può essere circoscritta soltanto da altre norme dello stesso testo o da altre ancora ad esse parificate); e corrisponde anche alla garanzia costituzionale dell'autonomia dei soggetti (sottolineata con particolare vigore nella sent. n. 2 del 1963 di questa Corte), autonomia, che, mentre ad altro proposito è tutelata dagli artt. 41-44 Cost., nella materia che ne occupa e per le situazioni di vantaggio compromettibili è appunto garantita dall'art. 24, primo comma, della Costituzione.

Sicché la "fonte" dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa: ed il principio fissato nell'art. 806, primo comma, (prima parte), del codice del rito civile ("Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra loro insorte..."), assume il carattere di principio generale, costituzionalmente garantito, dell'intero ordinamento.

Questa interpretazione ha un chiarissimo riscontro nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, ed in particolare nelle dichiarazioni del Presidente della Commissione incaricata di preparare il progetto di Costituzione, il quale ebbe a distinguere nettamente la sorte dei collegi da riconoscere come vere e proprie giurisdizioni speciali da quella degli arbitrati "in materia civile, che si formano per volontà delle parti, e si basano su loro facoltà e sul loro diritto, che non può essere disconosciuto" (A.C. pag. 2339, seduta del 21 novembre 1947). Dunque o giurisdizioni speciali (quando sia possibile ravvisarne l'esistenza) oppure

arbitrato volontario o facoltativo, fondato sulla libera opzione delle parti: non si dà spazio per un terzo tipo di deroga al principio dell'unità della giurisdizione, e cioè per gli arbitrati imposti dalla legge.

Questa conclusione, suggerita dai lavori preparatori, trova saldo fondamento nel testo stesso della Carta costituzionale ed è avvalorata dall'art. 6, primo comma, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848.

2. - La legittimità costituzionale degli arbitrati obbligatori o necessari è stata sostenuta, più o meno esplicitamente, con la ragione del "coinvogliamento" dell'arbitrato rituale obbligatorio nonché di quello volontario, secondo lo schema di disciplina contenuto negli artt. 806 e segg. c.p.c., nell'ambito del giudizio ordinario attraverso l'impugnazione di nullità, oltreché attraverso il controllo in sede di decreto di omologazione.

Senonché la opinione del coinvogliamento, dominante nella giurisprudenza e prevalente in dottrina, appare fondata su un equivoco: e cioè sulla circostanza che leggi, corti e giuristi tendono a fornire, entro certi limiti, talune garanzie fondamentali (quella del contraddittorio in primo luogo) anche alle parti che, in base a clausola compromissoria o a compromesso, scelgono la via della giustizia arbitrale, intendendo di avvalersi del lodo con gli effetti propri della decisione giurisdizionale. Ma ciò non toglie che, malgrado l'exequatur del giudice statale, l'attività degli arbitri non sia fungibile con quella del giudice togato: o meglio, risulti pur sempre irriducibile ad essa, anche se l'ordinamento, rispettoso dell'autonomia dei soggetti per le materie compromettibili, opera ex post assimilazione delle decisioni nella loro efficacia ed i giudici statali, una volta consumatasi la scelta delle parti, considerano valida l'eccezione di incompetenza fondata sulla clausola compromissoria o sul compromesso.

In effetti, chi consideri la differenza dei poteri attribuiti ai giudici ed agli arbitri (fanno difetto a questi ultimi quelli coercitivi e quelli cautelari) non può restringere le conseguenze della scelta favorevole all'arbitrato soltanto alla celerità del giudizio, anche in conseguenza della limitazione del contraddittorio, o alle maggiori probabilità di approfondimento degli aspetti tecnici di una questione: salvo a considerare la decisione arbitrale come avulsa dall'attività che la precede, è innegabile che essa rappresenta il risultato di un procedimento che si svolge al di fuori del regime della sovranità statuale. Ed è inutile richiamare i margini di giudizio piuttosto ristretti in cui si muovono il giudice che omologa il lodo ed i giudici investiti a seguito della impugnazione per nullità prevista dall'art. 829 del codice di procedura civile. Né del resto si potrebbero ravvicinare troppo i due tipi di procedimento, senza mettere a rischio il significato, l'originalità e l'utilità stessa della giustizia per arbitri.

È necessario riconoscere che il costituente ha voluto tutelare la concentrazione della funzione giurisdizionale sia nei confronti delle giurisdizioni speciali sia contro altri congegni di sostanziale svuotamento. Sarebbe stato del resto contraddittorio richiedere il ricorso al procedimento di revisione costituzionale per l'istituzione di nuove giurisdizioni speciali e consentire nello stesso tempo che con nuove leggi ordinarie si potessero sottrarre sistematicamente al giudice statuale intere serie di controversie; di guisa che fosse più facile erodere l'unità della giurisdizione con l'istituzione di arbitrati obbligatori ex lege anziché con la creazione di nuovi giudici speciali.

Tanto ciò è vero che l'art. 47 del nuovo capitolato generale di appalto per le opere pubbliche di competenza del Ministero dei lavori pubblici (approvato con d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063) contiene una normativa che consente sia alla parte attrice che alla parte convenuta di escludere la competenza arbitrale. Si è così affermata, anche su questo piano, la necessità di tutelare l'autonomia delle parti.

D'altro lato la legge sul nuovo processo del lavoro (artt. 4 e 5 della legge 11 agosto 1973, n. 533), mentre consente arbitrati rituali e irrituali nelle già precluse controversie di cui all'art. 409 c.p.c., prescrive che ciò avvenga, in sede di contratti e accordi collettivi "senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria".

Comunque, a seguito del carattere rigido della Costituzione, la legge ordinaria od altri atti autoritativi possono soltanto predisporre, non già disporre gli arbitrati tra le parti.

Spetterà al legislatore, con la previsione di procedure preliminari di carattere amministrativo (sent. n. 62 del 1968), con la istituzione di sezioni specializzate presso gli organi giudiziari ordinari (art. 102, secondo comma, Cost.) e con altri modi di intervento non contrastanti con la Costituzione, di ovviare agli eventuali inconvenienti cui si è inteso di far fronte con l'imposizione di arbitrati ex lege.

3. - La questione di legittimità dell'art. 25, primo comma, del r.d. 29 giugno 1939, n. 1127, è senz'altro da ricomprendere nella più ampia questione della conformità a Costituzione degli arbitrati obbligatori o necessari, poiché, secondo costante giurisprudenza, il collegio arbitrale in esso previsto non potrebbe mai considerarsi una giurisdizione speciale.

Si tratta, anzi, di un arbitrato tra privati particolarmente incongruo, in quanto si applica ad una situazione che può degenerare dall'esercizio di un diritto di prelazione dell'imprenditore ad una effettiva espropriazione a favore di un privato: correndo il rapporto giuridico, che dà occasione all'arbitrato obbligatorio, tra due soggetti di forza economica assai diversa. Mentre, come è noto, la giustizia per arbitri dà risultati particolarmente soddisfacenti quando le parti si trovino in posizione di relativo equilibrio.

È anche opportuno rilevare che, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, si è creata tra le due disposizioni dell'art. 25 del r.d. n. 1127 del 1939 una rilevante disarmonia: poiché nell'ipotesi prevista dal secondo comma dell'articolo (se l'inventore è un dipendente di Amministrazione statale...), la deliberazione del Ministro, che in luogo del collegio di arbitri, provvede a stabilire il premio, il canone o il prezzo e le relative modalità, non può più considerarsi insindacabile, ma risulta senz'altro e senza limiti impugnabile a norma dell'art. 113 Cost. (la inderogabilità dei rimedi giurisdizionali è riaffermata anche nella citata sent. n. 62 del 1968). Questa interpretazione è poi confermata dal testo dell'art. 34 dello Statuto per gli impiegati civili (approvato con d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3), il quale, a proposito dei diritti derivanti da invenzione industriale del dipendente statale, non dichiara insindacabile il decreto ministeriale che stabilisce il premio, il canone o il prezzo e le relative modalità di corresponsione. Se dunque l'arbitrato previsto nel primo comma dell'art. 25 non avesse carattere facoltativo, vi sarebbe, nel rapporto tra l'imprenditore e il dipendente, tenuto pur conto della impugnazione per nullità, una comparativamente attenuata tutela giurisdizionale.

Risulta superfluo, a questo punto, l'esame della censura in ordine all'art. 25, primo comma, della Costituzione.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE
dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, primo comma, del r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 (Testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali) nella parte in cui non riconosce la facoltà dell'inventore e del datore di lavoro di adire l'autorità giudiziaria ordinaria.
Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 4 luglio 1977.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 14 LUG. 1977.

Corte Costituzionale, 09/05/1996, n. 152

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE
composta dai signori:
- Avv. Mauro FERRI Presidente
- Prof. Luigi MENGONI Giudice
- Prof. Enzo CHELI "
- Dott. Renato GRANATA "
- Prof. Giuliano VASSALLI "
- Prof. Francesco GUIZZI "
- Prof. Cesare MIRABELLI "
- Prof. Fernando SANTOSUOSSO "
- Avv. Massimo VARI "
- Dott. Cesare RUPERTO "
- Dott. Riccardo CHIEPPA "
- Prof. Gustavo ZAGREBELSKY "
- Prof. Carlo MEZZANOTTE "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 16 della legge 10 dicembre 1981, n. 741 (Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche), promosso con ordinanza emessa il 27 aprile 1995 dalla Corte di cassazione sul ricorso proposto da Mortini Giovanni contro il Comune di Allerona, iscritta al n. 675 del registro ordinanze 1995 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 43, prima serie speciale, dell'anno 1995.

Udito nella camera di consiglio del 20 marzo 1996 il Giudice relatore Fernando Santosuosso.

Ritenuto in fatto

Nel corso di un processo civile tra il Comune di Allerona e l'impresa di Mortini Giovanni, la Corte di cassazione, in sede di regolamento di competenza, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 della legge 10 dicembre 1981, n. 741 (Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche), in riferimento agli artt. 24 e 102 della Costituzione.

La Corte rimettente premette alcuni rilievi in ordine all'applicabilità, nel caso di specie, della norma in questione, conseguente al fatto che, essendo stato il contratto di appalto concluso tra le parti nel 1988, ossia prima che l'art. 64, comma 1, lettera c), della legge n. 142 del 1990 abrogasse una serie di disposizioni

contenute nel regio decreto 3 marzo 1934, n. 383 (Testo unico della legge comunale e provinciale), tra cui l'art. 294, il medesimo contratto è da ricomprendersi ancora sotto il predetto art. 294, benché successivamente abrogato, e perciò soggetto all'arbitrato.

Ciò posto, la Corte di cassazione, richiamate alcune precedenti sentenze proprie e della Corte costituzionale, osserva che l'art. 16 in questione, nel sostituire l'art. 47 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 (Approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici), ha istituito un vero e proprio arbitrato obbligatorio, rovesciando le regole di procedura che regolano normalmente tale istituto.

Nel caso specifico, infatti, - prosegue l'ordinanza - la competenza ordinaria è quella arbitrale, mentre la possibilità di derogare a tale criterio è consentita solo alla pubblica amministrazione e nel rispetto di determinate formalità. L'impossibilità per le parti, a seguito di scelta unilaterale, di adire il giudice ordinario determina, secondo la Corte rimettente, una limitazione che, ove posta con atti amministrativi, sarebbe risolubile tramite l'istituto della disapplicazione, ma che, ove posta con atto avente forza di legge, obbliga a sollevare questione di legittimità costituzionale.

Sotto il profilo della rilevanza, inoltre, la Cassazione ritiene che la stessa non sussisterebbe ove ci fosse una valida deroga alla competenza giudiziaria; ciò nonostante, anche in presenza di un generico richiamo alla normativa statale contenuto nel capitolato speciale, la deroga non risponderebbe al requisito della forma scritta, da ritenersi indispensabile per dimostrare l'effettiva volontà delle parti di compromettere in arbitri la risoluzione delle controversie tra loro insorte.

Considerato in diritto

1.- La Corte di cassazione sottopone a giudizio di costituzionalità la questione se l'art. 16 della legge 10 dicembre 1981, n. 741, che ha sostituito l'art. 47 del d.P.R. n. 1063 del 1962, nella parte in cui stabilisce che la competenza arbitrale non può essere derogata con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti, bensì solo con clausola inserita nel bando o invito di gara, oppure nel contratto in caso di trattativa privata, sia in contrasto con gli artt. 24 e 102 della Costituzione, prevedendo un caso di arbitrato obbligatorio nel quale la facoltà di scelta del giudice sarebbe rimessa solo ad un atto autoritativo della pubblica amministrazione appaltatrice, senza alcuna possibilità per il privato che partecipa alla gara o alla trattativa, di modificare tale scelta.

2.- La questione è fondata.

La Corte rimettente, adita in sede di regolamento di competenza, dopo aver ampiamente motivato sull'applicabilità alla fattispecie (contratto di appalto del 1988 per opere pubbliche) dell'art. 16 sopracitato, ha ritenuto di accogliere la richiesta di sollevare incidente di costituzionalità avanzata dal Procuratore generale basandosi sull'orientamento della giurisprudenza costituzionale relativo all'illegittimità dell'arbitrato obbligatorio, quello cioè che non trovi esclusivo fondamento nella libera scelta delle parti.

Richiamandosi, poi, alla sentenza n. 1458 del 1992 delle sezioni unite della stessa Corte, il giudice a quo osserva che, per quanto riguarda "le controversie nascenti dai contratti di appalto di opere pubbliche soggetti all'applicazione dell'art. 16 della legge n. 741 del 1981, la regola della competenza del giudice ordinario viene

rovesciata, nel senso che la competenza ordinaria in tale materia è quella arbitrale e non quella giudiziaria, e che tale regola può essere derogata soltanto in modi che non consentono alle parti - a seguito di unilaterale scelta - di adire il giudice. Infatti, nei casi di asta pubblica e licitazione privata la competenza del giudice è subordinata all'unilaterale iniziativa dell'Amministrazione (la quale dovrebbe inserire una specifica disposizione nel bando di gara o nell'offerta a partecipare), iniziativa alla quale il contraente privato è meramente soggetto; nel caso di trattativa privata la norma prevede l'inserimento nel contratto di apposita clausola derogatoria della competenza arbitrale, il che comporta che, in mancanza di accordo delle parti, tale competenza non può essere derogata".

3.- Va premesso che, nella sua formulazione originaria, l'art. 47 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 (Approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici), stabiliva che la parte attrice aveva facoltà di escludere la competenza arbitrale, proponendo la domanda davanti al giudice ordinario, e che la parte convenuta nel giudizio arbitrale aveva, a sua volta, facoltà di escludere tale competenza. Più precisamente, nonostante che il capitolato, il bando o il contratto prevedessero il deferimento delle controversie a collegio arbitrale, era attribuita alla parte attrice la facoltà "di escludere la competenza arbitrale, proponendo la domanda davanti al giudice competente a norma delle disposizioni del codice di procedura civile", e "la parte convenuta nel giudizio arbitrale" aveva "facoltà, a sua volta, di escludere la competenza arbitrale" entro 30 giorni dalla notifica della domanda di arbitrato, notificando "la sua determinazione all'altra parte", la quale, ove intendesse "proseguire il giudizio", doveva "proporre domanda al giudice competente" a norma del medesimo codice di procedura civile.

Nella sentenza n. 127 del 1977 di questa Corte, mentre si menzionava il sistema del citato art. 47 come una ipotesi in cui si tutelava l'autonomia delle parti in modo coerente coi principi deducibili dalle norme costituzionali, veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale della diversa norma che, in tema di brevetti, non prevedeva la libera facoltà dell'inventore o del datore di lavoro di adire il giudice ordinario. Si riaffermava in particolare che l'intenzione del Costituente era stata quella di tutelare la concentrazione della funzione giurisdizionale, per cui, a seguito del congiunto disposto degli artt. 24, primo comma, e 102, primo comma, della Costituzione, il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi solo nella libera scelta delle parti e non nella legge o, più generalmente, in una volontà autoritativa.

4.- Tali affermazioni facevano seguito ad altre due pronunce di questa Corte: con una prima decisione (sentenza n. 35 del 1958) la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 8 della legge regionale siciliana recante "Modifiche alla legge regionale 2 agosto 1954, n. 32", approvata il 4 luglio 1957 in quanto, con l'affidare al giudizio di un collegio arbitrale composto in modo predeterminato dalla legge una serie di controversie, la norma veniva a "sottrarre preventivamente ed in via generale tutte le controversie concernenti i rapporti in certe materie alla sfera di competenza delle autorità giurisdizionali"; con la sentenza n. 2 del 1963, mentre si riconosceva la legittimità dell'arbitrato secondo la disciplina del codice di procedura civile, veniva affermato che "è la scelta compiuta dalle parti che produce lo spostamento di competenza dal giudice del procedimento ordinario a quello del procedimento di impugnativa del lodo, non il comando di una legge elusivo di una aspettativa maturata, o quello di un organo dello Stato al quale la stessa legge ha conferito la corrispondente potestà".

L'illegittimità costituzionale della imposizione autoritativa del ricorso all'arbitrato è stata ribadita successivamente da numerose sentenze di questa Corte (n. 54 del 1996; nn. 493, 232, 206, 49 del 1994; n. 488 del 1991). In una di queste pronunce (sentenza n. 232 del 1994) si è anche ritenuto non conforme ai principi costituzionali il rinvio della controversia ad una commissione arbitrale predeterminata direttamente dalla legge.

5.- Con la disposizione impugnata (art. 16 della legge 10 dicembre 1981, n. 741), l'originaria formulazione dell'art. 47 del Capitolato disciplinato dal citato d.P.R. n. 1063 del 1962 è stata sostituita, stabilendosi che la competenza arbitrale, prevista dagli articoli 43 e seguenti, "può essere esclusa solo con apposita clausola inserita nel bando o invito di gara, oppure nel contratto in caso di trattativa privata".

Siffatta nuova formulazione dell'art. 47, collegata con le disposizioni degli articoli precedenti, prevede un sistema declinatorio della competenza arbitrale che non si sottrae alla censura di incostituzionalità, in quanto sostanzialmente conferma la natura obbligatoria dell'arbitrato, ritenuta illegittima dalla costante giurisprudenza di questa Corte.

In effetti, va in primo luogo osservato che il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione riguardo alla deroga alla competenza arbitrale - pur a fronte di un rinvio ricognitivo al Capitolato generale presente nel bando di gara - o l'inserimento di una clausola compromissoria nella proposta di appalto a trattativa privata, attribuiscono, di fatto, alla sola pubblica amministrazione la scelta in favore della competenza arbitrale, che la controparte, se vuole partecipare alla gara, è tenuta ad accettare.

In altri termini, esigendosi l'accordo delle parti per derogare alla competenza arbitrale, si rimette pur sempre alla volontà della sola parte che non voglia tale accordo derogatorio, l'effetto di rendere l'arbitrato concretamente obbligatorio per l'altro soggetto che non l'aveva voluto. Sarebbe infatti sufficiente la mancata intesa sulla deroga della competenza arbitrale per vanificare l'apparente facoltatività bilaterale dell'opzione.

L'arbitrato può invece ritenersi non obbligatorio quando - come prevedeva l'originaria formulazione dell'art. 47 - anche dopo l'aggiudicazione dell'appalto e fino alla nomina degli arbitri per la decisione sull'insorta controversia, sia consentita la facoltà, all'una o all'altra parte del rapporto, di scegliere ancora la competenza ordinaria.

Risulta pertanto evidente il contrasto della norma impugnata con gli invocati parametri costituzionali in quanto questa, con il prevedere che la competenza arbitrale può essere derogata solo con una clausola inserita nel bando o invito di gara oppure nel contratto nel caso di trattativa privata, finisce con il rendere obbligatorio l'arbitrato, in spregio al principio, più volte ribadito, secondo cui solo a fronte della concorde e specifica volontà delle parti (liberamente formatasi) sono consentite deroghe alla regola della statualità della giurisdizione.

Lo stesso legislatore, d'altronde, ha dimostrato recentemente di cercare giuste soluzioni al problema perché, nel regolare ex novo la materia degli appalti pubblici (con la legge 11 febbraio 1994, n. 109), aveva previsto (all'art. 32) che la competenza sulle controversie fosse attribuita al giudice ordinario, con esplicito divieto di deferire la controversia agli arbitri; successivamente, con il decreto-legge 3 aprile 1995, n. 101, convertito in legge con l'art. 1, comma 1, della legge 2 giugno 1995, n. 216, la competenza arbitrale è stata nuovamente introdotta, però con il richiamo della disciplina contenuta al riguardo nel codice di procedura civile. La legislazione potrebbe ancora evolversi tenendo conto, oltre che del coordinamento con la legislazione

comunitaria, del principio essenziale della effettiva libera volontà di ciascuna parte sulla scelta della competenza nei casi in cui il contratto sia predisposto dalla pubblica amministrazione.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE
dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 della legge 10 dicembre 1981, n. 741 (Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche), che ha sostituito l'art. 47 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, nella parte in cui non stabilisce che la competenza arbitrale può essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti.
Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 2 maggio 1996.
Depositata in cancelleria, il 9 maggio 1996.

CAPITOLO VI
L'ARBITRABILITÀ DEI DIRITTI

Cassazione civile sez. VI, 28/09/2020, n. 20462

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. ACIERNO Maria - Presidente -
Dott. DI MARZIO Mauro - Consigliere -
Dott. TERRUSI Francesco - rel. Consigliere -
Dott. VELLA Paola - Consigliere -
Dott. DOLMETTA Aldo Angelo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso iscritto al n. 25461-2019 R.G. proposto da:
NUOVO CONSORZIO DI COSTRUZIONE CALEGNA B5 COMPARTO A DI GAETA, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ANGELONI 4, presso lo studio dell'avvocato FRANCESCO FALZONE, rappresentato e difeso dall'avvocato GIOVANNI DI BERNARDO;
- ricorrente -

contro
CO.LA.CO. - COOPERATIVA LAZIO COSTRUZIONI SOCIETA' COOPERATIVA, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA PIEMONTE 26, presso lo studio dell'avvocato MARIA ANTONELLA MERCURIO, rappresentata e difesa dall'avvocato NICOLA FRANZESE;
- resistente -

per regolamento di competenza avverso la sentenza n. 1583/2019 del TRIBUNALE di LATINA, depositata il 25/06/2019;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 22/07/2020 dal Consigliere Relatore Dott. TERRUSI FRANCESCO;
lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DE AUGUSTINIS UMBERTO, che conclude per il rigetto del ricorso in quanto infondato.

FATTI DI CAUSA

Con sentenza in data 25-6-2019 il tribunale di Latina, premesso che la società Cooperativa Lazio Costruzioni (*breviter* Co.La.Co), agendo in opposizione a un decreto ingiuntivo notificatole dal Nuovo Consorzio Calegna B5 Comparto A di Gaeta (*hinc* Consorzio) per oneri consortili impagati, aveva eccepito l'incompetenza in favore degli arbitri in base a una clausola compromissoria inserita nell'art. 22 dello statuto consortile, ha declinato la propria competenza e ha adottato le statuizioni conseguenti.
Contro la sentenza il Consorzio ha proposto ricorso per regolamento di competenza.
La cooperativa ha replicato con controricorso.
Il Consorzio ha depositato una memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

I. - Il tribunale, per quanto in effetti rileva, ha accertato che il Consorzio non era stato costituito in forma societaria e che il suo oggetto era quello di "utilizzare i terreni dei singoli consorziati a scopo edificatorio", per costruire abitazioni civili non di lusso e commerciali e per realizzare il piano particolareggiato della località "Calegna", con ripartizione dei costi di urbanizzazione tra i soggetti attuatori dell'intero comprensorio. Ha quindi disatteso la prospettata tesi dell'invalidità della clausola compromissoria richiamando l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui non è applicabile al consorzio con attività esterna, non costituito in forma societaria, il D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, dal momento che la funzione tipica del consorzio è quella di produrre beni o servizi necessari alle imprese consorziate e almeno tendenzialmente destinati a essere assorbiti dalle stesse. Donde ha infine ritenuto la controversia validamente devolvibile in arbitrato secondo l'art. 22 dello statuto, che recita: "Qualunque controversia inerente al patto consortile, o da esso dipendente, che possa sorgere tra il Consorzio e gli aderenti, ovvero tra gli aderenti tra loro, sarà deferita al giudizio di tre arbitri, di cui i primi due eletti dalle parti in contestazione ed il terzo eletto d'accordo tra i primi due ed, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale di Latina".
II. - Secondo il ricorrente la decisione sarebbe errata:
(i) per "l'incostituzionalità della clausola compromissoria" in violazione degli artt. 24 e 102 Cost. e conseguente improcedibilità dell'arbitrato;
(ii) perché l'obbligazione oggetto del giudizio non sarebbe "interna" e non troverebbe "la sua fonte nel rapporto consortile regolato dallo "Statuto", bensì sarebbe "esterna" e trarrebbe origine dalla convenzione sottoscritta dalla Co.La.Co. con il comune di Gaeta per la concessione del diritto di superficie su lotti di terreno esterni al consorzio;

(iii) perché infine i diritti coinvolti nella causa avrebbero natura indisponibile così da non poter formare oggetto di arbitrato.

Nessuna di tali censure può trovare accoglimento.

III. - La prima è manifestamente infondata.

Essa si basa sulla considerazione per cui sarebbe stato adottato dal comune di Gaeta "uno schema di statuto" senza il consenso dei soggetti aderenti, costretti alla sottoscrizione dell'atto per poter partecipare all'attuazione del piano particolareggiato.

Tale considerazione è irrilevante oltre che assertiva.

È sufficiente osservare che, per ammissione del ricorrente, la clausola era stata deliberata dal comune al momento di istituire il Consorzio. La delibera comunale, previdente la costituzione di un consorzio urbanistico (per quanto riservato a soggetti privati), costituisce valida fonte della regolamentazione statutaria. E l'adesione dei soggetti privati al consorzio implica di per sé la volontaria adesione a tutte le clausole dello statuto.

IV. - La seconda censura si incentra sull'altrettanto infondata affermazione che la fonte dell'obbligazione, che ha determinato il credito ingiunto per oneri di urbanizzazione primaria, non avrebbe natura contrattuale-statutaria ma extra-consortile.

Il rilievo non è condivisibile poiché la controversia riguarda il pagamento degli oneri, ed è quindi pacificamente correlata al contenuto della clausola statutaria, che per ampiezza copre "qualunque controversia inerente al patto consortile o da esso dipendente" che possa insorgere tra il Consorzio e gli aderenti.

In base all'accertamento di merito - sul punto non sindacato - il patto consortile era riferito alla realizzazione del piano particolareggiato della località "Calegna", con ripartizione dei costi di urbanizzazione tra i soggetti attuatori dell'intero comprensorio. Cosicché non può sostenersi che la controversia esulasse da quelle considerate dalla clausola.

V. - Anche il terzo profilo di censura è privo di fondamento.

Infatti i diritti, cui la controversia attiene, sono disponibili.

Sottolineare - come fatto da Consorzio - che il pagamento richiesto trova la sua fonte in un'obbligazione di natura sostanzialmente pubblica, che nasce automaticamente con l'approvazione da parte del comune del piano particolareggiato, non incide in alcun modo, poiché serve semplicemente a postulare che le norme, che regolano l'obbligazione, sono inderogabili.

Ove anche ciò fosse, non può e non deve tuttavia confondersi l'area della inderogabilità delle norme, che gli arbitri devono applicare per risolvere la controversia, con l'area della indisponibilità del diritto controverso.

In questa prospettiva deve essere difatti affermato il principio per cui l'inderogabilità delle norme, che eventualmente attinga la disciplina dell'obbligazione, rende semplicemente ammissibile l'impugnazione della decisione arbitrale per errore in iudicando - anche ove le parti non l'abbiano stabilita ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 3 -, ma non incide affatto sulla disponibilità del diritto di credito.

VI. - In conclusione deve essere confermata la valutazione del tribunale di Latina e dichiarata la competenza arbitrale.

Le spese processuali relative al regolamento possono essere compensate, attesa la difficoltà della questione da ultimo agitata, relativamente alla quale si registrano nella giurisprudenza della Corte pochi precedenti.
La natura impugnatoria del regolamento postula l'applicabilità del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater (ex aliis Cass. n. 11331-14).

P.Q.M.
La Corte dichiara la competenza arbitrale.
Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello relativo al ricorso, se dovuto.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 22 luglio 2020.
Depositato in Cancelleria il 28 settembre 2020

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 01/06/1999, Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV

Massima

1 Nei limiti in cui un giudice nazionale deve, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda siffatta se ritiene che tale lodo sia contrario all'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE). Infatti, da un lato, questo articolo costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno e, dall'altro, il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito da tale articolo possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla validità di un lodo arbitrale e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte.

2 Il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità di cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche nel caso in cui un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo ai sensi dell'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE), poiché il termine d'impugnazione fissato non rende eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

Parti

Nel procedimento C-126/97,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dallo Hoge Raad dei Paesi Bassi nella causa dinanzi ad esso pendente tra

Eco Swiss China Time Ltd

e

Benetton International NV,

domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 CE)

LA CORTE,

composta dai signori G.C. Rodríguez Iglesias, presidente, P.J.G. Kapteyn, J.-P. Puissochet, G. Hirsch e P. Jann, presidenti di sezione, G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida (relatore), C. Gulmann, J.L. Murray, D.A.O. Edward, H. Ragnemalm, L. Sevón e M. Wathelet, giudici,

avvocato generale: A. Saggio

cancelliere: H. von Holstein, cancelliere aggiunto

viste le osservazioni scritte presentate:
- per la Eco Swiss China Time Ltd, dagli avv.ti P.V.F. Bos e M.M. Slotboom, del foro di Rotterdam, e M.S.C. Conway, attorney-at-Law admitted to the District of Columbia and Illinois Bar;
- per la Benetton International NV, dagli avv.ti I. van Bael e P. L'Ecluse, del foro di Bruxelles, e H.A. Groen, del foro dell'Aia;
- per il governo olandese, dal signor M.A. Fierstra, consigliere giuridico aggiunto presso il Ministero degli Affari esteri, in qualità di agente;
- per il governo francese, dalle signore K. Rispal-Bellanger, vicedirettore per il diritto internazionale dell'economia e per il diritto comunitario presso la direzione «Affari giuridici» del Ministero degli Affari esteri, e R. Loosli-Surrans, chargé de mission presso la direzione medesima, in qualità di agenti;
- per il governo italiano, dal professor Umberto Leanza, capo del servizio del contenzioso diplomatico del Ministero degli Affari esteri, in qualità di agente, assistito dal signor I.M. Braguglia, avvocato dello Stato;
- per il governo del Regno Unito, dal signor J.E. Collins, Assistant Treasury Solicitor, in qualità di agente, assistito dal signor V.V. Veeder, QC;
- per la Commissione delle Comunità europee, dai signori C.W.A. Timmermans, direttore generale aggiunto, W. Wils e H. van Vliet, membri del servizio giuridico, in qualità di agenti,
vista la relazione d'udienza,
sentite le osservazioni orali della Eco Swiss China Time Ltd, rappresentata dagli avv.ti P.V.F. Bos, L.W.H. van Dijk e M. van Empel, del foro di Bruxelles, della Benetton International NV, rappresentata dagli avv.ti H.A. Groen e I. van Bael, del governo olandese, rappresentato dal signor M.A. Fierstra, del governo francese, rappresentato dalla signora R. Loosli-Surrans, del governo italiano, rappresentato dal signor I.M. Braguglia, del governo del Regno Unito, rappresentato dai signori S. Boyd, QC, e P. Stanley, barrister, e della Commissione, rappresentata dai signori C.W.A. Timmermans, W. Wils e H. van Vliet, all'udienza del 7 luglio 1998,
sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 25 febbraio 1999,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

Motivazione della sentenza

1 Con ordinanza 21 marzo 1997, pervenuta alla Corte il 27 marzo seguente, lo Hoge Raad dei Paesi Bassi ha proposto, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), cinque questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 CE).

2 Tali questioni sono state proposte nell'ambito di un ricorso presentato dalla Benetton International NV (in prosieguo: la «Benetton»), avente ad oggetto un'istanza di sospensione dell'esecuzione di un lodo arbitrale che la condannava a pagare alla Eco Swiss China Time Ltd (in prosieguo: la «Eco Swiss») danni e interessi per l'inadempimento di un contratto di licenza concluso con quest'ultima. La Benetton motivava

il ricorso sostenendo che detto lodo era contrario all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 1065, n. 1, lett. e), del Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (in prosieguo: il «codice di procedura civile») a motivo della nullità del contratto di licenza alla luce dell'art. 85 del Trattato.

La legislazione nazionale

3 L'art. 1050, n. 1, del codice di procedura civile dispone:

«Un lodo arbitrale non può essere impugnato dinanzi ad arbitri, salva diversa previsione contrattuale delle parti».

4 L'art. 1054, n. 1, di detto codice recita:

«Il collegio arbitrale decide secondo le regole di diritto».

5 L'art. 1059 dello stesso codice prevede:

«1. Solo un lodo arbitrale definitivo che decide integralmente o parzialmente la causa può acquisire autorità di cosa giudicata. Esso acquista tale autorità dal momento in cui è stato pronunciato.

2. Tuttavia se, in base all'accordo delle parti, un lodo definitivo che decide integralmente o parzialmente la causa può essere impugnato dinanzi ad arbitri, esso acquista autorità di cosa giudicata a partire dalla data in cui è scaduto il termine per l'appello o, qualora l'appello sia stato proposto, a partire dalla data in cui è stata resa la decisione d'appello, se ed entro i limiti in cui la decisione pronunciata in primo grado è stata confermata».

6 Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale dei lodi arbitrali, l'art. 1064 del codice di procedura civile precisa:

«1. Contro un lodo arbitrale definitivo, che decide integralmente o parzialmente la causa, non appellabile dinanzi ad arbitri, o contro un lodo arbitrale definitivo che decide integralmente o parzialmente la causa, reso in un giudizio di appello dinanzi ad arbitri, è ammesso soltanto un ricorso giudiziario per nullità o per revocazione, secondo le disposizioni della presente sezione.

2. L'impugnazione per nullità è proposta dinanzi al Rechtbank, nella cui cancelleria deve essere depositato l'originale del lodo ai sensi dell'art. 1058, primo comma.

3. Una parte può proporre impugnazione per nullità a partire dal momento in cui il lodo ha acquistato autorità di cosa giudicata. Il diritto di agire si estingue tre mesi dopo la data di deposito del lodo nella cancelleria del Rechtbank. Tuttavia, se il lodo munito di formula esecutiva è notificato alla controparte, quest'ultima può, dopo lo spirare del termine di tre mesi di cui al numero precedente, proporre l'impugnazione per nullità entro i tre mesi successivi alla data della notifica.

4. L'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale interlocutorio può essere proposta soltanto unitamente all'impugnazione per nullità del lodo arbitrale definitivo che decide integralmente o parzialmente la causa.

(...)».

7 L'art. 1065 dello stesso codice prosegue:

«1. La nullità può essere pronunciata soltanto per uno o più dei seguenti motivi:

a) inesistenza di un valido compromesso arbitrale;

b) illegittima composizione del collegio arbitrale;

c) il collegio arbitrale non si è attenuto al suo compito;

d) il lodo non è stato sottoscritto o motivato secondo le disposizioni dell'art. 1057;

e) il lodo o il procedimento con cui è stato pronunciato è contrario all'ordine pubblico o al buon costume.

(...)

4. Il motivo di nullità previsto al precedente numero 1, lett. c), è inoperante se la parte che intende avvalersene ha partecipato al procedimento senza invocarlo, pur essendo consapevole del fatto che gli arbitri non si attenevano al loro compito».

8 Infine, l'art. 1066, nn. 1 e 2, del codice di procedura civile precisa che l'impugnazione per nullità non sospende l'esecuzione del lodo, ma che il giudice adito può, su domanda della parte più diligente e in presenza di validi motivi, sospendere l'esecuzione fino a che si sia pronunciato in via definitiva sull'impugnazione per nullità. La domanda di sospensione si fonda sul prevedibile annullamento del lodo arbitrale.

La causa principale

9 Il 1_ luglio 1986 la Benetton, con sede ad Amsterdam, concludeva un contratto di licenza della durata di otto anni con la Eco Swiss, con sede a Kowloon (Hong Kong) e la Bulova Watch Company Inc. (in prosieguo: la «Bulova»), con sede a Wood Side (New York). In base a tale contratto, la Benetton concedeva alla Eco Swiss il diritto di produrre orologi da polso e orologi in genere recanti la menzione «Benetton by Bulova», che potevano successivamente essere venduti dalla Eco Swiss e dalla Bulova.

10 Il contratto di licenza prevede, all'art. 26.A, che qualsiasi controversia o vertenza fra le parti sarà risolta mediante arbitrato secondo le regole del Nederlandse Arbitrage Instituut (Istituto olandese di arbitrato), e che gli arbitri designati applicheranno il diritto olandese.

11 Con lettera 24 giugno 1991 la Benetton risolveva il contratto a far data dal 24 settembre 1991, in anticipo di tre anni rispetto al termine inizialmente previsto. La Benetton, la Eco Swiss e la Bulova avviavano un procedimento arbitrale relativo a tale risoluzione.

12 Nel lodo del 4 febbraio 1993, denominato «Partial Final Award» (in prosieguo: il «PFA») e depositato nella stessa data presso la cancelleria del Rechtbank dell'Aia, gli arbitri ingiungevano alla Benetton di risarcire la Eco Swiss e la Bulova del pregiudizio subito a causa della risoluzione del contratto posta in essere dalla Benetton.

13 Poiché le parti non erano state in grado di raggiungere un accordo sull'ammontare dei danni e degli interessi che la Benetton doveva risarcire alla Eco Swiss e alla Bulova, gli arbitri, con un lodo del 23 giugno 1995 denominato «Final Arbitral Award» (in prosieguo: l'«FFA») e depositato il giorno 26 dello stesso mese presso la cancelleria del Rechtbank, ingiungevano alla Benetton di versare una somma di USD 23 750 000 alla Eco Swiss e di USD 2 800 000 alla Bulova, a titolo di risarcimento del danno subito dalle stesse. Il presidente del Rechtbank autorizzava l'esecuzione dell'FAA con ordinanza 17 luglio 1995.

14 Il 14 luglio 1995 la Benetton si rivolgeva al Rechtbank per ottenere la declaratoria di nullità del PFA e dell'FAA, facendo valere, in particolare, che tali lodi arbitrali erano contrari all'ordine pubblico a motivo della nullità del contratto di licenza alla luce dell'art. 85 del Trattato, sebbene né le parti né gli arbitri avessero sollevato, nell'ambito del procedimento arbitrale, la questione di un eventuale contrasto del contratto di licenza con tale disposizione.

15 Il Rechtbank rigettava la domanda con sentenza 2 ottobre 1996. La Benetton proponeva appello contro tale sentenza avanti al Gerechtshof dell'Aia, dinanzi al quale la causa è ancora pendente.

16 Con ricorso depositato il 24 luglio 1995 presso la cancelleria del Rechtbank, la Benetton chiedeva inoltre al giudice, in via principale, di sospendere l'esecuzione dell'FAA, e, in via subordinata, di ordinare alla Eco Swiss di prestare una cauzione.

17 Con ordinanza del 19 settembre 1995 il Rechtbank accoglieva solamente la domanda subordinata.

18 La Benetton proponeva appello contro tale ordinanza. Con ordinanza 28 marzo 1996 il Gerechtshof accoglieva per l'essenziale la domanda principale.

19 In effetti il Gerechtshof ha considerato che l'art. 85 del Trattato è una disposizione di ordine pubblico ai sensi dell'art. 1065, n. 1, lett. e), del codice di procedura civile, la cui violazione può provocare la nullità di un lodo arbitrale.

20 Tuttavia il Gerechtshof ha valutato che, nell'ambito dell'istanza di sospensione dell'esecuzione sottoposta al suo esame, non rientrasse nei suoi poteri verificare la conformità con l'art. 1065, n. 1, lett. e), di un lodo definitivo parziale qual è il PFA, per il motivo che la Benetton non aveva proposto, come richiesto dall'art. 1064, n. 3, del codice di procedura civile, un'impugnazione per nullità entro i tre mesi dal deposito di detto lodo presso la cancelleria del Rechtsbank.

21 Il Gerechtshof ha nondimeno considerato che rientrasse nei suoi poteri verificare la conformità dell'FAA con l'art. 1065, n. 1, lett. e), in particolare per ciò che riguarda l'incidenza dell'art. 85, nn. 1 e 2, del Trattato, sulla valutazione del pregiudizio, perché, a suo parere, la concessione di un risarcimento danni destinato a compensare il pregiudizio derivante dall'inadempimento colposo del contratto di licenza finirebbe con il dare esecuzione a detto contratto, mentre quest'ultimo sarebbe almeno parzialmente nullo ai sensi dell'art. 85, nn. 1 e 2, del Trattato. In effetti tale contratto avrebbe consentito alle parti di spartirsi il mercato, dal momento che la Eco Swiss non avrebbe più potuto vendere articoli d'orologeria in Italia e analogo divieto sarebbe ricaduto sulla Bulova per le vendite negli altri Stati che all'epoca erano membri della Comunità. Ora, come riconosciuto dalla Benetton e dalla Eco Swiss, il contratto di licenza non è stato notificato alla Commissione e non è coperto da un'esenzione di categoria.

22 Ritenendo che, nell'ambito dell'impugnazione per nullità, l'FAA potrebbe essere giudicato contrario all'ordine pubblico, il Gerechtshof decideva di accogliere l'istanza di sospensione dell'esecuzione nei limiti in cui questa si ricollega all'FAA.

23 La Eco Swiss proponeva ricorso in cassazione davanti allo Hoge Raad contro la decisione del Gerechtshof e la Benetton proponeva ricorso incidentale.

24 Lo Hoge Raad sottolinea che un lodo arbitrale è contrario all'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 1065, n. 1, lett. e), del codice di procedura civile, soltanto se il suo contenuto o la sua esecuzione viola una norma imperativa di natura così fondamentale che la sua osservanza non può essere impedita da alcuna restrizione di natura procedurale. Ora, a parere dello Hoge Raad, nel diritto olandese la semplice circostanza che il contenuto o l'esecuzione di un lodo arbitrale faccia venir meno l'applicazione di un divieto sancito dal diritto della concorrenza non è, in generale, considerata contraria all'ordine pubblico.

25 Riferendosi alla sentenza 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, Van Schijndel e Van Veen (Racc. pag. I-4705), lo Hoge Raad si chiede tuttavia se lo stesso valga quando, come nella causa di cui è investito, viene in considerazione una disposizione comunitaria. Lo Hoge Raad deduce da quest'ultima sentenza che l'art. 85 del Trattato non deve essere considerato come una norma di diritto imperativa di natura così fondamentale che la sua osservanza non può essere impedita da alcuna restrizione di natura procedurale.

26 Inoltre, poiché non è contestato che la questione di una eventuale nullità del contratto di licenza riguardo all'art. 85 del Trattato non è stata sollevata nel corso del procedimento arbitrale, lo Hoge Raad considera che gli arbitri sarebbero usciti dai limiti della lite se avessero esaminato e risolto tale questione. Ora, in quest'ultimo caso, il lodo arbitrale si sarebbe potuto dichiarare nullo, ai sensi dell'art. 1065, n. 1, lett. c), del codice di procedura civile, perché gli arbitri non si sarebbero attenuti al loro compito. Secondo lo Hoge Raad, le parti in causa non potrebbero più invocare una eventuale nullità del contratto di licenza per la prima volta nell'ambito dell'impugnazione per nullità.

27 Il giudice a quo afferma che siffatte regole procedurali sono giustificate dall'interesse generale all'efficace funzionamento del procedimento arbitrale e che esse non si applicano alle norme di diritto comunitario in maniera meno favorevole rispetto alle norme di diritto interno.

28 Tuttavia, lo Hoge Raad si chiede se i principi elaborati dalla Corte nella sentenza Van Schijndel e Van Veen, citata, s'impongano anche agli arbitri, in particolare per il motivo che, in conformità della sentenza 23 marzo 1982, causa 102/81, Nordsee (Racc. pag. 1095), un collegio arbitrale istituito in base a un contratto di diritto privato senza intervento delle autorità non può essere considerato come un giudice nazionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato, e dunque non può sottoporre questioni pregiudiziali in applicazione di tale disposizione.

29 Lo Hoge Raad rileva inoltre che, ai sensi del diritto processuale olandese, quando gli arbitri hanno definito una parte della controversia con un lodo interlocutorio che ha carattere di decisione definitiva, tale lodo ha autorità di cosa giudicata, e che, ove non sia stata presentata impugnazione per nullità dello stesso in tempo utile, la possibilità di proporre impugnazione per nullità di un successivo lodo arbitrale che sviluppa il lodo parziale è limitata dall'autorità di cosa giudicata. Lo Hoge Raad si domanda tuttavia se il diritto comunitario impedisca al Gerechtshof di applicare una regola procedurale del genere in una situazione nella quale, come nel caso di specie, il lodo arbitrale successivo, per la nullità del quale è stata proposta impugnazione in tempo utile, costituisca lo sviluppo di un lodo anteriore.

30 In base a tali presupposti, lo Hoge Raad ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) In quale misura i principi formulati dalla Corte di giustizia nella sua sentenza 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, Van Schijndel e Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (Racc. pag. I-4705), si applichino per analogia qualora, in una controversia avente per oggetto un contratto di diritto privato che non è risolta da un giudice nazionale, bensì da arbitri, le parti non invochino l'art. 85 del Trattato CE e qualora gli arbitri, in base alle norme di diritto processuale nazionale che sono tenuti ad osservare, non abbiano alcuna facoltà di applicare d'ufficio tale disposizione.

2) Se il giudice olandese, nonostante le norme di diritto processuale olandese descritte ai precedenti punti 4.2 e 4.4 (ai sensi delle quali una parte non può chiedere la declaratoria di nullità di un lodo arbitrale che per un numero limitato di motivi, tra cui rientra la contrarietà all'ordine pubblico, nella quale non è compresa, in generale, la semplice circostanza che il contenuto o l'esecuzione di un lodo arbitrale faccia venir meno l'applicazione di un divieto sancito dal diritto della concorrenza), debba accogliere una domanda volta a far dichiarare la nullità di un lodo arbitrale a causa di un contrasto di detto lodo con l'art. 85 del Trattato CE - domanda che risponde peraltro a quanto prescritto dalla legge - qualora egli consideri che l'asserito contrasto sussista effettivamente.

3) Se, nonostante le norme di diritto processuale olandese definite al precedente punto 4.5 (ai sensi delle quali gli arbitri hanno l'obbligo di non uscire dai limiti della lite e di attenersi al loro compito), il giudice sia tenuto a disporre in tal senso anche qualora nel procedimento arbitrale la questione dell'applicabilità dell'art. 85 del Trattato CE sia rimasta al di fuori dei limiti della controversia e gli arbitri non abbiano emesso quindi una decisione su tale questione.

4) Se in base al diritto comunitario si debba disapplicare la norma di diritto processuale olandese descritta al precedente punto 5.3 (per cui un lodo arbitrale interlocutorio che ha natura di decisione definitiva acquisisce l'autorità di cosa giudicata e non può, in linea di principio, essere oggetto di impugnazione per nullità trascorso il termine di tre mesi dal deposito di detto lodo presso la cancelleria del Rechtsbank), qualora ciò sia necessario per poter esaminare, nell'ambito dell'impugnazione per nullità diretta contro un successivo lodo arbitrale, se un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo interlocutorio rivestito di autorità di cosa giudicata, sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 85 del Trattato CE.

5) Oppure se, in un caso come quello descritto nella questione sub 4, si debba disapplicare il principio secondo cui non si può chiedere contemporaneamente che sia dichiarato nullo il lodo interlocutorio, nella misura in cui questo presenta le caratteristiche di una decisione definitiva, e che sia dichiarato nullo il lodo arbitrale successivo».

Sulla seconda questione

31 Nella seconda questione, che occorre esaminare per prima, il giudice a quo chiede in sostanza se un giudice nazionale, al quale è sottoposta l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale, debba accogliere tale ricorso qualora ritenga che tale decisione sia effettivamente contraria all'art. 85 del Trattato, anche se, in base alle norme di diritto processuale nazionale, non dovrebbe accogliere tale ricorso che per un numero limitato di motivi, tra i quali figura la contrarietà all'ordine pubblico, concetto nel quale non rientra, in linea generale, secondo il diritto nazionale applicabile, la semplice circostanza che il contenuto o l'esecuzione di un lodo arbitrale faccia venir meno l'applicazione di un divieto sancito dal diritto della concorrenza.

32 Innanzi tutto si deve richiamare l'attenzione sul fatto che, se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto comunitario, i giudici ordinari possono esaminarle, in particolare nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda dei casi, che spetta a loro in caso di appello, di opposizione, di exequatur, o di qualsiasi altra impugnazione o altra forma di controllo contemplata dalla normativa nazionale applicabile (v. sentenza Nordsee, citata, punto 14).

33 La Corte ha aggiunto, al punto 15 della sentenza Nordsee, citata, che spetta ai detti giudici nazionali controllare se si deve adire la Corte ai sensi dell'art. 177 del Trattato per ottenere l'interpretazione o la valutazione della validità delle disposizioni di diritto comunitario che essi devono applicare in sede di controllo giurisdizionale di un lodo arbitrale.

34 A tale riguardo, la Corte ha considerato, ai punti 10-12 della stessa sentenza, che un collegio arbitrale convenzionale non costituisce una «giurisdizione nazionale di uno Stato membro» ai sensi dell'art. 177 del Trattato perché per le parti contraenti non vi è alcun obbligo, né di diritto né di fatto, di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato e perché le autorità pubbliche dello Stato membro interessato non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato né sono chiamate a intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro.

35 Occorre osservare poi che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali rivesta un carattere limitato e che un lodo arbitrale possa essere dichiarato nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in casi eccezionali.

36 Tuttavia, l'art. 85 del Trattato costituisce, ai sensi dell'art. 3, lett. g), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, n. 1, lett. g), CE], una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno. L'importanza di una disposizione siffatta ha indotto gli autori del Trattato a prevedere espressamente al secondo paragrafo del Trattato che gli accordi e le decisioni vietati in virtù di tale articolo sono nulli di pieno diritto.

37 Ne consegue che, nei limiti in cui un giudice nazionale debba, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione del divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato.

38 Questa conclusione non viene rimessa in discussione dal fatto che la Convenzione di New York 10 giugno 1958, sul riconoscimento e sull'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri, ratificata da tutti gli Stati membri, prevede che soltanto determinati vizi possono giustificare un rifiuto di riconoscimento e di esecuzione di un lodo arbitrale, vale a dire il mancato rispetto o il superamento, da parte del lodo, dei termini della clausola compromissoria, il carattere non vincolante della decisione per le parti o la contrarietà del riconoscimento o dell'esecuzione della stessa con l'ordine pubblico del paese nel quale tale riconoscimento o tale esecuzione sono richiesti [art. 5, nn. 1, lett. c) ed e), e 2, lett. b), della Convenzione di New York].

39 In effetti, per le ragioni menzionate al punto 36 di questa sentenza, l'art. 85 del Trattato può essere considerato una disposizione di ordine pubblico ai sensi di detta convenzione.

40 Infine è importante ricordare che, come è stato rilevato al punto 34 di questa sentenza, gli arbitri, diversamente da un giudice nazionale, non possono chiedere alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale su questioni relative all'interpretazione del diritto comunitario. Ora, l'ordinamento giuridico comunitario ha manifestamente interesse, per evitare future divergenze di interpretazione, a che sia garantita un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate (sentenza 25 giugno 1992, causa C-88/91, Federconsorzi, Racc. pag. I-4035, punto 7). Ne consegue che, nella situazione oggetto della presente causa e diversamente dalla sentenza Van Schijndel

e Van Veen, citata, il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla validità di un lodo arbitrale e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte.

41 Si deve pertanto risolvere la seconda questione nel senso che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi su un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale deve accogliere tale domanda se ritiene che la decisione sia effettivamente in contrasto con l'art. 85 del Trattato, quando, ai sensi delle norme di procedura nazionali, deve accogliere un'impugnazione per nullità fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico.

Sulla prima e sulla terza questione

42 In considerazione della soluzione indicata per la seconda questione, non è necessario risolvere la prima e la terza questione.

Sulla quarta e sulla quinta questione

43 Nella quarta e nella quinta questione, che occorre esaminare insieme, il giudice di rinvio chiede, in sostanza, se in base al diritto comunitario vadano disapplicate le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito dell'impugnazione per nullità diretta contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto la cui validità giuridica è stata stabilita dalla decisione arbitrale interlocutoria sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 85 del Trattato.

44 Occorre ricordare che, ai sensi delle norme di procedura nazionali applicabili alla causa a qua, l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva può essere proposta nel termine di tre mesi e decorre dal deposito di tale lodo presso la cancelleria del giudice competente.

45 Un termine siffatto, che non sembra troppo breve in rapporto a quelli fissati negli ordinamenti giuridici degli altri Stati membri, non è tale da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

46 Inoltre si deve sottolineare che, allo spirare di tale termine, norme di procedura nazionali che limitano la possibilità di impugnare per nullità un lodo arbitrale successivo che sviluppa un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva per il motivo che quest'ultimo è rivestito dell'autorità di cosa giudicata si giustificano in virtù dei principi che stanno alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali il principio della certezza del diritto e quello del rispetto della cosa giudicata che ne costituisce l'espressione.

47 In tali condizioni, il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare siffatte norme, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 85 del Trattato.$

48 Si deve pertanto risolvere la quarta e la quinta questione nel senso che in base al diritto comunitario non si devono disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale

interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 85 del Trattato.

Decisione relativa alle spese

Sulle spese

49 Le spese sostenute dai governi olandese, francese, italiano e del Regno Unito, nonché dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Dispositivo

Per questi motivi,

LA CORTE,

pronunciandosi sulle questioni sottopostele dallo Hoge Raad dei Paesi Bassi con ordinanza 21 marzo 1997, dichiara:

1) Un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi su un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale deve accoglierla se ritiene che il lodo sia effettivamente in contrasto con l'art. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 CE), quando, ai sensi delle norme di procedura nazionali, deve accogliere un'impugnazione per nullità fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico.

2) In base al diritto comunitario non si devono disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 85 del Trattato.

Cassazione civile sez. VI, 16/04/2018, n. 9344

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - Presidente -
Dott. VALITUTTI Antonio - Consigliere -
Dott. DI MARZIO Mauro - rel. Consigliere -
Dott. MARULLI Marco - Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso iscritto al n. 26356-2016 R.G. proposto da:
G.F. & FIGLI SPA, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA POMPEO MAGNO 23/A presso lo studio dell'avvocato GIAMPIERO PROIA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato MAURIZIO PANIZ;
- ricorrente -

contro
MONTE PASCHI SIENA SPA, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GUIDO D'AREZZO 18, presso lo studio dell'avvocato PAOLO BERRUTI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato DANIELA SORGATO;

per regolamento di competenza avverso la sentenza n. 559/2016 del TRIBUNALI di BELLUNO, depositata il 11/10/2016;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 13/02/2018 dal Consigliere Dott. DI NIARZIO MAURO;
lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale SORRENTINO FEDERICO, che, visto l'art. 380 ter c.p.c., chiede che la Corte di Cassazione, in camera di consiglio, rigetti il regolamento di competenza avverso la pronunzia declinatoria del Tribunale di Belluno in favore della competenza arbitrale, con le conseguenze di legge.

RILEVATO IN FATTO CHE

1. G.F. & Figli S.p.A. ha proposto ricorso per regolamento di competenza, nei confronti di Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., contro la sentenza dell'U ottobre 2016 con cui il Tribunale di Belluno ha dichiarato il "difetto di giurisdi5zione" in relazione alle "domande relative ai contratti su prodotti derivati in ragione delle clausole compromissorie contenute all'art. 18, comma 2, dell'Accordo Quadro del 31.10.2006 e all'art. 27 dell'Accordo Quadro del 20.3.2009 conclusi tra le parti", disponendo per il prosieguo con riferimento alle rimanenti domande.

2. Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. ha resistito con controricorso.

La ricorrente ha depositato memoria.

Il Procuratore Generale ha concluso per il rigetto del regolamento di competenza.

CONSIDERATO IN DIRITTO CHE:

3. - Con il primo motivo la società ricorrente ha dedotto l'erroneità della statuizione di difetto di "giurisdizione", in luogo di quella di difetto di "competenza".

Con il secondo motivo la stessa società ha denunciato violazione delle regole di interpretazione del contratto, dovendosi le clausole compromissoria intendere riferite ai soli accordi quadro e "non anche ai singoli contratti in derivati che ne costituiscono l'esecuzione".

Con il terzo motivo, poi, G.F. & Figli S.p.A. ha dedotto la non compromettibilità della controversia in quanto vertente su diritti indisponibili, in relazione alla asserita nullità dei contratti per violazione dell'art. 21 del Tuf.

Con il quarto motivo la ricorrente ha lamentato l'erroneità del rigetto dell'eccezione di nullità per difetto di sottoscrizione dell'accordo quadro del 20 marzo 2009 e quindi della clausola compromissoria di cui all'art. 27.

Con il quinto motivo, infine, la stessa ricorrente ha fatto valere l'erroneità della statuizione di esclusione di ragioni di connessione con le separate domande rimaste alla cognizione del tribunale.

RITENUTO CHE:

4. - Il Collegio ha disposto l'adozione della modalità di motivazione semplificata.

5. - Il ricorso va respinto.

5.1. È infondato il primo motivo.

Ed invero, indubbia l'erroneità dell'impiego dell'espressione "giurisdizione", laddove la stessa decisione impugnata adotta altrove la formula "competenza arbitrale", in armonia con la previsione di cui all'art. 819 ter c.p.c., è nondimeno del tutto evidente che detto errore non ha influito sulla sostanza del provvedimento pronunciato, che del resto la stessa ricorrente ha inteso quale provvedimento declinatorio della competenza, impugnandolo per conseguenza con il regolamento.

5.2. - infondato il secondo motivo.

Ed invero, entrambe le clausole contenute nell'art. 18, comma 2, dell'accordo quadro del 31 ottobre 2006 e nell'art. 27 dell'accordo quadro del 20 marzo 2009 fanno riferimento alla compromettibilità di qualsiasi

controversia concernente non solo l'efficacia, la validità, la risoluzione e l'interpretazione dell'accordo, ma anche l'esecuzione dello stesso, esecuzione alla quale sono indubbiamente da ricondurre i singoli contratti di investimento, il che è d'altronde espressamente stabilito dalla seconda delle clausole menzionate, concernente "qualsiasi controversia che dovesse insorgere tra le parti in ordine alla interpretazione, validità ed esecuzione del presente accordo", con l'aggiunta: "nonché dei contratti specifici da esso regolati".
Sicché la lettura data dal Tribunale delle clausole in discorso è perfettamente ancorata all'inequivoco dato letterale.
5.3. l infondato il terzo motivo.
L'art. 806 c.p.c., individua per esclusione l'ambito dell'arbitrabilità, circoscritta alle controversie su diritti disponibili e non più, come in precedenza, a quelle (unitamente ad altre ipotesi specificamente elencate dal vecchio testo dell'art. 806) "che non possono forgiare oggetto di transazione", avuto essenzialmente riguardo alla previsione dell'art. 1966 c.c.. Il limite della disponibilità, è stato detto in dottrina, si fonda sulla stessa configurazione del giudizio arbitrale, dal momento che rimane, tra arbitro e giudice, una differenza fondamentale: il giudice decide per autorità propria, mentre l'arbitro deriva il suo potere dalle parti: è per tale motivo che per il giudice è del tutto irrilevante che le parti possano disporre della situazione sostanziale sottopostagli, mentre l'arbitro, derivando il suo potere da quello delle parti, non può decidere una controversia relativa a diritti sottratti alla disponibilità delle parti stesse. L'area della compromettibilità in arbitrato, che, alla luce della disposizione, è la regola, coincide dunque oggi con quella della disponibilità dei diritti. Dopo aver allora osservato che la disponibilità va commisurata al diritto oggetto della controversia, e non alle questioni che gli arbitri devono sciogliere in vista della decisione, suscettibili di essere affrontate con effetti *incidenter tantum*, essendo essi tenuti a sospendere il procedimento arbitrale solo se sorge questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione d'arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato (art. 819 - bis, comma 1, n. 2), occorre aggiungere, quanto al rapporto tra indisponibilità del diritto oggetto di controversia ed inderogabilità o imperatività della disciplina sostanziale che lo regola che, in dottrina, si ritiene in prevalenza che l'inderogabilità o imperatività della norma che regola il diritto, non renda automaticamente quest'ultimo indisponibile, rimanendo viceversa tenuti gli arbitri ad applicare la normativa cogente in materia prevista. Nello stesso senso, questa Corte ha affermato il principio a cui va data continuità secondo cui: "L'indisponibilità del diritto è il limite alla clausola compromissoria e non va confusa con l'inderogabilità della normativa applicabile al rapporto giudico, la quale non impedisce la compromissione in arbitrato, con il quale sl potrà accertare la violazione di norma imperativa, sena determinare con il lodo effetti vietati dalla legge" (Cass. 27 febbraio 2004, n. 3975, in motivazione).
Di qui l'infondatezza della censura in esame.
5.4. Il quinto motivo è infondato.
È sufficiente al riguardo richiamare il principio formulato dalle Sezioni Unite di questa Corte secondo cui: "Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servii di investimento, disposto dal D.Lgs. 21 febbraio 1998, n. 38, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore., non necessitando la sottoscrizione

anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti" (Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n 898).

5.4. Il quinto motivo è infondato.

Il primo periodo dell'art. 819 ter c.p.c., comma 1, nel prevedere che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice ordinario, implica in riferimento all'ipotesi in cui sia stata proposta una pluralità di domande, da un lato che la sussistenza della competenza arbitrale deve essere verificata con specifico riguardo a ciascuna di esse, non potendosi devolvere agli arbitri, o al giudice ordinario, l'intera controversia in virtù del mero vincolo di connessione, dall'altro che l'eccezione di incompetenza deve essere sollevata con specifico riferimento alla domanda o alle domande per le quali è prospettabile la dedotta incompetenza (così in motivazione Cass. 15 febbraio 2013, n. 3826), non potendosi quindi determinare alcuna automatica vis attractiva per ragioni di connessione.

6. - Le spese seguono la soccombenza. Sussistono i presupposti per il raddoppio del contributo unificato.

P.Q.M.

dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente al rimborso, in favore della controricorrente, delle spese sostenute per questo giudizio di legittimità, liquidate in complessivi Euro 3.600,00, di cui Euro 100,00 per esborsi ed il resto per compenso, oltre spese generali nella misura del 15% e quant'altro dovuto per legge, dichiarando ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 ("iter, che sussistono i presupposti per il versamento, a carico della parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Motivazione Semplificata.

Così deciso in Roma, il 13 febbraio 2018.

Depositato in Cancelleria il 16 aprile 2018

Cassazione civile sez. VI, 13/02/2017, n. 3744

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. RAGONESI Vittorio - Presidente -
Dott. CRISTIANO Magda - Consigliere -
Dott. GENOVESE Francesco Antonio - rel. Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -
Dott. ACIERNO Maria - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso per regolamento di competenza iscritto al n. R.G. 5159/2016 proposto da:
C.D., CA.MA., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA CHISIMAIO 29, presso lo studio dell'avvocato OLIVIA POLIMANTI, rappresentati e difesi dall'avvocato ANNA LAURA POSA giusta procura prodotta in atti;
- ricorrenti -

contro
BANCA POPOLARE DI ANCONA S.P.A.;
- intimata -

sulle conclusioni scritte del P.G. in persona del Dott. Sergio Del Core che così si esprime: "va dichiarato inammissibile o comunque rigettato il ricorso";
avverso la sentenza n. 25/2016 del TRIBUNALE di MACERATA, emessa V11/01/2016 e depositata il 12/01/2016;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 20/01/2017 dal Consigliere Relatore Dott. FRANCESCO ANTONIO GENOVESE;
per regolamento di competenza avverso la sentenza del Tribunale di Macerata del 12 gennaio 2016;
Udita, la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 20 gennaio 2017 dal Consigliere relatore Dott. Francesco Antonio Genovese;
lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DEL CORE Sergio.

FATTO E DIRITTO

Rilevato che i signori C.D. e Ca.Ma. (d'ora in avanti, solo: gli investitori) hanno proposto regolamento di competenza, con atto notificato il 12 febbraio 2016, avverso la sentenza del Tribunale di Macerata (comunicata a mezzo PEC il 13 gennaio 2016) con la quale, decidendo sulle domande proposte contro la Banca Popolare di Ancona SpA (d'ora in avanti, solo: la Banca), di restituzione delle somme e di risarcimento danni per l'investimento - operato nel marzo/maggio 1999 - nell'acquisto di obbligazioni emesse dalla Repubblica Argentina, ha dichiarato la "improponibilità" della domanda per essere la controversia devoluta agli arbitri rituali, per la previsione nel contratto quadro stipulato con la Banca (all'art. 13) di una clausola compromissoria, compensando tra le parti le spese processuali;

che avverso tale ordinanza hanno proposto ricorso per regolamento necessario di competenza i risparmiatori, deducendo che il Tribunale avrebbe deciso erroneamente, non avvedendosi che ai risparmiatori, qualificabili consumatori ai sensi dell'art. 3 cod. consumo di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, doveva applicarsi l'art. 33, dello stesso codice che consentirebbe di derogare alla competenza dell'AG solo dando la prova (altrimenti da intendersi raggiunta come contraria) di una specifica trattativa ed opportuna informazione tra le parti, pena la sua natura vessatoria e la conseguente nullità della clausola;

che la controparte non ha svolto difese in questa fase;

che nelle conclusioni scritte ai sensi dell'art. 380 ter c.p.c., il pubblico ministero ha concluso per la l'inammissibilità o il rigetto del ricorso;

Letta la memoria di parte ricorrente.

Considerato che il regolamento è ammissibile, perché proposto nei confronti di una sentenza affermativa della competenza arbitrale in ragione dell'esistenza di una clausola compromissoria contenuta nel contratto quadro stipulato tra i risparmiatori e la Banca (all'art. 13);

che, infatti, tale pattuizione risulta trascritta e riportata per intero nel corpo della decisione impugnata con il regolamento; che, non è oggetto di contestazione, la mancata espressa negoziazione di detta clausola (contenuta in un modulo o formulario bancario) e della sua separata sottoscrizione;

che, in ogni caso, "l'indagine sulla portata di una clausola compromissoria, ai fini della risoluzione di una questione di competenza, rientra nei poteri del supremo collegio, ed in tale materia la corte suprema e anche giudice di fatto" (Sez. 3, Sentenza n. 2721 del 1963 e Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 19546 del 2015, resa in sede di regolamento di competenza);

che, attraverso il suo esame, la clausola in questione dovrebbe essere dichiarata nulla alla luce del risalente (ma ancora attuale) principio di diritto secondo cui "l'efficacia della clausola compromissoria, in quanto clausola vessatoria, è subordinata alla specifica approvazione per iscritto nei soli casi in cui detta clausola sia inserita in contratti con condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti (art. 1341 c.c., comma 1) ovvero conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari (art. 1342 c.c., comma 1)" (Sez. 1, Sentenza n. 4351 del 1993; Sez. 1, Sentenza n. 8407 del 1996);

che, a tale risultato si perviene, a fortiori, sulla base della successiva (e qui applicabile) disciplina della materia impressa dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 206 del 2005, (codice del consumo), dovendosi attribuire "la qualifica di consumatore di cui al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 3, - rilevante ai fini della identificazione

del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui all'art. 33 del citato D.Lgs. - (..) alle sole persone fisiche allorché concludano un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata" (Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 5705 del 2014);
che, infatti, in relazione a tali tipi di rapporti, va ricordato che "il foro del consumatore, sebbene esclusivo, è di natura derogabile, in forza di quanto previsto dal D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33, comma 2, lett. u)", ma tale deroga è possibile "sempre che si dimostri l'esistenza di una specifica trattativa tra le parti, sicchè la prova di tale circostanza costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola di deroga, ponendosi l'esistenza della trattativa come un *prius* logico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola" (Cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 17083 del 2013);
che, nella specie, non si tratta neppure di una deroga del foro del consumatore ma di una limitazione ancor più gravosa, ossia della "deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria", di cui al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33, comma 2, lett. t), per essere competenti gli arbitri;
che, al pari della deroga della competenza del foro del consumatore, anche per tale ipotesi (la "deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria" tout court) la prova di tale circostanza "costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola", ponendosi l'esistenza della trattativa come un prius logico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola; che, pertanto, mancando una prova siffatta (la questione non è stata neppure sfiorata dal giudice a quo) deve concludersi per la natura vessatoria della clausola e conseguentemente per la sua nullità, sicché la sentenza impugnata è errata nella parte in cui ha affermato la legittimità di essa e, conseguentemente, in base ad essa, ha declinato la propria competenza per quella del collegio arbitrale;
che la decisione deve essere cassata con l'affermazione dei due seguenti principi di diritto:
"In tema di arbitrato tra banca e consumatore, la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria in favore degli arbitri, in forza di quanto previsto dal D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33, comma 2, lett. t), è possibile alla condizione che si dimostri l'esistenza di una specifica trattativa tra le parti, e la prova di tale circostanza costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola arbitrale di deroga, ponendosi l'esistenza della trattativa come un *prius* logico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola";
La validità della clausola compromissoria in tema di arbitrato tra banca e consumatore (nella specie: contenuta nel cd. contratto quadro) è subordinata alla specifica negoziazione ed approvazione per iscritto, onde nei casi in cui essa sia inserita in contratti contenenti condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti (il professionista), la stessa deve essere dichiarata nulla perché, in forza di quanto previsto dal D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33, comma 2, lett. t), la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria al di fuori di tali condizioni è da considerarsi vessatoria e contraria alla disciplina di protezione del consumatore";
che, di conseguenza, deve essere accolto il ricorso, cassata la sentenza impugnata e dichiarata la competenza del Tribunale ordinario di Macerata, in luogo degli arbitri, a decidere delle domande proposte dai due

risparmiatori, dinanzi al quale rimette le parti, anche per la regolamentazione delle spese di questa fase, previa riassunzione della causa nel termine di legge.

P.Q.M.

La Corte, accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata, e dichiarata la competenza del Tribunale ordinario di Macerata, in luogo degli arbitri, a decidere della domanda proposta dai due risparmiatori, rimette le parti innanzi a detto Tribunale, anche per la regolamentazione delle spese di questa fase, previa riassunzione della causa nel termine di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Sesta - 1 Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 20 gennaio 2017.

Depositato in Cancelleria il 13 febbraio 2017

Corte di Giustizia UE sez. I, causa C-168/05, Elisa María Mostaza Claro contro Centro Móvil Milenium SL (omissis)

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)
26 ottobre 2006 (*)
«Direttiva 93/13/CEE - Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori - Mancata contestazione del carattere abusivo di una clausola in sede di procedura arbitrale - Possibilità di sollevare tale eccezione nell'ambito della procedura di impugnazione del lodo»
Nel procedimento C-168/05,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Audiencia Provincial de Madrid (Spagna) con decisione 15 febbraio 2005, pervenuta in cancelleria il 14 aprile 2005, nella causa
Elisa María Mostaza Claro
contro
Centro Móvil Milenium SL,

LA CORTE (Prima Sezione),
composta dal sig. P. Jann, presidente di sezione, dai sigg. K. Lenaerts, E. Juhász, J.N. Cunha Rodrigues (relatore) e M. Ilešič, giudici,
avvocato generale: sig. A. Tizzano
cancelliere: sig. R. Grass
vista la fase scritta del procedimento,
considerate le osservazioni presentate:
– per la Centro Móvil Milenium SL, dal sig. H. García Pi, abogado;
– per il governo spagnolo, dal sig. E. Braquehais Conesa, in qualità di agente;
– per il governo tedesco, dalla sig.ra C. Schulze-Bahr, in qualità di agente;
– per il governo ungherese, dal sig. P. Gottfried, in qualità di agente;
– per il governo finlandese, dalla sig.ra T. Pynnä, in qualità di agente;
– per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. A. Aresu e L. Escobar Guerrero, in qualità di agenti,
sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 27 aprile 2006,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU L 95, pag. 29; in prosieguo: la «direttiva»).

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Mostaza Claro e la Centro Móvil Milenium SL (in prosieguo: la «Móvil») relativamente alla validità di una clausola compromissoria contenuta nel contratto che essa ha concluso con tale società.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

3 L'art. 3, n. 1, della direttiva così prevede:

«Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto».

4 L'art. 6, n. 1, della direttiva è così formulato:

«Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

5 L'art. 7, n. 1, della direttiva è del seguente tenore:

«Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori».

6 L'allegato alla direttiva contiene un elenco indicativo delle clausole che possono essere dichiarate abusive. Tra queste, il n. 1, lett. q), dell'allegato annovera le clausole che hanno per oggetto o per effetto di

«sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto».

Normativa nazionale

7 Nel diritto spagnolo la tutela dei consumatori contro le clausole abusive è stata garantita inizialmente dalla legge generale 19 luglio 1984, n. 26/1984, relativa alla tutela dei consumatori e degli utenti (Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, BOE n. 176 del 24 luglio 1984; in prosieguo: la «legge n. 26/1984»).

8 La legge n. 26/1984 è stata modificata dalla legge 13 aprile 1998, n. 7/1998, relativa alle condizioni generali dei contratti (Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, BOE n. 89 del 14 aprile 1998; in prosieguo: la «legge n. 7/1998»), che ha recepito la direttiva nel diritto interno.

9 La legge n. 7/1998 ha in particolare aggiunto alla legge n. 26/1984 un art. 10 bis e una prima disposizione addizionale.

10 Ai sensi dell'art. 10 bis, n. 1, della legge n. 26/1984, «si considerano clausole abusive tutte quelle disposizioni non oggetto di negoziato individuale che, malgrado il requisito della buona fede, causano a danno del consumatore uno squilibrio significativo dei diritti e dei doveri delle parti nascenti dal contratto. In ogni caso, si considerano clausole abusive le disposizioni enunciate nella disposizione addizionale della presente legge (...)».

11 La prima disposizione addizionale della legge n. 26/1984 riprende in sostanza l'elenco delle clausole che possono essere dichiarate abusive allegato alla direttiva, precisando che lo stesso non ha carattere esaustivo. Ai sensi del punto 26 della citata disposizione addizionale, si considera abusivo «l'assoggettamento ad arbitrati diversi da quello relativo a controversie in materia di consumo, a meno che si tratti di organi arbitrali istituiti da disposizioni legislative per un settore o ambito specifico».

12 L'art. 8 della legge n. 7/1998 così prevede:

«1. Sono nulle di pieno diritto le condizioni generali pregiudizievoli per l'aderente e in contrasto con le disposizioni della presente legge o di qualsiasi altra norma imperativa o proibitiva, a meno che esse sanzionino in modo diverso la violazione delle stesse.

2. In particolare, sono nulle le condizioni generali abusive inserite nei contratti conclusi con un consumatore, tra cui rientrano, in ogni caso, quelle definite dall'art. 10 bis e dalla prima disposizione addizionale della legge [generale n. 26/1984] (...)».

13 All'epoca dei fatti di cui alla causa principale, la procedura arbitrale era disciplinata dalla legge 5 dicembre 1988, n. 36/1988, relativa all'arbitrato (Ley 36/1988 de Arbitraje, BOE n. 293 del 7 dicembre 1988; in prosieguo: la «legge n. 36/1988»).

14 L'art. 23, n. 1, della legge n. 36/1988 prevedeva quanto segue:

«L'opposizione all'arbitrato per incompetenza oggettiva degli arbitri, inesistenza, nullità o decadenza dell'accordo arbitrale deve essere proposta dalle parti in concomitanza con la presentazione dei loro rispettivi motivi iniziali».

15 L'art. 45 della legge n. 36/1988 era del seguente tenore:

«Il lodo può essere annullato solo nei casi seguenti:

1. Qualora l'accordo arbitrale sia nullo.

(...)

5. Qualora il lodo sia contrario all'ordine pubblico».

Causa principale e questione pregiudiziale

16 Il 2 maggio 2002 è stato concluso tra la Móvil e la sig.ra Mostaza Claro un contratto di abbonamento ad una linea di telefonia mobile. Tale contratto conteneva una clausola compromissoria che sottoponeva ogni controversia relativa allo stesso all'arbitrato dell'Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (Associazione europea per l'arbitrato secondo diritto e secondo equità; in prosieguo: l'«AEADE»).

17 Poiché la sig.ra Mostaza Claro non ha rispettato la durata minima dell'abbonamento, la Móvil ha avviato un procedimento arbitrale dinnanzi all'AEADE. Con lettera del 25 luglio 2003 quest'ultima

ha concesso alla sig.ra Mostaza Claro un termine di dieci giorni per rifiutare l'arbitrato, precisando che, in caso di rifiuto, sarebbe rimasta aperta la via giurisdizionale. La sig.ra Mostaza Claro ha presentato alcuni argomenti nel merito, ma non ha rifiutato la procedura arbitrale né ha invocato la nullità della clausola compromissoria. La controversia è stata poi decisa in senso a lei sfavorevole.

18 La sig.ra Mostaza Claro ha impugnato dinanzi al giudice del rinvio il lodo arbitrale dell'AEADE, sostenendo che il carattere abusivo della clausola compromissoria comportava la nullità dell'accordo arbitrale.

19 Nell'ordinanza di rinvio, l'Audiencia Provincial de Madrid (Corte d'appello di Madrid) osserva che non vi è dubbio che la citata clausola compromissoria sia una clausola contrattuale abusiva, e di conseguenza che sia nulla.

20 Tuttavia, poiché la sig.ra Mostaza Claro non ha fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, al fine di interpretare il diritto nazionale in modo conforme alla direttiva, l'Audiencia Provincial de Madrid ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se la tutela dei consumatori garantita dalla [direttiva 93/13/CEE] possa implicare che il giudice chiamato a pronunciarsi su un ricorso di annullamento di un lodo arbitrale rilevi la nullità del compromesso arbitrale ed annulli il lodo, ritenendo che il detto compromesso arbitrale contenga una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore, quando tale questione è fatta valere nel ricorso di annullamento ma non è stata addotta dal consumatore nell'ambito del procedimento arbitrale».

Osservazioni preliminari

21 Risulta dagli atti trasmessi alla Corte dal giudice del rinvio che quest'ultimo ha accertato il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta nel contratto concluso tra la Móvil e la sig.ra Mostaza Claro.

22 Si deve ricordare in proposito che la Corte non può pronunciarsi sull'applicazione dei criteri generali utilizzati dal legislatore comunitario per definire il concetto di clausola abusiva ad una clausola specifica, che dev'essere esaminata sulla base delle circostanze concrete del caso (sentenza 1° aprile 2004, causa C-237/02, Freiburger Kommunalbauten, Racc. pag. I-3403, punto 22).

23 Spetta dunque al giudice nazionale determinare se una clausola contrattuale come quella oggetto della controversia nella causa principale possieda i requisiti necessari per essere qualificata abusiva ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva (sentenza Freiburger Kommunalbauten, cit., punto 25).

Sulla questione pregiudiziale

24 Secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali per garantire la salvaguardia dei diritti di cui i soggetti godono ai sensi dell'ordinamento comunitario, in forza del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, a condizione, tuttavia, che tali modalità non siano meno favorevoli di quelle relative a situazioni analoghe di natura interna

(principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenze 16 maggio 2000, causa C-78/98, Preston e a., Racc. pag. I-3201, punto 31, e 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, i-21 Germany e Arcor, Racc. pag. I-0000, punto 57).

25 Il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse (sentenza 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores, Racc. pag. I-4941, punto 25).

26 Una tale disuguaglianza tra il consumatore e il professionista può essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale (sentenza Océano Grupo Editorial e Salvat Editores, cit., punto 27).

27 È sulla base di tali principi che la Corte ha affermato che la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola costituisce un mezzo idoneo al conseguimento tanto dell'obiettivo fissato dall'art. 6 della direttiva, che è quello di impedire che un consumatore individuale sia vincolato da una clausola abusiva, quanto dell'obiettivo dell'art. 7, dato che tale esame può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori (sentenze Océano Grupo Editorial e Salvat Editores, cit., punto 28, e 21 novembre 2002, causa C-473/00, Cofidis, Racc. pag. I-10875, punto 32).

28 Questa facoltà riconosciuta al giudice è stata ritenuta necessaria per garantire al consumatore una tutela effettiva, tenuto conto in particolare del rischio non trascurabile che questi ignori i suoi diritti o incontri difficoltà per esercitarli (sentenze Océan Grupo Editoral e Salvat Editores, cit., punto 26, nonché Cofidis, cit., punto 33).

29 La tutela prevista dalla direttiva a favore dei consumatori si estende così ai casi in cui il consumatore che ha stipulato con un professionista un contratto contenente una clausola abusiva si astenga dal dedurre l'abusività della detta clausola perché ignora i suoi diritti o perché viene dissuaso dal farli valere a causa delle spese che un'azione giudiziaria comporterebbe (sentenza Cofidis, cit., punto 34).

30 Alla luce di quanto sopra, l'obiettivo perseguito dall'art. 6 della direttiva, il quale, come è stato ricordato al punto 27 della presente sentenza, impone agli Stati membri di prevedere che le clausole abusive non vincolino i consumatori, non potrebbe essere raggiunto qualora il giudice investito di un'impugnazione di un lodo arbitrale non potesse valutare la nullità di tale decisione per il solo motivo che il consumatore non ha fatto valere la nullità della clausola compromissoria nell'ambito del procedimento arbitrale.

31 Una simile omissione da parte del consumatore non potrebbe dunque in alcun caso essere compensata dall'azione di soggetti terzi rispetto alle parti contrattuali. Il sistema di tutela speciale creato dalla direttiva risulterebbe in definitiva compromesso.

32 È proprio in tal senso che la normativa spagnola si è evoluta. Infatti, sebbene non sia applicabile alla causa principale, va ricordato che la legge 23 dicembre 2003, n. 60/2003, in materia di arbitrato (Ley

60/2003 de Arbitraje, BOE n. 309 del 26 dicembre 2003) non richiede più che l'opposizione all'arbitrato, in particolare a causa di nullità dell'accordo arbitrale, sia proposta all'atto della presentazione delle domande iniziali delle parti.

33 La Móvil e il governo tedesco sostengono che, consentendo al giudice di valutare la nullità di un accordo arbitrale nel caso in cui il consumatore non abbia sollevato tale eccezione in sede di procedimento arbitrale, si intaccherebbe gravemente l'efficacia dei lodi arbitrali.

34 Tale argomento si regge sulla considerazione che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali abbia un carattere limitato, e che l'annullamento di un lodo possa essere ottenuto solo in casi eccezionali (sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. pag. I-3055, punto 35).

35 Tuttavia, la Corte ha già affermato che, nei limiti in cui un giudice nazionale deve, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione delle norme comunitarie di tale tipo (v., in tal senso, sentenza Eco Swiss, cit., punto 37).

36 L'importanza della tutela dei consumatori ha in particolare condotto il legislatore comunitario a stabilire, all'art. 6, n. 1, della direttiva, che le clausole abusive contenute in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista «non vincolano il consumatore». Si tratta di una norma imperativa che, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse.

37 D'altra parte la direttiva, che ha lo scopo di rafforzare la tutela dei consumatori, costituisce, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. t), CE, un provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per l'innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno (v., per analogia, a proposito dell'art. 81 CE, sentenza Eco Swiss, cit., punto 36).

38 La natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori giustificano inoltre che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, in tal modo ponendo un argine allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista.

39 Considerato quanto precede, occorre risolvere la questione dichiarando che la direttiva dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo.

Sulle spese

40 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

La direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo.

Cassazione civile sez. VI, 30/10/2012, n. 18671

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SALMÈ Giuseppe - Presidente -
Dott. CECCHERINI Aldo - Consigliere -
Dott. BERNABAI Renato - Consigliere -
Dott. RAGONESI Vittorio - rel. Consigliere -
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ordinanza
sul ricorso 23245-2010 proposto da:
B.L. ((OMISSIS)) B.G. ((OMISSIS)) B.A. ((OMISSIS)), BO.GI. ((OMISSIS)), b.g. ((OMISSIS)), B.C. ((OMISSIS)) elettivamente domiciliati in ROMA, VIA DELLA BALDUINA 120/5, presso lo studio dell'avvocato AULETTA FERRUCCIO, rappresentati e difesi dagli avvocati PISANI MASSAMORMILE ANDREA, PORTALE GIUSEPPE BENEDETTO giusta procura in calce all'atto di citazione;
- ricorrenti -

contro
SEN SPA (OMISSIS), in persona del suo Presidente del Consiglio di Amministrazione ed Amministratore delegato, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DORA 2, presso lo studio dell'avvocato MARTORANO FRANCESCO SAVERIO, rappresentata e difesa dagli avvocati CESARO ERNESTO, MARTORANO FEDERICO giusta mandato a margine della memoria difensiva;
- resistente -

avverso la sentenza n. 7638/2010 del TRIBUNALE di NAPOLI del 9/06/2010, depositata il 05/07/2010;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 25/01/2012 dal Consigliere Relatore Dott. VITTORIO RAGONESI;
è presente il P.G. in persona del Dott. RAFFAELE CENICCOLA.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
Con atto di citazione notificato alla S.E.N. s.p.a. in data 29 gennaio 2010, B.A. oltre agli altri odierni ricorrenti riportati in epigrafe hanno dedotto che: 1) b.g. era nudo proprietario di 369.280 azioni ordinarie della società convenuta, gravate da usufrutto in favore di B. A., là dove Gi., L. e B.C. erano nude proprietarie

ciascuna di n. 48.166 azioni ordinarie della società, pari complessivamente al 5,001% del capitale sociale, anch'esse gravate da usufrutto in favore dell'ing. B. A.; 2) con Delib. del 29 dicembre 2009 l'assemblea straordinaria della SEN aveva deliberato a maggioranza, assenti gli impugnanti: a) di azzerare tutte le perdite, pari a Euro 1.003.251,89, mediante l'integrale utilizzo delle "riserva utili investiti" per Euro 219.494,18, l'integrale utilizzo della "riserva fondo contributi" per Euro 435.578,00 ed il parziale utilizzo della "riserva di rivalutazione L. n. 413 del 1991" per Euro 348.179,44; b) di aumentare gratuitamente il capitale sociale da Euro 1.502.800,00 ad Euro 2.023.000,00, mediante imputazione di parte della riserva disponibile "riserva di rivalutazione"; c) di aumentare a pagamento, al valore nominale, il capitale sociale, nella misura di Euro 1.011.500,00 mediante versamenti in danaro con emissione di Euro 1.445.000 nuove azioni, ciascuna del valore nominale di Euro 0,70, con termine al 10 febbraio 2010 per l'esercizio del diritto di opzione da parte dei soci e contestuale versamento dell'intero importo;

Proseguivano gli attuali ricorrenti che la delibera era stata assunta in base ad un bilancio infrannuale al 30 settembre 2009, comprensivo di nota integrativa, approvato dal consiglio di amministrazione il 1 dicembre 2009 e corredato di relazione sulla gestione. Secondo i ricorrenti, la Delib. del 29 dicembre 2009 era invalida per le seguenti ragioni: a) - perché le deliberazioni in essa contenute erano state assunte da un'assemblea i cui atti preparatori, ossia la convocazione, la proposta di delibera, il bilancio straordinario, l'allegata relazione sulla gestione, erano stati compiuti da soggetti privi di cariche sociali; b) perché le deliberazioni in questione erano fondate su un bilancio infrannuale illecitamente redatto per plurime violazioni dei principi di chiarezza, verità e prudenza nonché degli altri principi generali in materia di bilancio;

bilancio infrannuale al quale, peraltro, si erano propagati, in virtù del principio di continuità che ne ha presidiato la redazione, tutti i vizi che inficiavano il bilancio al 31 dicembre 2008, oggetto di autonoma impugnazione, tuttora pendente; c) perché le deliberazioni, nel ripianare le perdite, avevano illecitamente impiegato le c.d. riserve di rivalutazione monetaria; d) perché esse erano frutto di un disegno abusivo dei soci titolari della porzione di maggioranza del capitale, i quali avevano assunto la delibera al solo scopo di pregiudicare la posizione della parte minoritaria della compagine sociale.

Instavano pertanto per la declaratoria di nullità della delibera assembleare in data 29/12/09 e domande conseguenti o subordinate. Si costituiva in giudizio la società convenuta, che contestava le domande in fatto ed in diritto.

Con sentenza n. 7638/2010 del 9/6/10-5/7/10 il Tribunale di Napoli, tenuto conto della clausola compromissoria ex art. 37 dello statuto della società, riteneva la controversia rientrante nell'ambito di applicazione della suddetta clausola, concludendo per il "rigetto" delle domande sull'assunto che "la questione relativa alla sussistenza di un arbitrato è di merito e non di competenza ".

Avverso detta sentenza hanno proposto ricorso per regolamento di competenza notificato in data 28/9/10 B.A. e gli altri ricorrenti di cui in epigrafe chiedendo che questa Corte dichiari la competenza del Tribunale di Napoli a decidere la causa n. 2958/2010 R.G., oggetto del presente giudizio.

La S.E.N. s.p.a. ha presentato una memoria, con la quale, dopo aver dedotto la improponibilità dell'istanza (trattandosi di sentenza appellabile), si conclude per il rigetto del ricorso. Entrambe le parti hanno depositato memorie.

Il Procuratore generale, ai sensi dell'art. 380 ter c.p.c., si è pronunciato per l'inammissibilità del ricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con l'istanza si deducono i seguenti motivi: 1) violazione dell'art. 819-ter c.p.c., poiché "l'allegazione difensiva del convenuto che ha sostanziato l'eccezione di incompetenza in ragione della convenzione di arbitrato non contiene alcun riferimento al criterio di competenza infine selezionato"; 2) vizi motivazionali diretti a censurare l'assunto del tribunale secondo cui la delibera assembleare impugnata non avrebbe per oggetto diritti indisponibili, rimanendo così le relative questioni fuori dell'ambito di applicabilità della clausola compromissoria; 3) vizi motivazionali in ordine alla nullità delle delibere impugnate.

Va premesso che, come risulta dalla comparsa di risposta, le cui conclusioni sono stare trascritte nella memoria difensiva della SEN nonché dalle conclusioni riportate in sentenza, la resistente ha tempestivamente sollevato l'eccezione d'incompetenza del Tribunale di Napoli in ragione della clausola compromissoria. Ciò posto, il presente giudizio innanzi al giudice ordinario, in cui è stata sollevata la questione di competenza è stato introdotto, come si desume dallo stesso provvedimento impugnato, dopo il 2 marzo 2006, sicché ad esso trova applicazione la disposizione di cui all'art. 819 ter. A tale proposito le Sezioni Unite di questa Corte (Cass., S.U. n. 19047/10) hanno chiarito che, nell'ipotesi in cui la sentenza del giudice abbia risolto una questione di deferibilità della controversia agli arbitri, ma nessun procedimento arbitrale sia ancora iniziato, ne1 prima né dopo il 2 marzo 2006, non può trovare applicazione la norma transitoria di cui al D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, comma 4 ("Le disposizioni degli artt. 21, 22, 23, 24 e 25 si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto"), in quanto tale norma fa riferimento solo alla pendenza dei procedimenti arbitrali ma non anche all'ipotesi di pendenza di giudizio innanzi al giudice ordinario, ma operano i principi generali della perpetuano *iurisdictionis* e *tempus regit actum* (Cass 24082/10).

In relazione a tali principi generali applicabili al caso di specie, è stato ritenuto che l'art. 819 ter, là dove ha qualificato la questione in discorso come questione di competenza allorquando si pone dinanzi al Giudice, ha determinato ai sensi dell'art. 5 c.p.c., un mutamento della legge regolatrice della disciplina della competenza. Da ciò discende che la norma dell'art. 819 ter c.p.c., trova applicazione nei giudizi introdotti dinanzi al Giudice con domanda a far tempo dal 2 marzo 2006 (data di entrata in vigore della norma), come avvenuto nel caso di specie, mentre non trova applicazione ai giudizi pendenti dinanzi al Giudice all'atto della sua entrata in vigore (Cass 21926/08).

A tale proposito è stato ulteriormente osservato che "la conferma dell'applicabilità dell'art. 819 ter c.p.c., solo ai giudizi iniziati dinanzi all'autorità giudiziaria dopo la sua entrata in vigore, del resto si coglie anche sulla base di altri elementi, che potrebbero essere decisivi in via autonoma il primo dei quali è che il legislatore delegato, nel D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, dedicato alle norme transitorie, ha ritenuto stranamente di dettare a proposito della norma dell'art. 819 ter, una norma transitoria espressa che dispone l'applicabilità della norma che ha introdotto detto articolo (D.Lgs. art. 23) ai procedimenti arbitrali iniziati successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. cioè al 2 marzo 2006 e, quindi, nella sostanza esclude che

possa applicarsi a procedimenti arbitrali pendenti.." (Cass 21926/08). Chiarito quanto sopra in ordine alla applicabilità nel caso di specie dell'art. 819 ter c.p., va rilevato che la ricorrente ha esattamente impugnato la sentenza considerandola come dichiarativa della incompetenza dell'A.G.O. e della sussistenza della competenza arbitrale, ancorché il Tribunale, abbia palesemente ignorato l'art. 819-ter c.p.c. (applicabile, come detto, *ratione temporis* alla controversia, iniziata nella sua vigenza) e la qualificazione da esso introdotta del rapporto fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione arbitrale nel senso della competenza, ed abbia conseguentemente dichiarato l'improponibilità della domanda facendo applicazione della normativa antecedente alla entrata in vigore del D.Lgs. n. 40 del 2006 (Cass 17019/11). In tal caso infatti, la pronuncia dev'essere intesa come pronuncia declinatoria della competenza a favore degli arbitri ed è stata pertanto correttamente impugnata con il regolamento necessario di competenza (Cass 17019/11).

Venendo ora all'accertamento della competenza, va rammentato che la competenza per materia si determina, ai sensi dell'art. 10 c.p.c. (dettato per la competenza per valore ma esprimente un principio generale e, come tale, applicabile anche in riferimento agli altri tipi di competenza), con criterio "a priori", secondo la prospettazione fornita dall'attore nella domanda. (Cass 1122/07).

Pertanto, nella individuazione dei criteri per affermare la competenza indicata dall'attore o per disattendere l'eccezione sollevata dal convenuto occorre prendere le mosse dalla prospettazione che lo stesso attore offre della propria domanda in tal guisa fornendo un quadro indicativo e non vincolante ma nondimeno rilevante ai fini della decisione del giudice del merito (che può svolgere una istruzione sommaria) e della Corte regolatrice (che deve limitare il suo scrutinio agli atti). (Cass. 20718/09; Cass nn. 18040, 7586, 5125 e 1122 del 2007).

E le volte in cui la prospettazione sia non solo immune da sospetti di una pretestuosa preordinazione al fine di radicare una indebita competenza ma anche oggettivamente plausibile, non può negarsi ad essa rilevanza decisiva al solo fine di individuare un regime giuridico o una qualificazione negoziale assunti a presupposti della scelta di radicare la lite innanzi ad un certo giudice (Cass. n. 8214 del 2009 e Cass n. 11415 del 2007, Cass. 4-8-2005 n. 16404, Cass. 26- 9-1995 n. 10188).

Nel caso di specie, la prospettazione della nullità delle delibere assembleari per violazione di norme inderogabili appariva, al di là della sua fondatezza o meno, oggettivamente plausibile. Va a tale proposito premesso che nell'ambito dell'autonoma disciplina dell'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea delle società per azioni - nella quale, con inversione dei principi comuni (artt. 1418 e 1441 cod. civ.), la regola generale è quella dell'annullabilità (art. 2377 cod. civ.) - la previsione della nullità è limitata ai soli casi, disciplinati dall'art. 2379 cod. civ., di impossibilità o illiceità dell'oggetto, che ricorrono quando il contenuto della deliberazione contrasta con norme dettate a tutela degli interessi generali, che trascendono l'interesse del singolo socio, risultando dirette ad impedire deviazioni dallo scopo economico-pratico del rapporto di società e investono in sostanza diritti indisponibili. (Cass 15721/05).

In particolare, perché l'interesse possa essere qualificato come "indisponibile" è necessario che la sua protezione sia assicurata mediante la predisposizione di norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da una qualsiasi iniziativa di parte, come, ad esempio, nel caso delle norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio, la cui inosservanza rende la

delibera di approvazione illecita e, quindi, nulla (Cass., sez. un., 21 febbraio 2000, n. 27; Cass 2 gennaio 2003, Cass n. 928, 29 aprile 2004, n. 8204; Cass 18600/11).

Nel caso di specie il dedotto mancato rivestimento di cariche sociali da parte del soggetto che ha convocato l'assemblea potrebbe astrattamente integrare gli estremi della violazione dell'art. 2379 c.c., quindi, della nullità della conseguente delibera. Parimenti, la dedotta violazione dei principi di chiarezza o di veridicità e correttezza del bilancio potrebbe anch'essa dar luogo ad una nullità comportante la violazione di diritti indisponibili (Cass., sez. un., 21 febbraio 2000, n. 27/SU; 2 gennaio 2003, n. 928, 29 aprile 2004, n. 8204) così come la dedotta violazione delle regole in ordine all'azzeramento del capitale sociale ed alla sua ricostituzione avvalendosi, in violazione di un divieto di legge, di riserve sociali non utilizzabili a tal fine, può astrattamente dar luogo a nullità per illiceità della delibera comportante la violazione di diritti inderogabili (v. Cass 8221/07). La prospettazione della domanda dei ricorrenti, a prescindere dalle problematiche ad essa sottostanti derivanti in parte anche dalla nuova formulazione dell'art. 2379 c.c. ed in parte da una ipotetica e dibattuta ristrutturazione della categoria dei diritti indisponibili in relazione alla nuova modulazione delle ipotesi di nullità, appare quindi prima facie investire plausibilmente la competenza del giudice ordinario e, pertanto, la valutazione che il tribunale era tenuto ad effettuare doveva incentrarsi soltanto sulla plausibilità di siffatta prospettazione e della sua non strumentante ai fini di uno sviamento della competenza, senza entrare nella complessa valutazione della fondatezza delle singole argomentazioni.

Il regolamento va quindi accolto, la sentenza impugnata va conseguentemente cassata dovendosi dichiarare la competenza del Tribunale di Napoli. Segue alla soccombenza la condanna al pagamento delle spese di giudizio liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Accoglie il regolamento, cassa la sentenza impugnata e dichiara la competenza del Tribunale di Napoli. Condanna la resistente al pagamento delle spese di giudizio liquidate in Euro 3000,00 per onorari oltre Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 25 gennaio 2012.

Depositato in Cancelleria il 30 ottobre 2012

Cassazione civile sez. VI, 31/10/2018, n. 27736

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GENOVESE Francesco Antonio - Presidente -
Dott. SCALDAFERRI Andrea - Consigliere -
Dott. SAMBITO Maria Giovanna Concetta - rel. Consigliere -
Dott. VALITUTTI Antonio - Consigliere -
Dott. MARULLI Marco - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso iscritto al n. 28074-2017 R.G. proposto da:
TOME SRL, LA NUOVA COLLEROSE SRL, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in ROMA, VIA GIUSEPPE AVEZZANA 31, presso lo studio dell'avvocato ALESSANDRA FLAUTI, che le rappresenta e difende unitamente all'avvocato FRANCESCO LOCANTO;
- ricorrenti -

contro
CONSORZIO ESTRATTIVO OBBLIGATORIO LA CASSIANA;
- intimato -

per regolamento di competenza avverso la sentenza n. 3524/2017 del TRIBUNALE di FIRENZE, depositata il 02/11/2017;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 11/09/2018 dal Consigliere Dott. MARIA GIOVANNA C. SAMBITO;
lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. VITIELLO Mauro, che chiede che la Corte di Cassazione, in camera di consiglio, in accoglimento del ricorso, dichiari la competenza del Tribunale di Firenze e disponga quanto necessario per la prosecuzione del giudizio avanti al giudice competente.

FATTI DI CAUSA
Con sentenza del 2.11.2017, il Tribunale di Firenze ha dichiarato la propria incompetenza a conoscere della domanda con la quale le Società Nuova Collerose a r.l. e Tome a r.l. avevano chiesto la declaratoria di nullità

o d'invalidità delle deliberazioni assunte dal Consorzio Estrattivo La Cassiana in data 19.12.2012, per esser la controversia, non attinente a diritti indisponibili, compromessa in arbitri, come da art. 18 dello Statuto consortile. Le Società Nuova Collerose e Tome hanno proposto regolamento di competenza ed il Procuratore Generale, nelle sue conclusioni scritte, ha concluso per l'accoglimento del ricorso. Il Consorzio Estrattivo La Cassiana non ha svolto difese.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo, col quale le ricorrenti denunciano la nullità della clausola compromissoria in riferimento al D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, comma 2, è infondato.

2. La questione della validità della clausola dell'art. 18 dello statuto del Consorzio "La Cassiana" è stata più volte fatta oggetto di esame da parte di questa Corte con le seguenti pronunce: n. 20106 del 2016; n. 10050 e n. 22233 del 2017, n. 3483 del 2018. A differenza di quanto ritenuto dalla prima decisione, quelle successive hanno in concreto dichiarato - anche con riferimento alla questione specifica dell'applicabilità della norma del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34 - la sussistenza della competenza arbitrale stabilita dall'art. 18 dello Statuto del Consorzio. In particolare, la menzionata pronuncia Cass. n. 22233 del 2017 ha stabilito che, "poiché la disposizione di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, nel prevedere che la nomina di tutti gli arbitri debba essere devoluta, a pena di nullità, a soggetto estraneo alla società è testualmente riferita, in base al comma 1, alla clausola, compromissorie contenute "negli atti costitutivi delle società", ne consegue che detta norma, a carattere dichiaratamente settoriale, risulta inapplicabile al caso" di consorzio che non ha adottato una forma societaria. E ha di conseguenza dichiarato la competenza arbitrale in proposito. Ciò comporta che, a seguito di tale pronuncia, si è formato una preclusione sulla validità di detta clausola, che risulta prevalente su quella, antecedente, derivante dalla pronuncia dell'ordinanza n. 20106 del 2016 di questa Corte, invocata dalla società ricorrente. E questo, come già affermato con l'ordinanza n. 3483 del 2018, in ragione del principio, secondo il quale, le sentenze sulla giurisdizione e sulla competenza rese in sede di regolamento o di ricorso ordinario dalla Suprema Corte - cui, per la funzione istituzionale di organo regolatore della giurisdizione e della competenza, spetta il potere di adottare decisioni dotate di efficacia esterna (cosiddetta efficacia panprocessuale) hanno efficacia anche nei successivi processi tra le stesse parti.

4. Con i motivi secondo e terzo, si denuncia l'erroneo apprezzamento del Tribunale circa la ricorrenza di ipotesi involgenti diritti indisponibili, in riferimento: a) alla mancata convocazione della Gesca (comodataria di Collerose), che si afferma - contrariamente all'opinione del Consiglio di Amministrazione - legittimata a partecipare all'assemblea del 19.12.2012; b) alla violazione dei principi in materia di redazione dei bilanci.

5. I motivi sono infondato il secondo ed inammissibile il terzo. 6. La giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 16625 del 2013, in tema di società di capitali) ha condivisibilmente affermato che attengono a diritti indisponibili le controversie relative a delibere assembleari aventi oggetto illecito o impossibile - che danno luogo a nullità rilevabile anche d'ufficio - e quelle prese in assoluta mancanza di informazione (art. 2479 ter c.c.): in tale ultimo ambito non può esser sussunta la mancata convocazione di un socio, idonea, in tesi, a viziare la delibera, ma che, secondo la definizione data, non costituisce un diritto indisponibile, la cui area

deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte (cfr. Cass. n. 3772 del 2005; n. 18600 del 2011).

7. I principi invocati in tema d'impugnazione delle delibere di approvazione del bilancio delle società per difetto dei requisiti di verità, chiarezza e precisione, il carattere imperativo delle norme dirette a garantirne l'osservanza e la natura indisponibile dei relativi diritti (cfr. Cass. n. 20674 del 2016) non sono, invece, pertinenti avendo le ricorrenti del tutto omesso di considerare che il Tribunale ha espressamente escluso che, con la delibera impugnata, sia stato approvato il bilancio, essendosi, piuttosto, trattato di una "mera delibera di approvazione di singole e sopraggiunte spese inerenti l'esercizio in corso" e non essendo tale accertamento stato contestato in seno al ricorso (cfr. Cass. n. 10050 del 2017 cit. che ha affermato la compromettibilità di una delibera in tema di consuntivo annuale di spesa).

8. Non va provveduto sulle spese, in assenza di attività difensiva della parte intimata.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e dichiara la competenza del Collegio arbitrale previsto dall'art. 18 dello Statuto del Consorzio. Dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti dell'ulteriore importo, a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, il 11 settembre 2018.

Depositato in Cancelleria il 31 ottobre 2018

CAPITOLO VII
LA CONVENZIONE ARBITRALE

Cassazione civile sez. I, 25/05/2007, n. 12321

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. PROTO Vincenzo - Presidente -
Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Consigliere -
Dott. MORELLI Mario Rosario - Consigliere -
Dott. RORDORF Renato - rel. Consigliere -
Dott. DEL CORE Sergio - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso proposto da:
ALIMAN IMMOBILIARE DEL GEOM. ROBERTO GUFLER & C. S.A.S., in persona del legale rappresentante sig. G.R., elettivamente domiciliato in Roma, Via Novenio Bucchi 7, presso l'avv. CANNIZZARO Franco, che lo rappresenta e difende unitamente all'avv. Maurizio BARCHI giusta procura a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
la MERIDIANA COSTRUZIONI S.R.L., in persona del legale rappresentante sig.ra O.E., elettivamente domiciliata in Roma, Via della Giuliana 73, presso l'avv. NANNI Nicola, che la rappresenta e difende, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrente e ricorrente incidentale -

avverso la sentenza della Corte d'Appello di Trento, depositata in data 10 giugno 2002;
udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza dal Consigliere Dott. Renato RORDORF;
uditi i difensori delle parti;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RUSSO Rosario Giovanni, che ha concluso per il rigetto del ricorso principale e la declaratoria d'inammissibilità o manifesta infondatezza del ricorso incidentale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Una controversia riguardante la mancata esecuzione di una pluralità di contratti preliminari di compravendita immobiliare intercorsi tra la Aliman Immobiliare del geom. Roberto Gufler s.a.s. (in prosieguo Aliman), sul terreno della quale gli edifici promessi in vendita dovevano esser realizzati, e la Meridiana Costruzioni s.r.l. (in prosieguo Meridiana), alla quale la costruzione era stata appaltata da una terza società, la Winklerhof s.r.l., venne decisa con un lodo arbitrale, deliberato il 9 gennaio 2001, con cui fu pronunciata la risoluzione per colpa della Aliman dei due contratti stipulati nel dicembre 1996 e nell'aprile 1997 e la stessa Aliman fu condannata a restituire i pagamenti già percepiti, per un ammontare complessivo di L. 1.793.000, oltre alla rivalutazione monetaria, con rigetto delle ulteriori domande proposte dalla Meridiana.

La Aliman, con atto notificato il 20 giugno 2001, impugnò per nullità il lodo dinanzi alla Corte d'Appello di Trento (sezione distaccata di Bolzano) e la Meridiana, nel difendersi, a propria volta propose impugnazione incidentale.

Con sentenza depositata il 10 giugno 2002, la Corte d'Appello accolse l'impugnazione principale solo per il limitato profilo attinente alla rivalutazione monetaria, di cui escluse si dovesse tener conto nella condanna della Aliman a restituire il corrispettivo percepito, trattandosi di un debito di valuta, e rigettò gli altri profili della stessa impugnazione principale, nonché quella incidentale.

La Corte ritenne infondata l'eccezione preliminare di nullità del lodo, formulata sul presupposto che i contratti le cui clausole compromissorie erano state azionate avevano perso vigore in quanto superati da altro accordo stipulato tra le stesse parti nel maggio del 1998. Ed infondata fu ritenuta pure l'ulteriore eccezione secondo cui non avrebbe potuto comunque un unico arbitrato validamente instaurarsi sulla base di due diverse clausole compromissorie contenute in distinti contratti. In ordine alla prima eccezione, la corte osservò che essa non era stata sollevata dalla Aliman dinanzi al collegio arbitrale, onde erano prive di rilievo decisivo le considerazioni svolte nel lodo circa la validità e l'efficacia del terzo contratto, diverso dai due precedenti, con riferimento ai quali soltanto l'arbitrato era stato promosso. Quanto alla seconda eccezione, la medesima Corte, pur riconoscendo che in astratto una pluralità di contratti contenenti ciascuno una clausola compromissoria dovrebbe condurre all'instaurazione di altrettanti arbitrati, consentendo alle parti anche di nominare arbitri diversi, ritenne che, in concreto, il comportamento della Aliman, la quale si era anch'essa limitata alla nomina di un unico arbitro per l'evidente opportunità di non generare due giudizi di contenuto affatto identico, denotava il suo difetto d'interesse a far valere la segnalata irritualità. Nè aveva pregio - secondo la Corte Territoriale - l'ulteriore doglianza concernente la mancata riunione del procedimento arbitrale in esame con altro procedimento, pendente davanti ai medesimi arbitri ed avente ad oggetto la controversia insorta tra la Meridiana e la committente Winklerhof in ordine all'esecuzione dell'appalto per la costruzione degli immobili promessi in vendita dalla Aliman, non potendo comunque la

risoluzione di quella controversia spiegare effetti giuridici su questa, ad onta della connessione esistente tra i due rapporti.

Con riguardo poi al merito della controversia presa in esame, la Corte d'Appello reputò conforme a diritto la pronuncia di risoluzione contrattuale emessa dagli arbitri, posto che la consegna degli alloggi cui la Aliman si era impegnata nei confronti della promissaria acquirente Meridiana non era avvenuta entro i termini pattuiti, nè era stata dimostrata una qualche responsabilità di quest'ultima per il ritardo nel completamento delle costruzioni, e posto che non era neppure ravvisabile un concreto interesse della Aliman a contestare sul punto l'indicata pronuncia, essendo la promittente venditrice comunque tenuta a restituire gli acconti ricevuti, in conseguenza dell'ormai accertata impossibilità di adempimento del contratto, anche indipendentemente da ogni addebito di colpa.

Prive di riscontro probatorio, e riferibili in parte non al rapporto con la Aliman bensì al diverso rapporto con la Winklerhof, furono infine ritenute dalla corte le ulteriori domande, non accolte dagli arbitri, sulle quali la Meridiana aveva ancora insistito con la sua impugnazione incidentale.

Avverso tale sentenza la Aliman ha proposto ricorso per Cassazione, articolato in quattro motivi.

La Meridiana si è difesa con controricorso ed ha altresì formulato due motivi di ricorso incidentale, ai quali la Aliman ha, a propria volta, replicato con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. I ricorsi proposti avverso la medesima sentenza debbono essere preliminarmente riuniti, come dispone l'art. 335 c.p.c..

2. La ricorrente principale, denunciando la violazione degli artt. 100, 810 c.p.c., ed art. 829 c.p.c., comma 1, n. 4, e comma 2, e degli artt. 1362 e segg. c.c., nonché vizi di motivazione dell'impugnata sentenza, ripropone col primo motivo la questione della nullità del lodo arbitrale in quanto pronunciato sulla base di due clausole compromissorie contenute in distinti contratti ed in quanto entrambi detti contratti sarebbero stati consensualmente risolti e superati da una successiva e diversa regolamentazione pattizia intervenuta tra le parti.

2.1. Per intendere compiutamente il significato di tali doglianze è necessario ricapitolare brevemente alcuni passaggi del procedimento arbitrale di cui si discute, come ricostruibili sulla scorta di quanto indicato nell'impugnata sentenza e nell'esposizione dei fatti contenuta nel ricorso e nel controricorso.

Detto procedimento arbitrale è stato introdotto dalla Meridiana facendo riferimento alle clausole compromissorie inserite in due contratti, rispettivamente risalenti al dicembre 1996, ed all'aprile 1997. Come in particolare riportato nella narrativa dell'impugnata sentenza, il primo di tali contratti, richiamandosi ad un distinto ed ulteriore contratto con il quale alla Meridiana era stata appaltata dalla committente Winklerhof la costruzione di un complesso immobiliare su un terreno appartenente alla Aliman, aveva tra l'altro previsto il futuro trasferimento alla medesima Meridiana della proprietà di un certo numero di autorimesse e di unità immobiliari da edificare, mentre il secondo contratto (che la sentenza definisce come "evidentemente integrativo di quello precedente") conteneva analoghe pattuizioni riferite ad

altre edificande autorimesse e ad un'ulteriore unità immobiliare da realizzare in luogo. Riferisce poi la ricorrente che, nel maggio 1998, per la sopravvenuta necessità di dividere in due una delle predette unità immobiliari, fu stipulato un terzo contratto preliminare, sottoscritto per la Meridiana dal sig. N.P., socio egemone, ma non formalmente amministratore, della società.

Il procedimento arbitrale, come detto, è stato proposto dalla Meridiana facendo riferimento ai soli due contratti preliminari del 1996 e del 1997 ed alle clausole compromissorie in essi contenute. La Aliman ha obiettato, in quella sede, che non era consentito far valere in un unico procedimento diritti derivanti da tre diversi contratti, ciascuno munito di una propria clausola compromissoria. Ma il collegio arbitrale non ha accolto questa obiezione, ritenendo che il contratto del 1998 non potesse dirsi perfezionato tra le parti e che nulla impedisse di far confluire in una medesima procedura l'accertamento dei diritti derivanti dagli altri due contratti di contenuto sostanzialmente identico.

La Aliman, nell'eccepire dinanzi alla Corte d'Appello la nullità del lodo, dopo aver criticato le argomentazioni con cui il collegio arbitrale aveva reputato privo di rilevanza il terzo contratto preliminare stipulato nel 1998, ha insistito nel sostenere che quest'ultimo contratto aveva comportato la consensuale risoluzione dei due precedenti, così travolgendo anche le relative clausole compromissorie, e che, in ogni caso, in presenza di due contratti e di due clausole compromissorie diverse, non si sarebbe potuto validamente dar vita ad un unico collegio e ad un'unica procedura arbitrale.

Il primo di siffatti profili di doglianza è stato disatteso dalla corte d'appello sul presupposto che la relativa questione non aveva formato oggetto di eccezione dinanzi al collegio arbitrale, ove la difesa della Aliman aveva eccepito solamente l'inammissibilità dell'unico procedimento in presenza di una pluralità di contratti e di clausole compromissorie, onde non era neppur necessario soffermarsi a vagliare gli argomenti in base ai quali (ma solo incidentalmente) il medesimo collegio arbitrale aveva negato il valido perfezionamento e la riferibilità alle parti del terzo contratto preliminare.

È su questa affermazione che si appunta ora una prima critica della ricorrente principale, la quale sostiene, invece, di aver sollevato nel corso del giudizio arbitrale la questione della risoluzione consensuale dei due primi contratti per effetto della stipulazione del terzo - questione comunque da considerare decisiva per verificare la validità del lodo - e sottolinea come la circostanza che detta eccezione non fosse stata proposta sin dalla prima difesa non la aveva resa inammissibile, non avendo le parti convenzionalmente previsto l'applicazione ad opera degli arbitri delle regole vigenti per i procedimenti dinanzi al Tribunale.

2.2. Il suindicato profilo di doglianza non è meritevole di accoglimento.

Giova premettere che l'affermazione secondo la quale già nell'ambito del procedimento arbitrale la difesa dell'odierna ricorrente avrebbe sollevato l'eccezione in esame è smentita dalla trascrizione delle conclusioni prese in detto procedimento, come richiamate alle pagg.

44 e 45 dello stesso ricorso, ove si legge: che la difesa della Aliman ebbe espressamente a ribadire la propria "ferma volontà di avvalersi di tutti e tre i contratti preliminari di compravendita stipulati con la Meridiana Costruzioni s.r.l." e che ebbe ad eccepire "la diversità ed autonomia delle singole clausole compromissorie stipulate tra le parti nei tre contratti preliminari". Se ne deduce, evidentemente, che in quella sede, lungi dal

considerare i primi due contratti (e le rispettive clausole compromissorie) superati dal contenuto del terzo, la ricorrente reputava detti contratti contemporaneamente in vigore ed idonei ad integrarsi reciprocamente. Stando così le cose, non è questione di tempestività dell'eccezione nel giudizio arbitrale, né di limiti entro cui ad esso siano applicabili le regole procedurali stabilite dal codice di rito per i procedimenti giurisdizionali. È che, viceversa, come reputato dalla Corte d'Appello, la mancata (o, almeno, la non dimostrata) proposizione nel procedimento arbitrale dell'eccezione d'inesistenza delle clausole compromissorie afferenti ai primi due contratti per sopravvenuta risoluzione consensuale degli stessi rende effettivamente irrilevante, ai fini che qui interessano, l'excursus del lodo in merito al perfezionamento del terzo contratto; e, d'altro canto, la medesima eccezione, nei termini in cui è stata avanzata nel giudizio di nullità del lodo, postula una ricostruzione in punto di fatto del rapporto tra i tre summenzionati contratti di cui nessuna plausibile dimostrazione appare esser stata fornita: giacché, anzi, proprio l'insistenza della stessa difesa della Aliman in sede arbitrale nel sostenere e ribadire la contemporanea coesistenza di detti contratti, ed il modo in cui nel ricorso si descrive l'ultimo di essi (come destinato ad integrare marginalmente, piuttosto che a sostituire i precedenti, in conseguenza del sopravvenuto frazionamento di una delle unità immobiliari promesse in vendita), chiaramente depongono per la reciproca integrazione - e non per la novazione - della regolamentazione negoziale in essi espressa.

2.3. Quanto al secondo profilo di censura - quello cioè concernente l'eccepita inammissibilità di un unico arbitrato nascente da una pluralità di clausole compromissorie contenute in contratti diversi - deve subito osservarsi come esso muova da un presupposto non condivisibile.

Contrariamente a quanto ritenuto dalla ricorrente (ed in parte rettificando sul punto anche la motivazione dell'impugnata sentenza), non appare di per sè affatto necessariamente irrituale l'instaurazione di un unico procedimento arbitrale, pur in presenza di una pluralità di contratti e di relative clausole compromissorie, quando - come nella specie è pacifico - si sia in presenza di clausole d'identico contenuto e di contratti tra loro collegati, onde la controversia nascente dall'uno necessariamente si riverbera anche sull'altro e la risoluzione di essa è destinata ad investire la regolamentazione negoziale risultante da entrambi. Pretendere che, anche in casi come questi, la parte che intende dar vita alla risoluzione arbitrale sia tenuta a promuovere procedimenti distinti, designando arbitri diversi per ciascuno di essi, non è ragionevole e non risponde ad alcun principio inderogabile di legge; nè comunque la pluralità dei procedimenti impedirebbe certo alla parte di indicare per entrambi il medesimo arbitro. D'altronde, essendo il procedimento arbitrale essenzialmente retto dall'autonomia negoziale delle parti e, per il resto, dalle scelte affidate dalle parti stesse alla prudenza degli arbitri (salvo il rispetto dell'inderogabile principio del contraddittorio, che però qui non è in gioco), come non v'è certo motivo per negare che possa farsi luogo alla riunione di più procedimenti arbitrali in corso dinanzi al medesimo collegio, così non v'è ragione di escludere che sin da principio e con intuibile economia di mezzi la parte a ciò interessata solleciti la formazione di un unico collegio arbitrale per la decisione di vertenze connesse.

L'obiezione secondo cui, in tal caso, la controparte si vedrebbe ingiustificatamente privata del diritto di designare tanti arbitri quanti sono i differenti contratti, corredati ciascuno da clausola compromissoria, non regge alla critica.

Il dovere di leale collaborazione delle parti nell'attività di costituzione del collegio arbitrale - che è espressione del più generale principio di esecuzione di buona fede di ogni contratto - impone, anzitutto, di ritenere che il preteso diritto di designare arbitri diversi per contratti diversi trovi il proprio limite nell'eventuale collegamento funzionale esistente tra detti contratti, nella mancanza di previsioni negoziali differenti in ordine al modo di designazione degli arbitri e di successiva procedura arbitrale e nella circostanza che da quei contratti sia scaturita una controversia sostanzialmente unitaria, tale per cui la sua risoluzione postuli, sia sul piano logico sia su quello giuridico, un'unica decisione (onde l'instaurazione di diversi procedimenti arbitrali preluderebbe comunque inevitabilmente alla loro successiva riunione). Situazione, questa, nella quale l'unicità sostanziale della controversia appare naturalmente destinata a prevalere sulla formale pluralità dei contratti e delle relativa clausole compromissorie.

Ove, peraltro, alla scelta di una delle parti di designare un unico arbitro in relazione a controversie derivanti da una pluralità di contratti non corrispondesse un'evidente e condivisa ragione di collegamento negoziale tra i contratti medesimi o un sufficiente grado di omogeneità nel contenuto specifico delle clausole, nulla vieterebbe alla controparte di reagire a quella scelta manifestando la propria volontà di tenere distinte le procedure, e perciò di nominare un proprio diverso arbitro per ciascuna di esse, fermo ovviamente restando che l'unico arbitro designato dalla prima parte sarà destinato a comporre i diversi collegi che si andrebbero in tal modo a prefigurare.

Nel caso in esame, per un verso, la stessa ricorrente non mette minimamente in discussione il fatto che i contratti di cui si discute esprimessero un regolamento negoziale unitario, o che comunque vi fosse tra essi un inscindibile collegamento funzionale, sicché non vi era alcuna plausibile ragione per cui la risoluzione della lite insorta dovesse essere scomposta in una pluralità di procedimenti arbitrali; per altro verso, è pacifico che la Aliman, a fronte della designazione di un solo arbitro ad opera della Meridiana, con riferimento ai primi due contratti preliminari di compravendita dei quali s'è detto sopra, a propria volta nominò soltanto un arbitro, e poi anzi insistette perché in quella medesima controversia si tenesse conto anche del terzo contestato contratto.

Non pare quindi dubbio, alla stregua del principio sopra affermato, che non vi sia stata violazione alcuna di legge nella nomina degli arbitri e che la sentenza impugnata abbia perciò correttamente rigettato l'impugnazione per nullità del lodo prospettata a questo riguardo.

3. Il secondo motivo del ricorso principale, benché intitolato anche alla violazione di svariati articoli del codice civile e di procedura civile, in concreto si sostanzia in un addebito di omessa pronuncia o di omessa motivazione.

La ricorrente - la quale, come si è appena ricordato, aveva prospettato nel giudizio arbitrale l'esistenza di un terzo contratto preliminare, successivo ai primi due menzionati dalla controparte - dopo aver richiamato e sottoposto a critica le argomentazioni in base alle quali il collegio arbitrale ha ritenuto di non dover tenere conto di quel terzo contratto, siccome disconosciuto dalla Meridiana senza che la Aliman avesse formulato istanza di verificazione della sottoscrizione, e dopo aver ricordato come tali critiche fossero state poste a base di uno dei motivi di nullità del lodo, ex art. 829 c.p.c., comma 2, dedotti in sede d'impugnazione, lamenta che la corte d'appello abbia omesso ogni motivazione al riguardo.

3.1. Neppure tale doglianza risulta accoglibile.

È anzitutto da ricordare come, nel giudizio di legittimità avverso la decisione resa dalla Corte d'Appello sull'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale, non è ammesso introdurre questioni che, direttamente o indirettamente, si risolvano in un sindacato sulla motivazione dello stesso lodo (cfr. Cass. 05.03.2002, n. 3121).

Il giudizio di Cassazione ha infatti ad oggetto unicamente la legittimità della sentenza pronunciata della Corte d'Appello.

Con riguardo a tale sentenza, la censura formulata dalla ricorrente oscilla tra la prospettazione di un vizio di omessa pronuncia in cui la corte territoriale sarebbe incorsa trascurando del tutto uno dei motivi d'impugnazione del lodo - vizio che sarebbe quindi da ricondurre alla previsione dell'art. 112 c.p.c., e quindi denunciabile a norma dell'art. 360 c.p.c., n. 4 - e la denuncia di omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, a norma dell'art. 360 c.p.c., n. 5.

Sotto nessuno di tali profili essa, comunque, è fondata.

Di omessa pronuncia non è a parlarsi, perché la Corte d'Appello, che nella parte espositiva della sentenza non aveva mancato di riferire anche del motivo d'impugnazione in discorso, ha poi espressamente rigettato tutti i motivi diversi da quello concernente la rivalutazione monetaria della somma dovuta alla Meridiana, ivi compreso dunque anche quello del quale ora si sta discutendo.

Neppure è però riscontrabile, a questo riguardo, un vizio di omessa motivazione. È vero che l'impugnata sentenza non si è espressamente soffermata ad esaminare le argomentazioni con cui l'impugnante aveva censurato su questo punto la pronuncia arbitrale, ma - come s'è già avuto modo di ricordare anche prima - nella medesima sentenza è chiaramente espresso il convincimento della Corte d'Appello secondo cui l'ambito oggettivo del giudizio arbitrale, quale segnato dall'iniziativa assunta dalla Meridiana, doveva intendersi circoscritto ai soli due contratti preliminari stipulati dalle parti nel 1996 e nel 1997, di modo che le considerazioni svolte dal collegio arbitrale a proposito del terzo e successivo contratto erano da considerarsi prive di rilievo e, "quandanche fossero risultate clamorosamente errate, non avrebbero comunque dato vita ad una statuizione ora aggredibile con l'impugnazione per nullità" (sentenza impugnata, pag. 51).

Ancorché non condivisa da parte ricorrente, dunque, la motivazione dell'impugnata sentenza sul punto non risulta affatto omessa e perciò non sussiste il vizio denunciato ai sensi del citato art. 360 c.p.c., n. 5.

4. Gli ultimi due motivi del ricorso principale presentano punti di contatto che ne consigliano l'esame congiunto.

La ricorrente si duole, anzitutto, della motivazione con cui la Corte d'Appello ha rigettato il motivo d'impugnazione volto a far valere la nullità del lodo per violazione dei canoni legali di interpretazione contrattuale e delle regole del codice in materia di inadempimento e risoluzione dei contratti. Canoni alla luce dei quali avrebbe dovuto esser valorizzato il collegamento causale esistente tra il contratto d'appalto per la costruzione del complesso edilizio intercorso tra la Meridiana e la committente Winklerhof, da un lato, e, dall'altro, i tre contratti preliminari di acquisto delle diverse unità immobiliari stipulati dalla stessa appaltatile con la Aliman, proprietaria del suolo su cui gli edifici erano destinati a sorgere.

Ove della connessione causale tra quei contratti si fosse adeguatamente tenuto conto - opina la ricorrente - non si sarebbe potuto imputare alla Aliman di non aver adempiuto tempestivamente all'obbligazione di consegnare gli immobili indicati nei summenzionati contratti preliminari, giacché l'impossibilità di completare entro i termini quegli immobili era a propria volta dipesa dallo scorretto comportamento tenuto dalla Meridiana nella sua veste di appaltatrice. Donde l'errore commesso dal collegio arbitrale, prima, e dalla Corte d'Appello, poi, e la contraddizione in cui quest'ultima era incorsa, avendo per altro verso riconosciuto l'evidente interconnessione funzionale ed economica tra i vari rapporti intrecciati tra le tre menzionate società.

4.1. Entrambi tali motivi sono da ritenere inammissibili.

Essi ruotano essenzialmente intorno alla questione dell'imputabilità alla Aliman dell'inadempimento dei contratti preliminari in forza dei quali la medesima Aliman si era obbligata a vendere ed a consegnare alla Meridiana alcuni immobili che quest'ultima avrebbe dovuto edificare. Ora, è bensì vero che l'impugnata sentenza, pronunciando sui corrispondenti motivi d'impugnazione del lodo arbitrale, ha ritenuto non viziata la statuizione secondo cui la risoluzione dei menzionati contratti dipendeva da un inadempimento imputabile alla promettente venditrice (la quale si era comunque resa garante della tempestiva ultimazione delle opere edilizie di cui si trattava), onde su tale affermazione si appuntano ora le critiche di parte ricorrente. Ma non può ignorarsi che, nell'impugnata sentenza, viene sviluppato anche un ulteriore ordine di considerazioni, basate sul rilievo per cui, essendo comunque incontrovertibile la sopravvenuta impossibilità dell'adempimento contrattuale ed avendo in definitiva il collegio arbitrale fatto discendere dalla risoluzione dei contratti l'unica conseguenza dell'obbligo per la Aliman di restituire quanto ricevuto a titolo di acconto sul prezzo (senza condanna alcuna al risarcimento dei danni), "essa non può più vantare alcun reale interesse ad un ribaltamento del giudizio sull'addebito della mancata esecuzione dei contratti, in quanto alla pronuncia di risoluzione dei medesimi... avrebbe pur sempre da conseguire la condanna della Aliman Immobiliare s.a.s. al rimborso degli acconti già incamerati" (sentenza impugnata, pag. 58).

Tale ultime rilievo, di per sè solo evidentemente decisivo, in quanto idoneo a dimostrare la carenza d'interesse ad impugnare il lodo su questo punto, non è stato censurato dalla ricorrente; e tanto basta a rendere inammissibili doglianze che in nessun caso sarebbero in grado di scalzare l'autonoma *ratio decidendi* di cui s'è detto.

5. Manifestamente inammissibili sono entrambi i motivi del ricorso incidentale.

5.1. Il primo di essi concerne il mancato riconoscimento di un'ulteriore pretesa creditoria avanzata dalla Meridiana con riferimento ad una rata di pagamento non fatturata dalla controparte.

Ma l'assunto secondo il quale la Corte d'Appello è incorsa in errore nel rigettare il corrispondente motivo d'impugnazione del lodo arbitrale, come sarebbe dimostrato da una fattura a suo tempo prodotta e da un passo della relazione della consulenza tecnica d'ufficio, si pone evidentemente al di fuori dei limiti propri del giudizio di cassazione (non bastando a farvela rientrare la formale invocazione di errori di diritto e di non meglio specificati vizi di motivazione nell'intestazione del motivo), giacché investe direttamente il governo delle risultanze istruttorie, ossia un profilo inerente in via esclusiva al giudizio di merito.

5.2. Il secondo motivo concerne invece in modo diretto ed esclusivo il lodo arbitrale - la motivazione del quale la ricorrente incidentale critica nella parte in cui non ha riconosciuto un'ulteriore sua pretesa creditoria per migliorie ed addizioni riguardanti le costruzioni eseguite - e trascura invece completamente le ragioni esposte nella sentenza della Corte d'Appello, che ha rigettato l'impugnazione incidentale del lodo su questo punto. Il che del pari, per quanto già in precedenza osservato in ordine all'oggetto del giudizio di Cassazione, rende inammissibile la censura così formulata in questa sede.

6. Il rigetto del ricorso principale e la declaratoria d'inammissibilità di quello incidentale configurano una situazione di soccombenza reciproca che suggerisce di compensare tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi, rigetta il ricorso principale, dichiara inammissibile l'incidentale e compensa tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 13 aprile 2007.

Depositato in Cancelleria il 25 maggio 2007

Cassazione civile sez. I, 21/03/2007, n. 6809

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. ADAMO Mario - Presidente -
Dott. MACIOCE Luigi - Consigliere -
Dott. RAGONESI Vittorio - rel. Consigliere -
Dott. SPAGNA MUSSO Bruno - Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso proposto da:
C.R., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CICERONE 28, presso l'avvocato Elisabetta Rampelli, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Alberto Tedeschi, giusta procura speciale per Notaio Federico Lojodice in Bari - rep. n. 25435 del 07/03/03;
- ricorrente -

contro
CONDOMINIO EDILIZIO di VIA (OMISSIS), in BARI;
- intimato -

e sul 2^ ricorso n. 13382/03 proposto da:
CONDOMINIO EDILIZIO di VIA (OMISSIS) in BARI, in persona del suo amministratore pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CAIO CANULEIO 127, presso l'avvocato Alfonso Dellarciprete, che lo rappresenta e difende, giusta procura speciale a margine del controricorso e ricorso incidentale;
- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro
C.R.;
- intimato -

avverso la sentenza n. 242/02 della Corte d'Appello di BARI, depositata il 14/03/02;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 05/02/2007 dal Consigliere Dott. RAGONESI Vittorio;

udito per il ricorrente, l'Avvocato Elisabetta Rampelli che ha chiesto l'accoglimento del ricorso principale;
udito per il controricorrente e ricorrente incidentale, l'Avvocato Alfonso Dellarciprete che ha chiesto il rigetto del ricorso principale e l'accoglimento di quello incidentale;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. UCCELLA Fulvio che ha concluso per il rigetto del ricorso principale e per l'assorbimento del ricorso incidentale condizionato.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con scrittura privata del 06/09/90 B.A., premesso di essere creditore nei confronti del Condominio di Via D'Avanzo 5 - Bari, della somma di L. 79.236.226, cedeva a C.R. il credito in questione fino alla concorrenza di L. 42 milioni. Nell'atto di cessione il credito veniva indicato come derivante dal contratto d'appalto stipulato in data 29.04.1989 tra il Blasi e l'Amministrazione del Condominio, per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria dell'immobile condominiale; detto contratto conteneva, all'art. 20, una clausola compromissoria per arbitrato rituale.
Il C. notificava la cessione di credito al Condominio.
Quest'ultimo veniva successivamente convenuto innanzi al tribunale di Bari sostenendosi che, nonostante fosse debitore ceduto, continuasse a corrispondere acconti sul compenso pattuito al cedente B., nulla corrispondendo, invece, al cessionario C.
Il condominio eccepiva l'esistenza della clausola compromissoria.
Il Tribunale di Bari accoglieva tale eccezione del Condominio e dichiarava l'improponibilità della domanda, a favore della competenza del collegio arbitrale previsto nel contratto.
Instauratosi il giudizio arbitrale, il C. ribadiva la richiesta di condanna al pagamento in suo favore della somma di L. 42 milioni.
Il Condominio, contestando tutte le avverse istanze, proponeva domanda riconvenzionale e in corso di giudizio deduceva l'inammissibilità della domanda proposta dal C. al Collegio Arbitrale, "in quanto la clausola compromissoria estende i suoi effetti solo a chi succeda a titolo particolare nell'intera e complessiva posizione giuridica di una delle parti, e quindi nel caso di cessione di contralto ex art. 1406 c.c. e non nella (limitata) cessione di credito ex art. 1260 c.c.".
Svolta l'attività istruttoria, il Collegio arbitrale rendeva il proprio lodo e, rigettando ogni avversa eccezione, accoglieva integralmente la domanda del C.
Il lodo veniva dichiarato esecutivo dal Pretore di Bari.
Con atto notificato il 04/02/1997, il Condominio chiedeva alla Corte d'Appello di Bari di dichiarare la nullità del lodo per una molteplicità di motivi, tra cui in particolare quello secondo cui il C., non essendo parte originaria del contratto Condominio- B., non poteva avvalersi della clausola compromissoria. L'impugnante chiedeva, inoltre, alla Corte di accertare e liquidare, come espressamente richiesto nel giudizio arbitrale, i propri controcrediti nei confronti del cedente rivenienti dal contratto d'appalto.
Si costituiva il C. chiedendo il rigetto dell'avversa impugnazione.
La Corte d'appello di Bari, con sentenza del 5.3.02, dichiarava la nullità del lodo per incompetenza del collegio arbitrale a decidere della controversia.

Avverso questa decisione ricorre per cassazione il C. sulla base di tre motivi, illustrato con memoria, cui resiste con controricorso il Condominio di via (OMISSIS) che propone altresì ricorso incidentale condizionato.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo di ricorso si censura la sentenza impugnata laddove ha ritenuto che la clausola arbitrale inerente ad un contratto non potesse essere invocata dal cessionario di un credito derivante dal contratto stesso.

Con il secondo motivo si solleva questione di costituzionalità dell'interpretazione dell'art 808 c.p.c., ove, in riferimento all'art. 1260 c.c., esclude che il cessionario del credito possa adire l'arbitrato previsto nel contratto dal quale il debito ceduto origina.

Con il terzo motivo si censura la sentenza sotto il profilo motivazionale laddove ha escluso l'esistenza di un valido compromesso tra le parti.

Con l'unico motivo di ricorso incidentale condizionato, il condominio lamenta la mancata rilevazione d'ufficio della clausola compromissoria per mancanza di specifica approvazione per iscritto.

I ricorsi vanno riuniti ex art. 325 c.p.c. Va preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dal resistente che assume che, costituendo la pronuncia di inefficacia o invalidità della clausola arbitrale una decisione sulla competenza, la medesima doveva essere impugnata con regolamento di competenza.

L'eccezione è manifestamente infondata.

Questa Corte ha infatti ripetutamente affermato che la sentenza della corte d'appello che dichiara la nullità del lodo per invalidità della clausola compromissoria, e conseguente carenza di "potestas iudicandi" in capo agli arbitri, non costituisce una pronuncia resa sulla competenza, ma decide una questione di merito; tale sentenza è pertanto impugnabile con il ricorso ordinario per cassazione, non già con il regolamento necessario di competenza (Cass. 10420/05; Cass. 20351/05; Cass. 13516/04; Cass. 3144/01).

Il primo motivo del ricorso principale è infondato.

La costante giurisprudenza di questa Corte ha già avuto occasione di chiarire che il cessionario di credito nascente da contratto nel quale sia inserita una clausola compromissoria non subentra nella titolarità del distinto e autonomo negozio compromissorio e non può, pertanto, invocare detta clausola nei confronti del debitore ceduto (cass. 17531/04; Cass. 13893/93; Cass. Sez. Un. 12616/98.).

Alla base della predetta interpretazione si pone il principio sancito dall'art. 808 c.p.c., comma 3, nel testo novellato dalla L. n. 25 del 1994, in base al quale la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce.

Dalla affermata autonomia del negozio compromissorio consegue, che la successione a titolo particolare nel rapporto sostanziale, per effetto della cessione, ai sensi dell'art. 1406 c.c., e segg., del contratto nel quale la clausola compromissoria è inserita, in virtù dell'accordo trilaterale tra cedente, cessionario ed altro contraente, non comporta automaticamente la successione nel connesso ma autonomo negozio

compromissorio, occorrendo a tal fine una ulteriore specifica manifestazione di volontà di tutte le parti suddette (Cass. Sez. Un. 12616/98).

Se, quindi, il subentro del cessionario nel distinto negozio compromissorio è escluso nel caso di cessione del contratto nel quale la clausola è inserita, ai sensi dell'art. 1406 c.c., e segg., a maggior ragione deve ritenersi che il subentro non si verifichi nell'ipotesi di mera cessione di un credito nascente dal contratto nel quale è inserita la clausola. Ed infatti, la cessione di credito, che il creditore può effettuare anche senza il consenso del debitore (art. 1260 c.c., comma 1), ha un effetto più circoscritto rispetto alla cessione del contratto, in quanto è limitata al solo diritto di credito derivante al cedente da un precedente contratto, e non determina il trasferimento dal cedente al cessionario dell'intera posizione giuridica contrattuale, con tutti i diritti e gli obblighi ad essa relativi (Cass. 12616/98).

Nel caso di specie, agendo in giudizio il C. quale cessionario del credito vantato dal B. nei confronti del condominio debitore, il medesimo non può invocare l'applicazione della clausola compromissoria contenuta nel contratto intercorso tra il B. ed il condominio.

In rapporto a siffatta interpretazione si appalesa manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 808 c.p.c., sollevata dal ricorrente, con il secondo motivo di ricorso, in riferimento all'art. 3 Cost. per una asserita posizione deteriore del cessionario rispetto al debitore ceduto, all'art. 24 Cost., per una ritenuta violazione del diritto di difesa, all'art. 10 Cost., per dedotta violazione della Convenzione di New York sul riconoscimento dei lodi arbitrali stranieri e, infine all'art. 42 Cost., violazione delle garanzie della proprietà privata.

La questione di legittimità non solo è manifestamente inammissibile in quanto rivolta verso una interpretazione giurisprudenziale e non già verso una norma, ma è anche manifestamente infondata.

Per quanto riguarda gli artt. 3 e 24 Cost., questa Corte ha ripetutamente osservato che il debitore ceduto, a differenza del cessionario può avvalersi della clausola compromissoria nei confronti del cessionario, atteso che si vedrebbe altrimenti privato del diritto di far decidere ad arbitri le controversie sul credito in forza di un accordo tra cedente e cessionario al quale egli è rimasto estraneo (Cass. 3893/03; Cass. 12616/98; Cass. 1525/70).

Tale diversità di trattamento si giustifica in ragione della diversa posizione giuridica dei due soggetti, mentre infatti il debitore ceduto si troverebbe in una situazione di menomazione della posizione contrattuale assunta con il contraente originario in relazione all'accordo compromissorio senza avere potuto manifestare il proprio consenso a siffatto mutamento, il cessionario verrebbe al contrario ad acquisire un diritto in relazione al detto accordo compromissorio al quale è rimasto comunque estraneo essendo detto accordo, ancorché collegato, comunque distinto rispetto al contratto dal quale ha derivato il proprio credito.

La diversa interpretazione dell'art. 808 c.p.c., è pertanto del tutto giustificata in ragione della diversa situazione del debitore ceduto rispetto al cessionario.

La questione di costituzionalità in riferimento agli artt. 10 e 42 Cost. è irrilevante poiché nella fattispecie non si verte in tema di lodi stranieri né in tema di proprietà privata, il terzo motivo di ricorso è inammissibile.

Con tale motivo si deduce un vizio motivazionale in riferimento al fatto che non si sarebbe rilevata la sostanziale rinuncia del condominio all'eccezione d'incompetenza e l'accettazione del giudizio degli arbitri.

Il ricorrente avrebbe infatti dovuto specificare in quale delle proprie difese aveva dedotto nel giudizio avanti alla Corte d'appello l'eccezione di cui sopra.
In assenza di tale specificazione il motivo è non solo del tutto privo di autosufficienza ma risulta anche nuovo e pertanto non è comunque proponibile in questa sede di legittimità.
Il ricorso principale va pertanto respinto. Resta assorbito quello incidentale.
Il ricorrente va di conseguenza condannato al pagamento delle spese processuali liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.
Riunisce i ricorsi, rigetta quello principale, assorbito quello incidentale e condanna il ricorrente principale al pagamento delle spese di giudizio liquidate in Euro 3000,00 per onorari oltre Euro 100,00 per esborsi oltre spese generali e accessori di legge.
Così deciso in Roma, il 5 febbraio 2007.
Depositato in Cancelleria il 21 marzo 2007

Cassazione civile sez. II, 31/03/2014, n. 7501

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. PICCIALLI Luigi - Presidente -
Dott. MIGLIUCCI Emilio - Consigliere -
Dott. PETITTI Stefano - Consigliere -
Dott. CARRATO Aldo - Consigliere -
Dott. FALASCHI Milena - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso (iscritto al N.R.G. 8395/08) proposto da:
B.G., rappresentato e difeso, in forza di procura speciale in calce al ricorso, dagli Avv.ti BOCCARDI ERCOLE e Monica del foro di Rimini e dall'Avv.to Marina Petronio del foro di Roma ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultima in Roma, via Cola di Rienzo n. 8;
- ricorrente -

contro
Comm. M.V., quale procuratore speciale di B. F., rappresentata e difesa dagli Avv.ti GATTESCHI GIOVANNI e Marcello Catacchini del foro di Arezzo e dall'Avv.to Antonio Rizzo del foro di Roma, in virtù di procura speciale apposta in calce al controricorso, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Toscana n. 10;
- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Firenze n. 1126 depositata il 25 luglio 2007;
Udita la relazione della causa svolta nell'udienza pubblica del 12 dicembre 2013 dal Consigliere relatore Dott.ssa Milena Falaschi;
udito l'Avv.to Marcello Catacchini, per parte resistente;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.ssa CERONI Francesca, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso, in subordine per il rigetto.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
Con atto di citazione notificato il 28 novembre 2001 B. F. evocava, dinanzi al Tribunale di Arezzo - Sezione distaccata di Sansepolcro, B.G. esponendo di avere concluso con quest'ultimo contratto preliminare il 9.8.2000, con il quale il convenuto, promissario acquirente, si era impegnato ad acquistare da lei la sua quota,

pari al 50% del capitale sociale, della società Vittoria s.a.s. - della quale l'attrice era soda accomandante ed il convenuto socio accomandatario - per il prezzo di L. 75.000.000, nonché l'immobile di via Buitoni nn. 57-59, in cui veniva esercitata l'attività dell'azienda societaria, per il prezzo di L. 425.000.000, da pagarsi in rate mensili di L. 5.000.000 ciascuna dal 15.9.2000, previsto il termine essenziale, al 30.9.2001 per la stipula del definitivo, ormai scaduto; aggiungeva che nello stesso preliminare le parti avevano concordato che in caso di mancato pagamento del prezzo entro il termine pattuito, sarebbe stato B.G. a dovere cedere alla soda la sua quota nella società, per il medesimo prezzo di L. 75.000.000, decurtato di eventuali passività ed aumentato del valore delle attrezzature o dotazioni positive che nel frattempo fossero state acquistate dalla società; tanto premesso, chiedeva pronunciarsi la risoluzione del contratto preliminare per inadempimento del convenuto e per l'effetto disporsi il trasferimento a proprio favore, alle predette condizioni, della quota del convenuto.
Instaurato il contraddittorio, nella resistenza del convenuto sotto vari profili, il giudice adito, dichiarava risolto il contratto preliminare di cui alla scrittura del 9.8.2000 e, per contro, dichiarava il convenuto obbligato a cedere a B.F., per il corrispettivo di L. 75.000.000, la propria quota sociale.
In virtù di rituale appello interposto da B.G., con il quale insisteva nell'eccezione di improponibilità della domanda per essere la controversia devoluta al giudizio di un arbitro in base alla clausola compromissoria di cui all'art. 12 del contratto sociale, di indeterminatezza del prezzo, di sussistenza di un collegamento negoziale fra il preliminare con asserito contratto di locazione, la Corte di appello di Firenze, nella resistenza dell'appellata, che proponeva appello incidentale, rigettava l'appello principale e in parziale accoglimento di quello incidentale, disponeva il trasferimento delle quote della Vittoria s.a.s. di proprietà dell'appellante a favore dell'appellata, con contestuale versamento del prezzo, confermata per il resto la decisione di primo grado. A sostegno della decisione adottata la corte territoriale evidenziava che la clausola di cui all'art. 12 del contratto sociale atteneva esclusivamente alle controversie inerenti al rapporto societario (fra soci in quanto soci e fra soci e la società), nelle quali la *causa petendi* era direttamente ricollegabile al relativo contratto, mentre nella specie veniva richiesta la risoluzione di un diverso contratto, ossia un contratto preliminare di vendita che con l'esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto di società non aveva alcun legame, irrilevante che l'esecuzione del preliminare avrebbe determinato l'estinzione della società per il venire meno della pluralità dei soci.
Determinato doveva ritenersi anche il prezzo, avendo le parti posto a carico dell'acquirente gli oneri fiscali, incluso l'INVIM, che aveva diversa finalità. Né configurava un autonomo contratto di locazione, di durata minima di sei anni, la pattuizione nella promessa di vendita della corresponsione mensile da parte del promissario acquirente di una somma mensile, a scomputo del prezzo di vendita, corrispettivo per il godimento del bene, condividendo la corte distrettuale l'inquadramento della previsione fatta dal primo giudice secondo il quale si trattava di diritto di ritenzione, per il caso di inadempimento del promissario acquirente delle mensilità dallo stesso pagate a scomputo del prezzo e quindi di una penale, neanche eccessivamente gravosa essendo in funzione del godimento dell'immobile da parte del ricorrente.
Infine riteneva di accogliere l'appello incidentale relativamente alla pronuncia meramente dichiarativa del riconoscimento del diritto della appellata al trasferimento delle quote sociali dell'appellante, di fatto inutile, in quanto richiedeva una successiva pronuncia ex art. 2932 c.c. in caso di inottemperanza.

Avverso la indicata sentenza della Corte di appello di Firenze ha proposto ricorso per cassazione B.G., articolato su quattro motivi, al quale ha replicato con controricorso Valentino M., in qualità di procuratore speciale della B., illustrato anche da memoria ex art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

Pregiudizialmente occorre rilevare che non può essere condiviso l'assunto di parte controricorrente, di cui alla memoria illustrativa (pagine 4 e 5), secondo il quale avendo il ricorrente ritirato la somma per l'acquisto delle quote sociali offerta in forma reale dalla B., a seguito dell'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza relativa alla validità dell'offerta, la circostanza comporterebbe una manifestazione di acquiescenza alla sentenza impugnata, con conseguente inammissibilità del ricorso. È al riguardo sufficiente rilevare che secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'acquiescenza tacita, prevista dall'art. 329 c.p.c., può avere efficacia preclusiva solo rispetto a un'impugnazione non ancora proposta, mentre quando l'impugnazione sia stata già proposta, è possibile solo una rinuncia espressa, da compiersi nelle forme e con le modalità prescritte dalla legge (Cass. 14 giugno 1995 n. 6698;
Cass. 27 gennaio 1998 n. 801; Cass. SS.UU. 26 agosto 1998 n. 8453;
più di recente: Cass. 10 febbraio 2005 n. 2704 e Cass. 23 aprile 2008 n. 10578). Sicché nel caso in esame il sopravvenuto ritiro delle somme attribuite al cedente quale corrispettivo della cessione di quote determinato dalla sentenza impugnata - peraltro a seguito della attivazione della procedura prevista dall'art. 1206 c.c. e ss. - non può essere interpretata come tacita rinuncia alla già proposta impugnazione contro il provvedimento che quel trasferimento ha disposto.
Sempre in via preliminare occorre rilevare che non deve tenersi conto della comunicazione fatta pervenire dal ricorrente a mezzo fax l'11.12.2013, che oltre a provenire dalla parte personalmente e ad essere tardiva rispetto ai termini di cui all'art. 378 c.p.c., riferisce di circostanze ininfluenti, per quanto prima esposto.
Venendo all'esame del ricorso, con il primo motivo il ricorrente denuncia violazione o falsa interpretazione delle norme concernenti l'interpretazione dei contratti (art. 1362 c.c. e ss.) nell'analisi della clausola arbitrale, oltre a motivazione carente ed incongrua, con violazione dell'art. 806 c.p.c. e ss., per non avere ritenuto l'inammissibilità della domanda in sede di giurisdizione ordinaria siccome riservata ad arbitro. Prosegue il ricorrente lamentando la violazione del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 1, per non avere ritenuto che la controversia rientri nella materia societaria sì da comportare l'inammissibilità della domanda in sede di giurisdizione ordinaria, essendo la controversia riservata all'arbitro, come previsto dall'art. 12 dell'atto costitutivo della società. Del resto il contratto preliminare - ad avviso del ricorrente - non può essere considerato del tutto estraneo alla società essendo diretto a regolamentare l'uscita di uno o dell'altro dei soci, coinvolgendo anche i rapporti societari che vengono estinti. L'art. 808 quater c.p.c., prevede, inoltre, che nel dubbio la convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto e dal rapporto al quale si riferisce.
A conclusioni di detta illustrazione il ricorrente formula il seguente quesito di diritto: "se la controversia, fra soci, relativa alla cessione delle quote con contratto autonomo - come in atti - rientri nell'ambito delle

controversie che - ai sensi dell'art. 808 quater c.p.c. - debbano essere comprese, nel dubbio, fra quelle regolate dalla clausola arbitrale di cui è causa, e se la sentenza impugnata abbia quindi violato l'art. 808 quater c.p.c.".
In secondo luogo il D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 1, comprende nella materia societaria anche le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali ed i diritti inerenti e a corollario viene posto il seguente quesito di diritto: "se la controversia fra i soci, relativa alla cessione fra loro di quote sociali (come quella di cui è causa) sia da classificare, ai sensi del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 1, fra quelle che rientrano nell'ambito delle controversie comprese nella materia societaria e, quindi, siano soggette alla clausola arbitrale convenuta fra i soci per regolare le liti fra di loro; se, quindi, la sentenza impugnata, che ha ritenuto esclusa dall'artitro la controversa in oggetto, abbia violato, per omissione o errata interpretazione, il detto D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 1".
A corollario della doglianza relativa alla violazione dei criteri di interpretazione dei contratti (artt. 1362, 1365, 1366 e 1371 c.c.) è formulato il seguente quesito: se la clausola compromissoria inserita in un contratto di società, qualora non preveda espressamente che l'arbitrato sia riservato a controversie strettamente legate a questioni sociali, possa essere applicabile anche a tutti gli altri rapporti fra i soci, siano essi rapporti totalmente estranei all'oggetto sociale, o ad esso collegati in via più generica come nel caso in esame, e se la contraria interpretazione abbia violato l'art. 1362 c.c.".
Il motivo non merita ingresso.
Questa Corte ha già avuto modo di escludere che, tramite la clausola compromissoria contenuta in un determinato contratto, la deroga alla giurisdizione del giudice ordinario e il deferimento agli arbitri si estendano a controversie relative ad altri contratti, ancorché collegati al contratto principale, cui accede la predetta clausola (Cass. 11 aprile 2001 n. 5371; la clausola, invece, potrebbe estendersi alle controversie insorte in relazione alle modificazioni apportate dalle parti al contenuto negoziale originario, ipotesi qui neppure prospettata). Correttamente, pertanto, la Corte territoriale ha ritenuto che le controversie nascenti dal contratto preliminare del 9.8.2000 non potessero essere devolute agli arbitri, in forza di una clausola che non era contenuta in quel contratto, e che in alcun modo richiamava il contratto sociale e la clausola compromissoria nello stesso contenuta.
La clausola n. 12 del contratto sociale nel prevedere la devoluzione ad un collegio arbitrale di "ogni controversia fra i soci", deve, perciò, essere interpretata, in mancanza di espressa volontà contraria, nel senso che rientrano nella competenza arbitrale (tutte) le controversie inerenti al rapporto societario e relative a pretese aventi la loro *causa petendi* nel medesimo contratto sociale (Cass. 20 febbraio 199, n. 1559; Cass. 2 febbraio 2001 n. 1496; Cass. 22 dicembre 2005 n. 28485; Cass. 20 giugno 2011 n. 13531).
Nella specie invece il contratto sociale costituisce il presupposto storico sullo sfondo del quale si innesta l'azione proposta, ma non la causa pretendi della stessa, perché l'inadempimento al preliminare di compravendita denunciato, essendo un comportamento rilevante solo sotto il profilo ricollegabile alla risoluzione dello stesso, è un fatto che non sostanzia alcun legame con gli obblighi derivanti dal contratto di società, al quale soltanto si riferisce la clausola arbitrale sottoscritta dalle medesime parti, peraltro in epoca antecedente alla stipula del preliminare in contesa.

Con il secondo motivo viene lamentata la violazione, mancata applicazione o falsa interpretazione degli artt. 1325, 1343 e 1346 c.c., nonché dell'art. 1418 c.c. e ss., relativi alla nullità del contratto, anche in relazione all'art. 1470 c.c., oltre a violazione, mancata applicazione o falsa interpretazione dell'art. 1419 c.c., relativo alla nullità di singole clausole, con violazione, mancata applicazione o falsa interpretazione del D.P.R. 26 gennaio 1972, n. 643, art. 4, in materia di imposta INVIM, e D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, artt. 2, 3 e 6, in materia di imposta IRPEF, anche per vizio di motivazione, per avere il ricorrente dedotto la nullità del contratto per inammissibilità dell'accollo delle imposte e per indeterminatezza del prezzo. Invero la corte territoriale nel ritenere separate le voci, per il prezzo e per oneri fiscali, ha confuso il prezzo netto con il corrispettivo, al quale si deve fare riferimento nella sua interessa. Aggiunge il ricorrente che la corte di merito avrebbe omesso di prendere in considerazione l'argomento relativo alla clausola essenziale e pone il seguente quesito di diritto: "se la clausola di accollo delle imposte al compratore sia da ritenere essenziale ai sensi e fini dell'art. 1419 c.c., e se la sua nullità travolga l'intero contratto".

Erroneamente la corte di merito ha ritenuto che l'accollo dell'INVIM non fa parte del prezzo e perciò formula il seguente quesito di diritto: "se la pattuizione, per la vendita, di un ammontare in denaro, con l'aggiunta dell'accollo a carico del compratore delle imposte INVIM e IRPEF, configuri l'accollo come parte del corrispettivo - o prezzo - della vendita e se, essendo indeterminabile l'ammontare delle imposte, sia indeterminabile - di conseguenza - anche il prezzo della vendita, derivandone la nullità del contratto ai sensi degli artt. 1418, 1325, 1343 e 1346 c.c.".

Ulteriori quesiti di diritto sono: "- se il generico ed indeterminato accollo delle imposte INVIM ed IRPEF, all'acquirente di un bene, a far parte del corrispettivo, come nel caso di specie, comporti la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c., per indeterminatezza (o indeterminabilità) del prezzo, e per mancanza o illiceità della causa, in relazione agli artt. 1325, 1343, 1346 e 1470 c.c., e se di conseguenza, la sentenza impugnata abbia violato i menzionati articoli del codice civile; - se la clausola relativa all'accollo delle imposte a carico dell'acquirente sia nulla per violazione del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, art. 4, (e successive modifiche) sull'imposta INVIM, secondo il quale l'imposta è dovuta dall'alienante a titolo oneroso e se, trattandosi di una norma di ordine pubblico, detta nullità sia disposta dall'art. 1418 c.c.; - se la clausola relativa all'accollo delle imposte a carico dell'acquirente sia nulla per violazione del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, artt. 2, 3 e 6, (e successive modificazioni) sull'imposta IRPEF, secondo il quale l'imposta è personale e dovuta dal contribuente sul suo reddito complessivo e se, trattandosi di norma di ordine pubblico, detta nullità sia disposta dall'art. 1418 c.c.; - se in tal caso l'intero contratto sia nullo, ai sensi dell'art. 1419 c.c., perché la clausola di accollo è essenziale e se, ignorandolo, la sentenza abbia violato la norma".

La censura è fondata e va, pertanto, accolta.

La sentenza impugnata ha escluso che il secondo motivo di appello fosse da riferire all'ammissibilità di trasferire al compratore l'obbligo di pagare l'INVIM, pacificamente dovuta dal venditore, limitando l'esame alla questione della determinatezza o meno del prezzo, ritenendo le due voci, prezzo di vendita ed obblighi fiscali da esso derivanti operare, nella volontà delle parti, su piani diversi.

Di converso, la ricostruzione della vicenda e della sussistenza di tale importante circostanza (i.n.v.i.m. quale parte del corrispettivo o non), data per scontata nella sentenza nei termini di cui si è detto, ma recisamente

contestata nel ricorso e prima ancora nell'atto di appello (esaminabile in questa sede in considerazione della natura del vizio denunciato), risulta inficiata dal non appropriato inquadramento della fattispecie nell'ambito delle patologie del negozio e della natura dell'accertamento giudiziale conseguente.

Premesso che nell'atto di appello (pag. 9) il B. ha denunciato la nullità del contratto sotto "diversi profili", precisando l'indisponibilità delle norme istitutive dell'i.n.v.i.m., posta dalla legge a carico dell'alienante a titolo oneroso, per cui non è condivisibile l'assunto della Corte di merito secondo il quale non sarebbe stata eccepita la nullità del preliminare per accollo delle imposte, nel caso di specie trova applicazione l'insegnamento delle Sezioni Unite (sent. 4 settembre 2012 n. 14828), che componendo un contrasto di giurisprudenza, hanno enunciato il principio, cui va data continuità anche nella presente sede, secondo il quale "Il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti ex actis, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione, volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda. Nell'uno e nell'altro caso dovrà disporre, se richiesto, le restituzioni".

Ciò posto, va precisato che l'i.n.v.i.m., istituita con D.P.R. n. 643 del 1972, è stata applicata dal 1 gennaio 1973 al 31 dicembre 2001, soppressa contestualmente all'entrata in vigore dell'I.C.I. (D.Lgs. n. 333 del 1992), e sostituita dall'I.R.P.E.F. a carico del venditore, stabilendosi tuttavia l'obbligo del pagamento dell'incremento di valore maturato sino al 31 dicembre 1992 fino al dicembre 2003, poi definitivamente abolita dal 1 gennaio 2002, nella Finanziaria 2002, pertanto la sua previsione nel contratto de quo, stipulato il 9.8.2000, ha una sua valenza ai fini dell'accertamento della validità dell'accordo.

Presupposto dell'i.n.v.i.m. dovuta dalle persone fisiche in caso di trasferimento di un immobile era la plusvalenza patrimoniale costituita dalla differenza fra il valore del bene all'atto della sua alienazione a titolo oneroso o del suo acquisto a titolo gratuito, anche per causa di morte, o per usucapione, ed il minor valore, maggiorato delle spese di acquisto, di costruzione ed incrementative, che il cespite aveva alla data del suo anteriore acquisto (cfr.: D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, art. 6).

Soggetti passivi dell'imposta, in relazione alla capacità contributiva oggettivamente evidenziata dall'incremento del valore dell'immobile, era l'alienante, nel caso di cessione a titolo oneroso, e l'acquirente, per l'acquisto a titolo gratuito o per usucapione (art. 4, cit. D.P.R.), in quanto beneficiari della plusvalenza, e il D.P.R. n. 643 del 1972, art. 27, poneva espressamente, recependo il principio dettato dall'art. 53 Cost., in ordine alla necessaria correlazione tra l'obbligo generale di contribuzione economica e la capacità contributiva dei singoli ed in sintonia con una linea di tendenza del diritto tributario che a tale principio si ricollegava, il divieto di traslazione dell'imposta e la nullità di ogni patto diretto a trasferire a terzi l'onere impositivo (cfr: Cass. 5 gennaio 1985 n. 5).

Tale nullità nella sua formulazione omnicomprensiva è stata da sempre ritenuta non consentire di ipotizzare alcuna limitazione al sancito divieto di trasferimento e di fronte alla precisa individuazione del soggetto passivo d'imposta la validità della pretesa del venditore di sostituire altri a sè nella posizione debitoria non potesse essere esclusa non solo nei confronti dell'amministrazione finanziaria, rispetto alla quale la riconducibilità di un eventuale accordo all'istituto dell'accollo presupporrebbe altresì l'adesione del

creditore, ma anche nei rapporti tra le parti contraenti, quale che fosse lo strumento negoziale direttamente azionato al fine della traslazione dell'imposta, senza che rilevasse la finalità pratica che a suo mezzo le parti intendevano conseguire (cfr.: Cass. 10 maggio 1994 n. 4556; Cass. 14 settembre 1991 n. 9608), posto che in nessun caso detta finalità avrebbe potuto incidere sul presupposto soggettivo del tributo rappresentato dal godimento della plusvalenza conseguita dall'immobile successivamente al suo anteriore acquisto.

Da quanto sopra esposto deriva l'illogicità e la erroneità della proposizione fondamentale, sulla quale essenzialmente fa leva l'apparato argomentativo della sentenza impugnata, secondo la quale la denuncia dell'appellante ed il conseguente accertamento non poteva avere ad oggetto la traslazione dell'i.n.v.i.m., che a termini della clausola contrattuale controversa avrebbe dovuto far carico alla parte acquirente, trattandosi invece di un obbligo tributario proprio della parte cedente. Il richiamo ad una diversa interpretazione del motivo di appello (il secondo) non supera la questione sollevata di nullità della pattuizione, peraltro rilevabile anche ex officio (SS.UU. del 2012 cit.), in quanto inidonea ad escludere la correlazione tra la somma dovuta e l'incremento di valore del bene e la natura tributaria del debito.

Ma dalla fondatezza della doglianza non discende, con la cassazione della pronunzia sul punto qui in esame, la declaratoria di nullità del preliminare, posto che la ritenuta nullità della clausola di traslazione dell'imposta inserita nel preliminare richiede non solo l'esame della correttezza dell'operazione applicativa della norma, ma anche un'operazione interpretativa della volontà delle parti per pervenire alla opinione di estensione o meno della nullità della clausola nulla all'intero atto. Al proposito - e con specifico riguardo ai criteri con i quali l'interprete deve condurre l'indagine di "essenzialità" della pattuizione - questa Corte ha precisato: a) che detta indagine deve svilupparsi con l'intento di ricostruire, oggettivamente, la perdurante utilità del contratto (dopo la rimozione della clausola nulla) rispetto agli interessi con esso perseguiti; b) che la prova della mancanza di un interesse al mantenimento del contratto deve essere fornita dall'interessato; c) che l'apprezzamento al proposito formulato è incensurabile in sede di legittimità se motivato adeguatamente e razionalmente (v. Cass. 1^ marzo 1995 n. 2340; cfr. anche Cass. n. 11248 del 1997 e n. 2387 del 1997). Accertamenti questi che devono essere rimessi al giudice del rinvio.

Il terzo motivo - con il quale è denunciata la violazione, mancata applicazione o falsa interpretazione dell'art. 1571 c.c., che disciplina le locazioni, della L. n. 392 del 1978, art. 27, relativo alla durata delle locazioni commerciali, nonché violazione o falsa interpretazione della clausola di cui all'art. 5 del contratto - formula i seguenti quesiti di diritto: "- se la sentenza omettendo di valorizzare la definizione corrispettivo del godimento del bene immobile usata dalle parti, ritenendola una penale e non il corrispettivo di una locazione, abbia violato l'art. 1571 c.c.; - se la sentenza abbia in tal modo disatteso e violato la L. n. 392 del 1978, art. 27, che stabilisce la durata minima per le locazioni ad uso commerciale e alberghiero; - se la sentenza omettendo di valorizzare la definizione corrispettivo del godimento del bene immobile usata dalle parti, ritenendola una penale e non il corrispettivo di una locazione, abbia violato le norme di cui all'art. 1362 c.c. e ss., che disciplinano l'interpretazione dei contratti".

Infine, il quarto motivo - (subordinato al mezzo precedente) con il quale viene lamentata la violazione, mancata applicazione o falsa interpretazione dell'art. 1384 c.c., dell'art. 115 c.p.c., oltre a vizio di motivazione - pone il seguente quesito di diritto: "- se la sentenza abbia violato l'art. 115 c.p.c., omettendo di fare uso del

notorio ai fini delle valutazioni circa la congruità della penale; - se la sentenza abbia di conseguenza violato l'art. 1384 c.c.., omettendo di ridurre la penale".

Il vizio rilevato al secondo motivo, che comporta l'accoglimento del ricorso, con la cassazione dell'impugnata sentenza, assorbe gli ulteriori motivi, tre e quattro, i quali per la valutazione della loro fondatezza presuppongono la soluzione della questione della nullità del preliminare, se totale o parziale.

Conclusivamente, va rigettato il primo motivo di ricorso, accolto il secondo ed assorbiti il terzo ed il quarto; in relazione alla censura accolta, la sentenza deve essere cassata con rinvio ad altra Sezione della Corte di appello di Firenze che, in applicazione dei principi di diritti sopra precisati, dovrà accertare se nella fattispecie sia configurabile la nullità totale oppure parziale del preliminare e disporre, se del caso, in ordine alle restituzioni. Il giudice di rinvio provvederà, altresì, a regolare le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte, rigetta il primo motivo di ricorso, accolto il secondo, assorbiti i rimanenti;

cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, ad altra Sezione della Corte di appello di Firenze.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Seconda Civile, il 12 dicembre 2013.

Depositato in Cancelleria il 31 marzo 2014

Cassazione civile sez. VI, 23/10/2017, n. 25054

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SCALDAFERRI Andrea - Presidente -
Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -
Dott. VALITUTTI Antonio - Consigliere -
Dott. MERCOLINO Guido - rel. Consigliere -
Dott. TERRUSI Francesco - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso iscritto al n. 25341/2016 R.G. proposto da:
BANCA POPOLARE DI ANCONA S.P.A., rappresentata da D.G.L. in virtù di procura speciale per notaio P.M. del (OMISSIS), rappresentata e difesa dall'Avv. Antonella Cangiano, con domicilio in Roma, piazza Cavour, presso la Cancelleria civile della Corte di Cassazione;
- ricorrente -

contro
CONSCOOP - CONSORZIO FRA COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO SOC. COOP., in persona del legale rappresentante p.t. Pa.Ma., rappresentato e difeso dall'Avv. Pasqualina Ianni, con domicilio in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria civile della Corte di Cassazione;
- resistente -

e
(OMISSIS) A R.L. e FALLIMENTO DELLA (OMISSIS) A R.L.;
- intimati -

per regolamento di competenza avverso la sentenza del Tribunale di Napoli Nord n. 1609/16 depositata il 30 settembre 2016.
Udita la relazione svolta nella Camera di consiglio del 26 settembre 2017 dal Consigliere Dott. Guido Mercolino;
lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DE RENZIS Luisa, che ha chiesto il rigetto del ricorso, con la dichiarazione di competenza del collegio arbitrale.

FATTI DI CAUSA

1. Il Conscoop - Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro Soc. Coop. convenne in giudizio la Banca Popolare di Ancona S.p.a. e l'(OMISSIS) a r.l., proponendo opposizione al decreto ingiuntivo n. 973/14, emesso l'11 aprile 2014 dal Tribunale di Napoli Nord, con cui gli era stato intimato il pagamento della somma di Euro 155.206,83 in favore della Banca, in qualità di cessionaria del credito vantato dall'(OMISSIS) per lavori di ricostruzione, ripristino e miglioramento d'immobili eseguiti in favore del Consorzio Cocceria UI 2 Nocera Umbra (PG).

A sostegno dell'opposizione, eccepì l'incompetenza del Giudice adito, in virtù della clausola compromissoria prevista dall'art. 34 dello statuto consortile, affermando nel merito l'infondatezza della domanda; subordinatamente, eccepì la compensazione del credito azionato con i crediti risarcitori vantati nei confronti dell'(OMISSIS), proponendo domanda di manleva.

Si costituirono le convenute, e resistettero all'opposizione, chiedendone il rigetto.

Il giudizio, riunito a quello di opposizione proposto dall'(OMISSIS), fu dichiarato interrotto per il fallimento di quest'ultima, e riassunto dall'opponente.

1.1. Con sentenza del 30 settembre 2016 il Tribunale di Napoli Nord ha accolto l'opposizione ed ha revocato il decreto ingiuntivo, declinando la propria competenza e dichiarando competente il collegio arbitrale previsto dallo statuto consortile.

Premesso che l'intervenuta cessione del credito non impedisce al debitore ceduto di avvalersi della clausola compromissoria nei confronti del cessionario, rientrando la relativa eccezione tra quelle opponibili a quest'ultimo, e non potendosi privare il primo del diritto di far decidere la controversia ad arbitri in forza di un accordo al quale egli è rimasto estraneo, il Tribunale ha rilevato che lo statuto del Consorzio prevedeva effettivamente il deferimento ad un collegio arbitrale di tutte le controversie relative a diritti disponibili derivanti dal rapporto sociale. Precisato inoltre che la pretesa azionata nel procedimento monitorio traeva origine dalla cessione di un credito derivante dall'esecuzione di lavori che il Consorzio aveva affidato alla propria associata (OMISSIS) in virtù del rapporto sociale, ha ritenuto applicabile la clausola arbitrale, concludendo per la dichiarazione d'improponibilità della domanda e l'annullabilità del decreto ingiuntivo.

2. Avverso la predetta sentenza la Banca ha proposto istanza di regolamento di competenza, per un solo motivo. Il Consorzio ha resistito con memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente, va disattesa l'eccezione d'inammissibilità del ricorso per carenza dei requisiti prescritti dall'art. 366 c.p.c., sollevata dalla difesa del Consorzio in relazione alla mancata articolazione delle censure in motivi specifici ed autosufficienti, nonché all'omessa indicazione delle norme giuridiche violate.

Premesso che, in quanto configurata dall'art. 43 c.p.c., come mezzo d'impugnazione, l'istanza di regolamento di competenza deve contenere, al pari del ricorso per cassazione, l'esposizione delle ragioni per cui s'intende censurare la pronuncia sulla competenza (cfr. Cass., Sez. 3, 29/06/1981, n. 4218; 29/09/1975, n. 3080), corredata dall'indicazione degli elementi minimi indispensabili per la comprensione dei fatti di causa (cfr.

Cass., Sez. 3, 18/12/2008, n. 29567; 6/03/2007, n. 5092; 2/12/1983, n. 7208), nonché degli atti e dei documenti necessari per la risoluzione della questione di competenza (cfr. Cass., Sez. 3, 4/11/2015, n. 22576), si osserva che la proposizione di un'unica censura articolata in più profili, ciascuno dei quali avrebbe potuto essere prospettato come un autonomo motivo, non costituisce di per sè causa d'inammissibilità dell'impugnazione, ove, come nella specie, la sua formulazione permetta di cogliere con chiarezza le doglianze prospettate, in modo da consentirne, se necessario, l'esame separato (cfr. Cass., Sez. Un., 6/05/2015, n. 9100; Cass., Sez. 6, 17/03/2017, n. 7009). In ossequio al principio *jura novit* curia, applicabile anche nel giudizio di legittimità, l'indicazione delle norme violate non costituisce poi requisito essenziale del ricorso, trattandosi di un elemento richiesto al solo scopo di chiarire il contenuto delle censure formulate e di identificare i limiti dell'impugnazione (cfr. Cass., Sez. 3, 23/10/2014, n. 22502; 7/11/2013, n. 25044; Cass., Sez. 1, 25/03/1976, n. 1072). Quanto infine al requisito prescritto dall'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, il tenore delle censure proposte dalla ricorrente consente di ritenere sufficienti, ai fini del relativo esame, i puntuali richiami delle stesse agli atti ed ai documenti relativi alla fase di merito, e di escludere quindi la violazione della predetta disposizione, la cui osservanza dev'essere verificata con riguardo ad ogni singolo profilo di doglianza, e può dunque condurre alla declaratoria d'inammissibilità soltanto quando si tratti di censure rispetto alle quali uno o più specifici atti o documenti fungano da fondamento, e cioè quando, senza l'esame di quell'atto o di quel documento, la comprensione del motivo e dei relativi presupposti fattuali, nonché la valutazione della sua decisività, risulterebbero impossibili (cfr. Cass., Sez. Un., 5 luglio 2013, n. 16887).

2. Premesso che per risultare opponibile al cessionario del credito la clausola compromissoria dev'essere contenuta nel contratto da cui deriva il credito ceduto, la ricorrente sostiene che la lettera-contratto prodotta in giudizio dall'(OMISSIS) non reca alcuna clausola compromissoria né alcun riferimento all'art. 34 dello statuto consortile, mentre il regolamento di assegnazione ed esecuzione dei lavori tra il Consorzio e le Cooperative associate non esclude la competenza del Giudice ordinario.

Aggiunge che la clausola compromissoria inserita nello statuto consortile, da interpretarsi in senso restrittivo in quanto avente portata derogatoria rispetto alla giurisdizione statale, si riferisce alle sole controversie derivanti dal rapporto sociale, cioè a quelle che riguardano pretese aventi la loro *causa petendi* nel contratto sociale, e non può quindi essere estesa alle controversie come quella in esame, rispetto alle quali il rapporto sociale costituisce un mero presupposto storico, avendo le stesse ad oggetto rapporti economici ovvero il pagamento di compensi o crediti tra il consorzio e le imprese associate.

Sostiene inoltre che la dichiarazione di fallimento dell'(OMISSIS) comporta l'inoperatività della clausola compromissoria, ai sensi del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 83-bis, che lega la sorte della clausola a quella del contratto in cui è inserita, e dello statuto del Consorzio, che prevede l'esclusione di diritto in caso di fallimento delle imprese consorziate.

Afferma infine che l'eccezione di arbitrato è incompatibile con le domande formulate dall'opponente, la cui proposizione comporta pertanto la rinuncia ad avvalersi della clausola compromissoria.

3. Il ricorso è infondato.

Ai fini dell'applicabilità della clausola compromissoria prevista dall'art. 34 dello statuto consortile, la sentenza impugnata ha correttamente ritenuto irrilevante il mancato richiamo della stessa da parte della lettera di affidamento dei lavori all'(OMISSIS) e del regolamento che disciplina l'assegnazione e l'esecuzione dei lavori da parte delle imprese aderenti al Consorzio, configurandosi il predetto affidamento non già come un autonomo contratto a prestazioni corrispettive, posto in essere tra la singola Cooperativa ed il Consorzio, ma come un mero atto esecutivo del contratto consortile, volto a ripartire tra le imprese consorziate i lavori assunti in appalto nei confronti di un terzo, nell'esercizio della funzione di coordinamento istituzionalmente spettante al Consorzio. Pur traendo origine dall'esecuzione dei predetti lavori, la pretesa azionata in giudizio non ha il suo titolo nel contratto di appalto, al quale la Cooperativa è rimasta formalmente estranea, avuto riguardo alla distinta personalità giuridica di cui è dotato il Consorzio, ed alla sua conseguente legittimazione ad instaurare autonomi rapporti con i terzi; la *causa petendi* della predetta pretesa è rappresentata invece dal rapporto associativo derivante dal contratto consortile, in esecuzione del quale l'(OMISSIS) ha provveduto a realizzare le opere ad essa assegnate dal Consorzio, maturando il credito successivamente ceduto alla Banca attrice.

3.1. Non merita pertanto censura la sentenza impugnata, nella parte in cui ha ritenuto che la controversia in esame fosse riconducibile all'ambito applicativo della clausola compromissoria: quest'ultima, come rilevato dal Tribunale, non si limita infatti a devolvere agli arbitri la cognizione delle controversie "relative alla validità, interpretazione ed applicazione delle disposizioni statutarie e regolamentari o delle deliberazioni adottate dagli organi sociali e quelle relative al recesso o esclusione dei soci", ma ne estende la competenza a "tutte le controversie relative a diritti disponibili derivanti dal presente statuto, dai regolamenti approvati dall'assemblea e più in generale dal rapporto sociale", con esclusione soltanto di quelle per le quali la legge prevede l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero. Non diversamente dalle predette controversie, peraltro, quella avente ad oggetto il pagamento dell'importo dovuto per i lavori eseguiti ha il suo titolo direttamente nel rapporto associativo, il quale non costituisce un mero presupposto di fatto dell'assegnazione, ma il fondamento della stessa; esso, infatti, fa sorgere immediatamente diritti ed obblighi a carico delle imprese consorziate, tra i quali va incluso anche l'obbligo di provvedere all'esecuzione dei lavori assunti dal consorzio nei rapporti con i terzi, in conformità della ripartizione di volta in volta stabilita con atto per esse vincolante. All'adempimento di tale obbligo consegue poi il diritto dell'impresa consorziata al pagamento dello importo dovuto, il quale, tuttavia, non rappresenta il corrispettivo di un contratto di appalto (o subappalto) stipulato tra il consorzio e la impresa, ma trova anch'esso fondamento nel contratto consortile, dovendo essere corrisposto nella misura e secondo le modalità previste dallo statuto e dal regolamento del consorzio, nonchè eventualmente dall'atto di assegnazione.

3.2. Correttamente, pertanto, la sentenza impugnata ha ritenuto applicabile la clausola compromissoria, estendendone l'ambito di operatività anche al rapporto con la Banca cessionaria del credito, in conformità del principio, costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui, mentre il cessionario di un credito nascente da un contratto nel quale sia inserita una clausola compromissoria non subentra nella titolarità del distinto ed autonomo negozio compromissorio, e non può pertanto invocare detta clausola nei confronti del debitore ceduto, quest'ultimo può invece avvalersi della clausola compromissoria nei confronti del cessionario, rientrando la stessa tra le eccezioni opponibili all'originario creditore ed atteso che,

altrimenti, si vedrebbe privato del diritto di far decidere ad arbitri le controversie sul credito in forza di un accordo al quale egli è rimasto estraneo (cfr. Cass., Sez. 6, 28/12/2011, n. 29261; Cass., Sez. 2, 21/11/2006, n. 24681; Cass., Sez. 1, 19/09/2003, n. 13893).

3.3. Non può condividersi, al riguardo, la tesi sostenuta dalla difesa della ricorrente, secondo cui l'intervenuta dichiarazione di fallimento della Cooperativa, determinandone l'esclusione dal Consorzio, con il conseguente scioglimento del rapporto sociale, comporterebbe l'inefficacia della clausola compromissoria, ai sensi della L. Fall., art. 83-bis: tale disposizione, nell'escludere la prosecuzione dei procedimenti arbitrali pendenti in caso di fallimento di una delle parti del contratto comprendente la clausola compromissoria, circoscrive tale effetto alle ipotesi in cui lo scioglimento del contratto abbia luogo a norma delle disposizioni di cui alla Sezione 4^ del Capo 3^ del Titolo 2^ della L. Fall. e non può dunque trovare applicazione nella fattispecie in esame, in cui lo scioglimento del rapporto sociale si verifica per effetto della norma statutaria che prevede l'esclusione dal Consorzio in caso di fallimento del socio. Essa, inoltre, fa riferimento esclusivamente ai procedimenti arbitrali pendenti, senza incidere sulla problematica generale concernente l'ammissibilità del ricorso all'arbitrato in caso di fallimento di una delle parti, la quale dev'essere risolta sulla base dei principi che presiedono alla materia in questione, i quali consentono di escludere lo scioglimento della convenzione arbitrale, avuto riguardo all'autonomia della stessa rispetto al contratto cui accede ed alla configurabilità del mandato conferito agli arbitri come atto negoziale riconducibile all'istituto del mandato collettivo e di quello conferito anche nell'interesse di terzi, con la conseguente inapplicabilità della L. Fall., art. 78 (cfr. Cass., Sez. Un., 26/05/2015, n. 10800; Cass., Sez. 1, 17/02/2010, n. 3803; Cass., Sez. 3, 8/09/2006, 19298). Nella specie, ai fini dell'operatività della clausola compromissoria, occorre d'altronde tener presenti da un lato la disponibilità del diritto fatto valere con la domanda giudiziale, che rende ammissibile il deferimento della controversia agli arbitri, dall'altro l'estraneità della società fallita al rapporto controverso, in conseguenza dell'intervenuta cessione del credito in favore della Banca, dall'altro ancora la portata meramente formale della riassunzione del giudizio nei confronti della società fallita, per effetto dell'improcedibilità, ai sensi della L. Fall., art. 52, della domanda avanzata dal Consorzio nei confronti della stessa.

4. Il ricorso va pertanto rigettato, con la conseguente condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali, che si liquidano come dal dispositivo.

P.Q.M.

rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 4.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 100,00, ed agli accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, il 26 settembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 23 ottobre 2017

Cassazione civile sez. un., 26/05/2015, n. 10800

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SANTACROCE Giorgio - Primo Presidente f.f. -
Dott. FINOCCHIARO Mario - Presidente di sez. -
Dott. RORDORF Renato - Presidente di sez. -
Dott. DI AMATO Sergio - Consigliere -
Dott. DI CERBO Vincenzo - Consigliere -
Dott. VIVALDI Roberta - Consigliere -
Dott. AMBROSIO Annamaria - rel. Consigliere -
Dott. GRECO Antonio - Consigliere -
Dott. D'ASCOLA Pasquale - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ordinanza
sul ricorso 11886-2014 proposto da:
RYANAIR LTD., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIUSEPPE CUBONI 12, presso lo STUDIO LEGALE MACCHI DI CELLERE GANGEMI, rappresentata e difesa dagli avvocati CASTIONI MATTEO, GIOVANNI BISAZZA, SIMONE GAMBUTO, FRANCESCO PIRON, per procura speciale del notaio dott. Vincent Shannon di Dublino del 2/05/2014, in atti;
- ricorrente -

contro
FALLIMENTO AERADRIA S.P.A., in persona del curatore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA L. BISSOLATI 76, presso lo studio dell'avvocato SPINELLI GIORDANO TOMMASO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato DANILO GALLETTI, per delega in calce al controricorso;
- controricorrente -

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 5209/2013 del TRIBUNALE di RIMINI;
uditi gli avvocati Enrica FASOLA per delega dell'avvocato Tommaso Spinelli Giordano, Giuseppe COLAIACONO per delega dell'avvocato Francesco Piron;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 14/04/2015 dal Consigliere Dott. ANNAMARIA AMBROSIO;
lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale dott. GIACALONE Giovanni il quale chiede che la Corte, a Sezioni Unite, in camera di consiglio, accolga il ricorso e dichiari il difetto di giurisdizione del giudice italiano, emettendo i provvedimenti conseguenti per legge.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Ryanair Ltd. (di seguito Ryanair) ha proposto regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente innanzi al Tribunale di Rimini a seguito di opposizione da essa proposta avverso l'ingiunzione di pagamento europeo (di seguito, con l'acronimo, IPE) della somma di Euro 1.781.391,02 oltre a interessi per Euro 247.585,41 e spese, emessa dal predetto Tribunale ad istanza di Aeradria s.p.a.. Ha dedotto di avere tempestivamente sollevato l'eccezione pregiudiziale nella comparsa di costituzione in relazione alla clausola di arbitrato estero, contenuta nell'art. 18 dell'Airport Service Agreement (ASA) intercorso con Aeradria in data 30.01.2007 e di avere subordinatamente eccepito l'estinzione per compensazione del credito ingiunto; ha, altresì, precisato che, dopo l'interruzione per il fallimento dell'Aeradria, il giudizio di opposizione è stato riassunto ad iniziativa sia della curatela del Fallimento Aeradria (di seguito il Fallimento), sia di essa ricorrente. Ha resistito il Fallimento, depositando controricorso.
Il ricorso è stato avviato alla trattazione camerale ai sensi dell'art. 380 ter cod. proc. civ., sulla base delle conclusioni scritte del pubblico ministero, il quale ha richiesto di dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice italiano.
Il Fallimento ha depositato memoria di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La controversia ha origine nella stipulazione in data 30.01.2007 tra Aeradria s.p.a. e la Ryanair dell'ASA-Airport Service Agreement (di seguito brevemente ASA), in forza del quale la prima si è obbligata a fornire una serie di servizi aeroportuali a condizioni economiche competitive in favore della Ryanair a fronte dell'impegno di quest'ultima di garantire il transito di un certo numero di passeggeri e l'apertura di nuove rotte internazionali presso lo scalo di Rimini.
Venuto a scadenza il rapporto contrattuale, Aeradria ha chiesto e ottenuto dal Tribunale di Rimini ingiunzione di pagamento europea, poi opposta dalla Ryanair, per residui corrispettivi vantati per servizi vari resi in forza dell'ASA; questa, dal canto suo, ha, pregiudizialmente, eccepito con la comparsa di costituzione e di risposta nel giudizio di opposizione il difetto di giurisdizione del giudice italiano, per la considerazione che l'art. 18 dell'ASA così prevedeva: Le parti si impegnano a risolvere amichevolmente qualunque controversia nascente o connessa con il Contratto, inclusa qualsiasi questione relativa all'esistenza, validità o risoluzione. Qualunque controversia non amichevolmente risolta sarà sottoposta e risolta definitivamente tramite arbitrato secondo le regole della London Court of International Arbitration Rules, essendo tali regole considerate come richiamate nel presente articolo. Il Collegio arbitrale sarà composto da un solo

arbitro. La sede dell'arbitrato sarà Londra. La lingua che sarà utilizzata nel procedimento arbitrale sarà l'inglese.

2. Il ricorso per regolamento di giurisdizione supera le pregiudiziali eccezioni di inammissibilità sollevate da parte resistente, sotto vari profili e, segnatamente, sul presupposto dell'inosservanza del requisito dell'esposizione sommaria dei fatti e dell'inadeguata individuazione del parametro normativo di riferimento, nonché in considerazione delle inammissibili valutazioni di merito che sarebbero assegnate a queste Sezioni Unite per il tramite del rinvio agli atti di causa.

2.1. Innanzitutto si rammenta in base a principi assolutamente pacifici che l'istanza di regolamento di giurisdizione, non essendo un mezzo di impugnazione, ma soltanto uno strumento per risolvere in via preventiva ogni contrasto, reale o potenziale, sulla *potestas iudicandi* del giudice adito, può anche non contenere specifici motivi di ricorso, e cioè l'indicazione del giudice avente giurisdizione o delle norme e delle ragioni su cui si fonda, ma deve recare, a pena di inammissibilità, l'esposizione sommaria dei fatti di causa, in modo da consentire alla Corte di cassazione di conoscere dall'atto, senza attingerli *aliunde*, gli elementi indispensabili per una precisa cognizione dell'origine e dell'oggetto della controversia, dello svolgimento del processo e delle posizioni in esso assunte dalle parti, sia pur in funzione della sola questione di giurisdizione da decidere (*ex plurimis*, Cass. Sez. Unite, ord. 16 maggio 2013, n. 11826; Cass. Sez. Unite, 24 aprile 2002, n. 6040). In particolare il requisito dell'esposizione sommaria dei fatti di causa (art. 366 c.p.c., comma 1, n. 3), cui è soggetto a pena d'inammissibilità anche il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, è soddisfatto quando l'atto esponga gli estremi della controversia necessari per la definizione della questione di giurisdizione, indicando le parti, l'oggetto ed il titolo della domanda, e inoltre specificando il procedimento cui si riferisce l'istanza e la fase in cui si trovi, mentre non rileva l'omessa menzione di assunti difensivi e di momenti della vicenda processuale non influenti sulla questione medesima (Cass. ord. Sez. Unite, 09 giugno 2004, n. 10980).

Orbene - contrariamente a quanto opinato dal controricorrente Fallimento - la lettura del presente ricorso contiene una più che sufficiente descrizione delle vicende salienti del processo e dell'oggetto della controversia, illustrate nelle "premesse" sub 1.12. e integrate dalle ulteriori "premesse" della parte motiva dello stesso ricorso; inoltre, nello stesso atto, risultano sviluppate in maniera adeguata le ragioni in diritto, poste a fondamento della questione di giurisdizione e individuate nell'esistenza della clausola di arbitrato estero prevista dall'art. 18 dell'ASA, nel rilievo che la pretesa di pagamento, fatta valere da Aeradria con l'IPE, è formulata proprio sul fondamento dell'ASA contenente la clausola compromissoria, nonché nell'ulteriore considerazione dell'opponibilità al Fallimento della clausola in oggetto.

2.2. Va, altresì, considerato che la questione di giurisdizione va risolta avuto riguardo al *petitum* sostanziale, identificato non solo o non tanto in funzione della concreta statuizione richiesta al giudice, ma anche e soprattutto in relazione alla *causa petendi*, ossia alla effettiva natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio e individuata dal giudice con riguardo alla sostanziale protezione ad essa accordata, in astratto, dal diritto positivo.

Orbene l'applicazione del suddetto criterio implica senza dubbio l'apprezzamento di elementi che attengono anche al merito (con la conseguenza che la Corte di Cassazione è in materia anche giudice del fatto), senza che la statuizione sulla giurisdizione possa, comunque, confondersi con la decisione sul merito.

3. È infondata anche l'ulteriore questione pregiudiziale di inammissibilità del regolamento formulata dal Fallimento sul presupposto dell'inidoneità della clausola (secondo la tesi del resistente, per arbitrato irrituale) a integrare una questione di giurisdizione.

3.1. L'eccezione richiama un orientamento di questa Corte (consolidatosi dopo Sez. Unite 3 agosto 2000, n. 527) che è stato oggetto di rimeditazione e ormai abbandonato da queste Sezioni Unite (cfr. ord. 25 ottobre 2013, n. 24153; ord. 21 gennaio 2014, n. 1005), in ragione della natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario da attribuirsi all'arbitrato rituale in conseguenza delle disciplina complessivamente ricavabile dalla L. 5 gennaio 1994, n. 25, e dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e della conseguente riconducibilità dell'eccezione di arbitrato rituale nel novero di quelle di rito. Ne deriva che lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione degli arbitri o del giudice ordinario si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, da luogo ad una questione di giurisdizione. Inoltre una volta affermata in via generale la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, quale conseguenza delle varie novelle susseguitesi in materia, ciò va affermato anche per l'arbitrato estero, la cui natura giurisdizionale è convalidata da ulteriori elementi, trovando un preciso riscontro normativo nel comb. disp. della L. n. 218 del 1995, artt. 4 e 11 che equipara la deroga convenzionale alla giustizia italiana in favore di arbitrato estero alla deroga in favore di un giudice straniero, entrambe inserendole fra i limiti alla giurisdizione italiana definiti dal Titolo 2A della legge e perciò fra i casi di difetto di giurisdizione.

Nel rinviare alle considerazioni e argomentazioni di cui alla già cit. ordinanza n. 24153 del 2013, va, dunque, ribadito che in presenza di una clausola compromissoria di arbitrato estero, l'eccezione di compromesso, attesa la natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario da attribuirsi all'arbitrato rituale in conseguenza delle disciplina complessivamente ricavabile dalla L. 5 gennaio 1994, n. 5 e dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, deve ricomprendersi, a pieno titolo, nel novero di quelle di rito, dando così luogo ad una questione di giurisdizione e rendendo ammissibile il regolamento preventivo di cui all'art. 41 cod. proc. civ., con la precisazione che, ai sensi del comb. disp. L. n. 218 del 1995, artt. 4 e 11 il difetto di giurisdizione nascente dalla presenza di una clausola compromissoria siffatta può essere rilevato in qualsiasi stato e grado del processo a condizione che il convenuto non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana, e dunque solo qualora questi, nel suo primo atto difensivo, ne abbia eccepito la carenza.

3.2. Nella specie, come concordemente riportato da entrambe le parti, l'eccezione di difetto di giurisdizione (e/o di competenza) è stata sollevata da Ryanair nella comparsa di costituzione nel giudizio di opposizione e, quindi, tempestivamente, trattandosi del primo atto difensivo dopo l'instaurazione del giudizio ordinario sull'opposizione all'IPE incardinato innanzi al Giudice dell'ingiunzione ad iniziativa dell'Aeradria. Invero l'opposizione prevista dall'art. 16 del regolamento CE 12 dicembre 2006, n. 1896, per come è strutturata nel mod. F consegnato unitamente all'ingiunzione e nello stesso regolamento, consta di una mera dichiarazione

rivolta al giudice che ha pronunciato l'IPE; essa non contiene la *vocatio in ius*, ma la mera contestazione del credito, senza che l'opponente sia neppure tenuto a indicarne le ragioni (art. 16 n. 3 reg.); inoltre la sua redazione non richiede la rappresentanza tecnica (al pari, del resto, della richiesta di ingiunzione, cfr. art. 24 reg.), trattandosi di atto sottoscritto dal convenuto (opponente) o, se del caso, dal suo rappresentante (art. 16, n. 5 reg.). Ove, poi, si consideri che anche il ricorso per ingiunzione ai sensi dello stesso regolamento non richiede una compiuta esposizione delle ragioni di fatto e di diritto su cui si fonda la domanda, appare evidente come nessuno degli atti all'interno del procedimento monitorio possa considerarsi equipollente alla citazione e alla comparsa di risposta di cui agli artt. 163 e 167 cod. proc. civ.; nè, in particolare, l'atto di opposizione può ritenersi equivalente a quello disciplinato dall'art. 645 cod. proc. civ., con la conseguenza che neppure è postulabile l'assimilazione, predicata per quest'ultimo da consolidata giurisprudenza, alla comparsa di costituzione nel giudizio di cognizione ordinaria.

Soprattutto - quale che sia la soluzione del controverso problema delle modalità della c.d. prosecuzione del giudizio di opposizione che l'art. 17, comma 2 reg. prevede sia disciplinato secondo le forme della legge locale - è certo, nella specie, che l'iniziativa è stata assunta dalla Aeradria, per cui l'eccezione formulata dall'opponente nella comparsa di costituzione deve ritenersi tempestiva in relazione al comb. disp. della L. n. 218 del 1995, artt. 4 e 11.

3.3. Sempre con riguardo all'ammissibilità del regolamento, va aggiunto che la natura rituale dell'arbitrato previsto dalla clausola in oggetto discende, prima ancora che dal tenore complessivo della stessa clausola - e segnatamente: dalla previsione dell'esperimento del rimedio per il caso di mancato componimento amichevole, dal suo oggetto individuato nella globalità delle controversie che derivino o siano connesse al contratto, nonchè dall'indicazione delle regole da applicarsi, rinvenute nell'ordinamento inglese - dalla stessa natura di arbitrato internazionale, in relazione al quale perde ogni rilevanza la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale, riferibile solo agli arbitrati domestici (Cass. 16 gennaio 2004, n. 544).

Invero la tesi del resistente Fallimento, secondo cui si verterebbe in materia di arbitrato irrituale, contrasta decisamente con l'orientamento di questa Corte, al quale si intende dare continuità, secondo cui l'arbitrato internazionale non può che essere rituale.

Tale soluzione è aderente al sistema delineato dalla L. n. 25 del 1994 e muove dalla constatazione che la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale, ben conosciuta dal nostro diritto vivente, è invece poco praticata in ambito internazionale: le disposizioni intese a regolare un istituto che trascende i confini domestici, concepite per essere applicate ad ogni arbitrato che sia definibile come tale nella prassi internazionale, implicano, dunque, il superamento della distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale.

4. Nel merito il ricorso per regolamento di giurisdizione è fondato.

Invero il *petitum* sostanziale si individua agevolmente nell'adempimento di obbligazione derivante dall'ASA, contenente la clausola sopra indicata, posto che - come emerge dalle stesse allegazioni di parte resistente - la *causa petendi* dei corrispettivi pretesi dal Fallimento è rappresentata dall'erogazione di servizi erogati da Aeradria in forza di detto contratto. La controversia rientra, dunque, tra quelle che, in quanto non risolte

amichevolmente, devono essere risolte tramite arbitrato, in Londra, secondo le regole della London Court of International Arbitration Rules.

Assume il Fallimento che la questione di giurisdizione è infondata in quanto la Corte arbitrale Internazionale di Londra non avrebbe giurisdizione per essere Aeradria in procedura di insolvenza dinanzi al Tribunale di Rimini, in Italia, Paese che ai sensi del Regolamento del Consiglio (CE) n. 1346/2000 sull'insolvenza avrebbe giurisdizione esclusiva sulla questione; invoca, in particolare, la consecuzione delle procedure, osservando che alla data della proposizione della domanda di ingiunzione l'Aeradria era in concordato preventivo e successivamente è stata dichiarata fallita, inferendone l'inopponibilità alla procedura della clausola compromissoria;

rileva, altresì, a tali effetti che la L. Fall., art. 83 bis, che sancisce l'improseguibilità del procedimento arbitrale pendente alla data in cui viene dichiarata aperta la procedura allorché esso venga a fondarsi su una clausola di un contratto che si sciolga automaticamente, deve ritenersi applicabile anche all'ipotesi, come quella in esame, in cui i rapporti disciplinati dal contratto contenente detta clausola erano cessati al momento dell'insolvenza.

Nessuno dei suddetti argomenti coglie nel segno.

4.1. Va, innanzitutto, rimarcato che il giudizio di opposizione, già incardinato dalla Aeradria in concordato preventivo e riassunto dal Fallimento, ha per oggetto il pagamento di un residuo credito vantato per servizi erogati dalla stessa società in bonis. Orbene, in casi di tal fatta, il curatore fallimentare agisce in rappresentanza del fallito e non della massa dei creditori (cfr. Cass. 22 marzo 2013, n. 7263; Cass. 27 gennaio 2011 n. 1879; Cass. 8 settembre 2004 n. 18059), facendo valere un'utilità derivante dall'esecuzione di un contratto, contenente una clausola arbitrale; donde la continuità di funzionamento del meccanismo negoziale presidiato dalla clausola compromissoria stipulata dal soggetto già fallito, che risulta opponibile al curatore.

Non può, dunque, invocarsi la competenza inderogabile del Tribunale fallimentare, atteso che questa non si estende alle azioni che già si trovino (come nella specie) nel patrimonio del fallito, all'atto del fallimento, e che quindi avrebbero potuto essere esercitate dall'imprenditore, a tutela del proprio interesse, ove non fosse fallito.

E neppure rileva la circostanza che, all'atto dell'instaurazione della lite, l'Aeradria fosse già in concordato preventivo, non comportando l'ammissione alla procedura alcuna caducazione della scelta della via arbitrale precedentemente operata dal soggetto *in bonis*.

4.2. La giurisprudenza di questa Corte è da tempo consolidata nel senso di escludere che, nel caso di convenzione contenente clausola compromissoria stipulata prima della dichiarazione di fallimento di una delle parti, il mandato conferito agli arbitri sia soggetto alla sanzione dello scioglimento prevista dalla L. Fall., art. 78, e ciò poiché il compromesso per arbitrato configura un atto negoziale riconducibile all'istituto del mandato collettivo e di quello conferito nell'interesse anche di terzi - vale a dire delle altre parti richiedenti l'arbitrato (Cfr. Cass. 14 ottobre 2009, n. 21836; Cass. 08 settembre 2006, n. 19298; Cass. Cass. 17 aprile 2003, n. 6165).

Inoltre, diversamente da quanto opinato dal Fallimento, non si può trarre alcuna conseguenza interpretativa di carattere sistematico - nel senso, cioè, dell'improcedibilità del procedimento arbitrale - dal disposto della L. Fall., art. 83 bis, essendo, invece, legittimo il ragionamento contrario. Invero sebbene la norma cit. - prevedendo che se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito -affermi la natura accessoria della clausola compromissoria con riferimento alla sola ipotesi presa in considerazione dalla stessa (e, cioè, quella di un giudizio arbitrale pendente e di scioglimento del contratto su iniziativa del curatore ai sensi della L. Fall., art. 72), sulla scorta della medesima previsione si deve pervenire alla conclusione, secondo la quale, nell'ipotesi di subentro da parte del curatore nelle situazioni giuridiche attive derivanti dal contratto contenente la clausola compromissoria, questa conservi piena efficacia anche nei confronti del curatore: diversamente opinando, infatti, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del contratto di cui pure chiede l'adempimento.

E appena il caso di aggiungere che non rileva che, nello specifico, il contratto fosse scaduto e non rinnovato al momento della proposizione del ricorso per ingiunzione, dal momento che l'applicabilità della clausola arbitrale risponde all'esigenza di regolare le situazioni già insorte da quel contratto secondo la procedura ivi stabilita.

4.3. Esula, infine, dall'ambito della questione devoluta in questa sede ogni considerazione in ordine all'applicabilità del regolamento CE n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza, non discutendosi di giurisdizione transfrontaliera relativa ad una procedura concorsuale, ma di giurisdizione relativa ad un'azione di pagamento di un credito del fallito. Come pure è estranea al presente regolamento la questione dell'azionabilità o meno in via riconvenzionale nella procedura arbitrale, nelle more intrapresa da Ryanair, del controcredito opposto in compensazione al Fallimento; invero, una volta esclusa la giurisdizione del giudice italiano, per effetto della deroga in favore di arbitrato straniero, sulla controversia avente ad oggetto il credito fatto valere dal Fallimento, le regole che tali arbitri dovranno adottare nella decisione esulano dalla questione di giurisdizione ormai conclusa con declaratoria dell'insussistenza della stessa da parte del giudice italiano, rientrando invece esclusivamente nella giurisdizione degli arbitri stranieri.

In definitiva il ricorso va accolto, dovendosi affermare il difetto di giurisdizione del giudice italiano.

Le spese processuali seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo ai sensi del D.M. n. 55 del 2014.

P.Q.M.

La Corte dichiara il difetto di giurisdizione del giudice italiano e condanna parte resistente al rimborso delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in Euro 15.200,00 (di cui Euro 200,00 per esborsi) oltre accessori come per legge e contributo spese generali.

Così deciso in Roma, il 14 aprile 2015.

Depositato in Cancelleria il 26 maggio 2015

Cassazione civile sez. VI, 31/10/2018, n. 27764

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GENOVESE Francesco Antonio - Presidente -
Dott. SCALDAFERRI Andrea - Consigliere -
Dott. SAMBITO Maria G.C. - Consigliere -
Dott. VALITUTTI Antonio - rel. Consigliere -
Dott. MARULLI Marco - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso iscritto al n. 21082-2017 R.G. proposto da:
FALLIMENTO (OMISSIS) SRL, in persona del Curatore pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato GIANFRANCO TARANTINO;
- ricorrente -

contro
ASL LECCE;
- intimata -

per regolamento di competenza avverso la sentenza n. 2940/2017 del TRIBUNALE di LECCE, depositata il 10/07/2017;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 11/09/2018 dal Consigliere Dott. ANTONIO VALITUTTI;
lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale SOLDI ANNA MARIA, che chiede che la Corte di Cassazione, in camera di consiglio, esaminato il presente regolamento, lo accolga affermando che competente a conoscere della controversia è il Tribunale di Lecce.

RILEVATO che:
il Fallimento (OMISSIS) s.r.l. ha impugnato con regolamento di competenza, ai sensi dell'art. 819 ter c.p.c., comma 1, la sentenza n. 2940/2017 del Tribunale di Lecce, con la quale è stata dichiarata improponibile, stante la devoluzione della controversia alla competenza arbitrale, la domanda di risarcimento dei danni proposta dall'impresa - appaltatrice dei lavori per il completamento del Dipartimento di oncologia

dell'Azienda Ospedaliera (OMISSIS) - per la ritardata consegna del cantiere, da parte dell'ASL appaltante, nonché per l'illegittima sospensione dei lavori o, comunque, per l'ingiustificata protrazione degli stessi.

CONSIDERATO che:
il regolamento di competenza è ammissibile, sebbene il Tribunale di Lecce abbia dichiarato, non la propria incompetenza, sebbene l'improponibilità della domanda, atteso che la sentenza con la quale il Tribunale adito, ignorando la qualificazione dei rapporti di competenza tra arbitri e autorità giudiziaria, data dell'art. 819-ter cod. proc. civ., dichiari improponibile la domanda, dev'essere intesa come pronuncia declinatoria della competenza a favore degli arbitri ed è pertanto impugnabile con il regolamento necessario di competenza (Cass., 04/08/2011, n. 17019).
Ritenuto che:
nei contratti d'appalto stipulati - come nel caso di specie - a seguito di gara indetta da un ente pubblico, la volontà di devolvere ad arbitri le relative controversie debba essere espressa in maniera esplicita ed univoca, non essendo sufficiente un richiamo meramente formale al capitolato speciale che preveda eventualmente la clausola compromissoria (Cass., 04/01/2017, n. 81);
il richiamo della disciplina della competenza arbitrale fissata in un distinto documento, come un capitolato speciale, debba rivestire, invero, i caratteri della "relatio perfecta", ossia debba essere predisposto in funzione regolamentare di un singolo rapporto che sia effettuato dalle parti contraenti, sulla premessa della piena conoscenza di tale documento ed al fine dell'integrazione del rapporto negoziale nella parte in cui difetti di una diversa regolamentazione (Cass., 22/10/2003, n. 15783; Cass., 30/03/2011, n. 7197);
a tal fine il rinvio, contenuto nel contratto, debba - di conseguenza contenere un richiamo espresso e specifico della clausola compromissoria e non, invece, un generico rinvio, mediante il mero riferimento al documento o al formulario che contenga la clausola stessa, in quanto soltanto il richiamo espresso assicura la piena consapevolezza delle parti in ordine alla deroga alla giurisdizione (Cass. Sez. U., 19/05/2009, n. 11529).
Rilevato che:
nel caso concreto, non solo il contratto di appalto non opera affatto un espresso richiamo alla clausola arbitrale contenuta nell'art. 36 del capitolato speciale - secondo cui "Ove non si proceda all'accordo bonario e vengano conseguentemente, confermate le riserve, la definizione delle controversia è attribuita ad un arbitrato, ai sensi del titolo 8 del libro 4 del codice di procedura civile" - ma addirittura contiene una previsione di segno contrario, stabilendo l'art. 15 che "Per tutte le controversie, che dovessero insorgere in dipendenza del presente contratto, sarà competente il Foro di Lecce"; la clausola contrattuale non fa, pertanto, neppure salva la specifica previsione - concernente le riserve, in discussione nel caso di specie - di cui all'art. 36 del capitolato speciale, evidentemente assorbendola nella previsione onnicomprensiva di una competenza esclusiva che concerne tutte le controversie, comprese quelle relative alle riserve, scaturenti dal medesimo contratto.

Ritenuto che:
per le ragioni esposte, contrariamente all'assunto del giudice a quo, debba essere affermata la competenza del Tribunale di Lecce a conoscere della controversia. Il Tribunale designato provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.
Dichiara la competenza del Tribunale di Lecce, che provvederà anche
alla liquidazione delle spese del presente giudizio.
Così deciso in Roma, il 11 settembre 2018.
Depositato in Cancelleria il 31 ottobre 2018

CAPITOLO VIII
GLI ARBITRI

Consiglio di Stato sez. IV, 17/10/2003, n. 6335

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE
sul ricorso in appello N.9089/2002, proposto da Spagnolo Vigorita Vincenzo, Di Martino Paolo, Cancrini Arturo, Di Falco Sandro, Mastelloni Ugo, Migliarotti Luigi, Mussari Francesco, Pallottino Michele, Piselli Luigi, Salvi Mario e Sanino Mario, rappresentati e difesi da se stessi e dagli avv.ti Vincenzo Spagnolo Vigorita e Paolo Di Martino ed elettivamente domiciliati presso il secondo in Roma, via dell'Orso n. 74;
nonché da Imprese ICLA Costruzioni generali s.p.a., Fondedile Costruzioni s.p.a., I.Co.Mez. s.p.a., A. & I. Della Morte s.p.a., in persona dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentate e difese dagli avv.ti Vincenzo Spagnuolo Vigorita e Paolo Di Martino, elettivamente domiciliati presso il secondo in Roma, via dell'Orso n. 74;

contro
Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la stessa domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi n. 12;
Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Ministero dell'Ambiente e del territorio, Ministero dei beni e delle attività culturali, Ministero della giustizia, in persona dei Ministri p.t., n.c.;

per l'annullamento
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sez. III, n. 5432 dell'11 giugno 2002:

nonché
sul ricorso n. 162 del 2003, proposto da Alpa Guido, Cesaro Ernesto, Cilento Andrea, D'Angelo Amdrea, D'Angelo Guido, Grasso Biagio, Olivieri Giuseppe, Recchia Giorgio e Spagna Michele, tutti rappresentati e difesi da se stessi e anche disgiuntamente dall'avv. Paolo Di Martino, presso il quale sono elettivamente domiciliati in Roma, via dell'Orso n. 74;

contro

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;

Ministero della giustizia, entrambi costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la stessa domiciliati ex lege in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

per l'annullamento e riforma

della sentenza n. 5437 dell'11 giugno 2002 del T.A.R. del Lazio, Sez. III;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intimate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti delle cause;

Relatore alla pubblica udienza del 27 maggio 2003 il Consigliere Anna Leoni;

uditi l'Avvocato

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

(Ricorso n.9089/2002) . Con ricorso notificato il 26 giugno 2000 gli attuali appellanti, professionisti ed imprese che operano da tempo nel settore dei lavori pubblici, impugnavano davanti al TAR del Lazio le norme regolamentari che, nell'ambito della riforma dell'ordinamento dei lavori pubblici attuata in esecuzione della L. 11 febbraio 1994 n. 109, avevano disciplinato il procedimento arbitrale(in particolare, gli artt. 149, 150 e 151 del D.P.R. n. 554/99 e l'art. 34 del capitolato generale approvato con D.M. n. 145 del 2000).

Con successivi motivi aggiunti, gli stessi soggetti impugnavano, sostenendone l'illegittimità derivata, il D.M. 2 dicembre 2000 n. 398, contenente le norme di procedura del giudizio arbitrale ai sensi dell'art. 32 della L.n. 109/94.

Sostenevano, in estrema sintesi, i ricorrenti che il nuovo sistema di definizione delle controversie si sarebbe posto in contrasto con la disciplina regolante l'istituto dell'arbitrato nel nostro ordinamento; che, sul piano strettamente giuridico avrebbe ecceduto dai limiti della delega legislativa; che avrebbe violato i principi generali in tema di disciplina processuale dell'arbitrato; che si sarebbe posto in contrasto con una molteplicità di principi costituzionali.

Le Amministrazioni intimate si costituivano in giudizio, eccependo, da un lato, l'inammissibilità del ricorso relativamente ad alcune censure per mancanza di interesse giuridicamente rilevante da parte dei ricorrenti e, dall'altro, l'infondatezza nel merito delle rimanenti censure.

Con sentenza n. 5432 dell'11 giugno 2002 il TAR del Lazio dichiarava in parte inammissibile ed in parte respingeva il ricorso, compensando tra le parti le spese di giudizio.

Contro tale sentenza è stato proposto il ricorso in appello oggi all'esame del Collegio, notificato in data 22 ottobre 2002, con il quale gli appellanti, dopo aver riportato integralmente il testo del ricorso introduttivo di I grado(in quanto, a loro avviso il TAR avrebbe ignorato e pretermesso gran parte delle considerazioni in diritto svolte nel corso del giudizio ed in particolare quelle contenute nella memoria collegiale, da cui la

necessità della loro integrale trascrizione nell'atto di appello affinché se ne tenga, in questa sede, la dovuta considerazione), hanno dedotto i seguenti motivi di appello:

6.1. *Error in iudicando* sul primo motivo di ricorso, in quanto il TAR, dopo aver qualificato le norme impugnate come regolamento autorizzato e conseguentemente sottratto le stesse al sindacato di costituzionalità delle leggi, avrebbe omesso di operare lo stesso sindacato nei confronti delle norme di cui alla legge n. 109/94 attuate dal regolamento.

La delega di cui all'art.32 della legge citata, infatti, operando un mero rinvio ai principi limite di trasparenza, imparzialità e correttezza in una materia in cui sembrerebbe pacifica la riserva di legge, si porrebbe in contrasto con gli artt. 24, 76, 103 e 108 Cost.

Né varrebbe, in contrario, richiamare la disciplina dell'arbitrato contenuta nel codice di procedura civile, che non consentirebbe comunque al Governo di esercitare illegittime opzioni in una materia coperta da riserva di legge(quantomeno relativa)quale sarebbe, ad avviso degli appellanti, l'aver irragionevolmente rimesso ad un "arbitrato amministrato" un intero blocco di arbitrati ratione materiae e cioè quelli legati alla materia dei lavori pubblici.

In tal modo, infatti, la scelta se ricorrere o no all'arbitrato sarebbe solo formalmente facoltativa, essendo rimesso all'Amministrazione se fare o meno ricorso a tale strumento, inserendo nello schema di contratto da inserire nel progetto a base di gara le modalità di risoluzione delle controversie(art.45 comma 1, lett.m) DPR n. 554 del 1999).

Gli appellanti, poi, ripropongono le tesi già esposte in I grado circa i criteri di individuazione e le incompatibilità dei componenti all'Albo, ritenendo la sentenza impugnata affetta da perplessità sul punto. Ripropongono, altresì, le censure relative alla determinazione del compenso agli arbitri, sottratta alla competenza degli ordini professionali.

6.2.*Error in iudicando* sul secondo motivo di ricorso.

Gli appellanti censurano il rigetto del secondo motivo di ricorso da parte del TAR (a proposito di differenza tra legge delegata e regolamento autorizzato) richiamando le argomentazioni svolte con il primo motivo di appello.

6.3.*Error in iudicando* sul III motivo di ricorso.

Il TAR avrebbe errato nel respingere la censura con cui i ricorrenti, in I grado, avevano sostenuto la violazione dell'art.32 della legge n. 109/94, che prevedeva che le norme di procedura dei collegi arbitrali fossero affidate al Ministero dei lavori pubblici di concerto, con quello della Giustizia, dimenticando che la nomina del Presidente del Collegio arbitrale è una tipica norma della procedura arbitrale.

6.4. *Error in iudicando* sul IV motivo di ricorso.

Si propugna la tesi della non imparzialità della Autorità di vigilanza per i lavori pubblici e della Camera arbitrale presso la stessa istituita, in quanto promananti dall'Amministrazione dei lavori pubblici.

6.5. *Error in iudicando* sul V motivo di ricorso.

Si censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la materia delle incompatibilità potesse essere oggetto di regolamento, in quanto avente valore di legge in virtù della delega ricevuta dal Governo.

6.6. *Error in iudicando* sui motivi aggiunti I, II, III e IV.

Il TAR avrebbe errato nel rigettare le censure rivolte avverso il D.M. n. 398/2000, che detta regole di procedura del giudizio arbitrale de quo, per non essere le stesse in contrasto con i principi del c.p.c.: invero, il regime delle nullità e delle preclusioni(non conforme al c.p.c.) non è stato liberamente scelto dalle parti, ma sancito dal Ministero dei lavori pubblici, di concerto con quello di giustizia, mediante un decreto ministeriale.

Avrebbe, inoltre, errato nel ritenere che le norme richiamate a sostegno delle censure(artt. 164, 180. 183 e 189 del c.p.c.)non siano capisaldi del diritto processuale, bensì frutto di una innovazione del 1990.

6.7. *Error in iudicando* sul IV motivo aggiunto.

Il TAR avrebbe errato nel ritenere che il C:T.U., se vuole contestare i compensi ricevuti, può autonomamente impugnare il lodo, in quanto l'organo deputato alla liquidazione (Camera arbitrale) non è"giudice", ma un organo amministrativo e la liquidazione avviene con ordinanza camerale.

6.8. *Error in iudicando* sul VI motivo aggiunto.

Il TAR avrebbe errato nel respingere il ricorso relativamente alla censura relativa alla disciplina della determinazione del valore della controversia ai fini della liquidazione delle spese di lite, utilizzando argomentazioni non conferenti.

7.Si sono costituite in giudizio le Amministrazioni appellate che, con articolata memoria, hanno contestato in parte l'ammissibilità ed in parte l'infondatezza delle proposte censure di appello.

8.Gli appellanti hanno prodotto una ampia memoria difensiva, con la quale hanno riaffermato le proprie tesi e controdedotto alle eccezioni dell'Avvocatura dello Stato.

Hanno, in particolare, fatto rilevare che:

- la disciplina introdotta in tema di arbitrato sui lavori pubblici avrebbe di fatto creato un giudice speciale, in spregio agli artt. 102 e 25 co.1 Cost,;
- le norme che attribuiscono alla Camera arbitrale il compito di nominare il terzo arbitro con funzioni di Presidente del collegio sarebbero affette da illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 41 e 101 Cost., in quanto la facoltà di scelta degli arbitri riservata esclusivamente alle parti sarebbe l'unico metodo idoneo per garantire l'imparzialità;
- l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione a ricorrere, ribadita dalla difesa erariale anche in sede di giudizio di appello, sarebbe inammissibile in quanto coperta da giudicato, essendosi il giudice di I grado già pronunciato in materia e non avendo la difesa erariale appellato in parte qua la sentenza.

9. (Ricorso n. 162/2003) . Con ricorso notificato il 5 marzo 2001 gli attuali appellanti, professionisti ed imprese che operano da tempo nel settore dei lavori pubblici, impugnavano davanti al TAR del Lazio il decreto 2 dicembre 2000 n. 398 che, nell'ambito della riforma dell'ordinamento dei lavori pubblici attuata in esecuzione dell'art.32 della L. 11 febbraio 1994 n. 109, avevano dettato le norme di procedura per lo svolgimento del giudizio arbitrale.

10. Sostenevano, in estrema sintesi, i ricorrenti l'illegittimità delle norme regolamentari in questione, che avrebbero introdotto nullità e preclusioni incompatibili con i principi generali in materia di processo civile e, quindi, avrebbero violato sia le norme del codice di procedura civile sia la norma di legge che vincolava il regolamento al rispetto di quei principi.

11. Le Amministrazioni intimate si costituivano in giudizio, eccependo, da un lato, l'inammissibilità del ricorso per mancanza di interesse giuridicamente rilevante da parte dei ricorrenti e, dall'altro, l'infondatezza nel merito delle rimanenti censure.

12. Con sentenza n. 5437 dell'11 giugno 2002 il TAR del Lazio respingeva il ricorso, compensando tra le parti le spese di giudizio.

13. Contro tale sentenza è stato proposto il ricorso in appello oggi all'esame del Collegio, notificato in data 17 dicembre 2002, con il quale gli appellanti, dopo aver riportato integralmente il testo del ricorso introduttivo di I grado(in quanto, a loro avviso il TAR avrebbe ignorato e pretermesso gran parte delle considerazioni in diritto svolte nel corso del giudizio ed in particolare quelle contenute nella memoria collegiale, da cui la necessità della loro integrale trascrizione nell'atto di appello affinché se ne tenga, in questa sede, la dovuta considerazione), hanno dedotto i seguenti motivi di appello:

13.1. *Error in iudicando* sui motivi I, II, III e V di ricorso, in quanto il TAR, rigettando le censure con le quali si era dedotto il contrasto fra diverse disposizioni del D.M. n. 398/2000 ed il codice di procedura civile, nel presupposto della libertà delle parti di dettare la disciplina delle modalità di svolgimento del procedimento, ivi compreso il regime delle nullità che intendessero introdurre, avrebbe dimenticato che il regime delle libertà e delle preclusioni non è stato liberamente stabilito dalle parti, ma sancito dal Ministero dei lavori pubblici, di concerto con quello della Giustizia, mediante un decreto ministeriale.

Avrebbe, inoltre, errato nel ritenere che le norme richiamate a sostegno delle censure(artt. 164, 180. 183 e 189 del c.p.c.)non siano capisaldi del diritto processuale, in quanto frutto di una innovazione del 1990.

13.2. *Error in iudicando* sul IV motivo di ricorso.

Il TAR avrebbe errato nel ritenere che il C:T.U., se intende contestare i compensi ricevuti, può autonomamente impugnare il lodo, in quanto l'organo deputato alla liquidazione (Camera arbitrale) non è"giudice", ma un organo amministrativo e la liquidazione avviene con ordinanza camerale.

13.3. *Error in iudicando* sul VI motivo di ricorso.

Il TAR avrebbe errato nel respingere il ricorso relativamente alla censura relativa alla disciplina della determinazione del valore della controversia ai fini della liquidazione delle spese di lite, utilizzando argomentazioni non conferenti.

14.Si sono costituite in giudizio le Amministrazioni appellate che, con articolata memoria, hanno contestato in parte l'ammissibilità ed in parte l'infondatezza delle proposte censure di appello.

15.Gli appellanti hanno prodotto una ampia memoria difensiva, con la quale hanno riaffermato le proprie tesi e controdedotto alle eccezioni dell'Avvocatura dello Stato.

Hanno, in particolare, fatto rilevare che:

- la sentenza sarebbe errata nella parte in cui ha ritenuto che nessuna delle disposizioni censurate andasse a collidere con principi inderogabili, dal momento che gli artt. 816, co.2 e 829, co.7 del c.p.c. ammettono per le sole parti la possibilità di disciplinare la procedura arbitrale, mentre nella fattispecie si sarebbe in presenza di una disciplina imposta e non scelta liberamente;
- la sentenza non avrebbe tenuto conto del principio di unità del rapporto processuale, determinato dalla domanda processuale, inteso come possibilità di fisiologico sviluppo del processo in relazione alla domanda proposta, di talchè sarebbe illegittimo l'art. 2 del Decreto impugnato che inibisce nuove o diverse domande, aggiornamenti od ampliamenti della stessa domanda originaria in corso di causa.

16. Entrambi gli appelli sono stati inseriti nel ruolo d'udienza del 27 maggio 2003.

DIRITTO

1. Attesi gli evidenti motivi di connessione, i due appelli vanno riuniti ai fini di un'unica decisione.

Il primo appello (n.9089/2002) è diretto avverso la sentenza n.5432 dell'11 giugno 2002 del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Sez. III, che ha in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile il ricorso proposto dagli attuali appellanti avverso le norme regolamentari che, nell'ambito della riforma dell'ordinamento dei lavori pubblici attuata in esecuzione della L. 11 febbraio 1994, n.109, hanno disciplinato il giudizio arbitrale e la relativa procedura.

2. Va, anzitutto, respinta l'eccezione di inammissibilità dell'appello per carenza di legittimazione a ricorrere relativamente al primo motivo proposto, reiterata anche in questa fase di giudizio dalla difesa erariale, atteso che, come correttamente osservato dagli appellanti, sulla eccezione si è pronunciato, ritenendola infondata, il giudice di primo grado nella sentenza appellata, non impugnata in parte qua dall'Avvocatura dello Stato, determinando con ciò il verificarsi di una preclusione processuale sul punto, derivante da giudicato cd. interno, che non può non essere rilevata dal giudice del grado successivo (cfr. Cass. n.2388/98).

3. Prima di passare all'esame del merito è opportuno delineare sinteticamente l'evoluzione legislativa che ha interessato l'istituto dell'arbitrato in materia di lavori pubblici a partire dalla c.d. legge quadro (L.11 febbraio 1994, n.109).

Il testo originario dell'art. 32 di tale legge, dopo aver previsto, al primo comma, la conciliazione in via amministrativa delle controversie, al secondo comma, per il mancato raggiungimento dell'accordo, da un lato, devolveva le controversie alla competenza del giudice ordinario e, dall'altro, vietava che nei capitolati generali o speciali fosse previsto il deferimento delle controversie ai collegi arbitrali.

Tale disposizione fu contestata sia per il suo possibile contrasto con numerose disposizioni della Costituzione (artt.24, 113, 3 e 97) sia perché privava il settore di un istituto avente una crescente rilevanza, in dipendenza del mutamento in atto nell'assetto dello Stato: nella struttura amministrativa, nell'organizzazione giudiziaria, nei rapporti con i cittadini. Ciò in relazione all'aumento del valore dell'autonomia privata ed alla luce della moderna concezione del diritto amministrativo, fondata sul pluralismo istituzionale e sull'esercizio di compiti pubblici non in forza del principio dell'autorità dell'amministrazione bensì con la collaborazione dei soggetti interessati e con il ricorso ad istituti convenzionali e paritari.

Il Governo, con numerosi decreti-legge, via via reiterati fino al D.L. 31 gennaio 1995, n.26, sospese, fino al 30 giugno 1995, l'applicazione di quasi tutte le disposizioni della legge n.109/1994, fra cui quelle contenute nell'art.32.

Con l'art. 9 bis del D.L. 3 aprile 1995, n.101, convertito in legge, con modificazioni, dalla L.2 giugno 1995, n.216, si ebbe il capovolgimento della previsione in materia, in quanto esso disponeva, al comma 1, che, qualora non si fosse raggiunto l'accordo bonario previsto dall'articolo precedente, la definizione delle controversie "è attribuita ad un arbitrato ai sensi delle norme del titolo VIII del libro quarto del codice di procedura civile".

Anche questa disposizione diede luogo a problemi, soprattutto in relazione alla sua formulazione che sembrava prevedere un arbitrato obbligatorio, istituto, questo, ritenuto incostituzionale (come si vedrà in seguito) dalla costante giurisprudenza della Corte costituzionale.

L'art. 10 della L.18 novembre 1998, n.415 contiene un testo interamente sostitutivo dell'art. 32 della legge n.109/1994 ed è quello vigente (salvo modificazioni, che in questa sede non interessano, introdotte dall'art. 7 della L.1° agosto 2002, n.166).

Tre sono gli aspetti salienti dell'attuale disciplina legislativa che incidono particolarmente sulla presente controversia:

a) la natura facoltativa, volontaria o consensuale dell'arbitrato. L'adozione dell'espressione "Possono essere deferite ad arbitri" (comma 1), vale a fugare ogni dubbio di illegittimità della previsione dell'arbitrato, alla luce dell'orientamento della Corte costituzionale innanzi richiamato;

b) la previsione di un procedimento arbitrale c.d. amministrato, che si svolge sotto l'egida della camera arbitrale istituita presso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (comma 3, prima parte);

c) l'attribuzione ad un regolamento, adottato con decreto interministeriale (lavori pubblici - grazia e giustizia), della fissazione delle norme di procedura del giudizio arbitrale "nel rispetto dei principi del codice di procedura civile" (comma 2, seconda parte), intendendosi ovviamente per tali quelli che costituiscono i capisaldi del processo, perché altrimenti verrebbe ad attribuirsi ad una fonte di pari grado (il Codice di Procedura Civile)una durevolezza che proprio la specificità e fluidità delle materie de qua esclude in radice.

Alla disciplina primaria ha fatto seguito la disciplina secondaria, contenuta negli artt. 150 e 151 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n.554, recante il regolamento di attuazione della legge quadro, nel D.M. 2 dicembre 2000, n.398, recante le norme di procedura del giudizio arbitrale, e negli artt. 33 e 34 del D.M. 19 aprile 2000, n.145, recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici.

4. Ciò premesso la questione che va preliminarmente esaminata è quella di legittimità costituzionale, già sollevata in primo grado e riproposta in questa sede, dell'art.32 della legge n.109/1994 e successive modificazioni, nonché delle norme regolamentari che riservano alla camera arbitrale la nomina del presidente del collegio, la determinazione dei compensi dovuti agli arbitri, la tenuta di un albo l'iscrizione al quale condiziona lo svolgimento delle funzioni arbitrali e determina situazioni di incompatibilità, e pongono, inoltre, una disciplina procedurale che si assume ampiamente divergere rispetto ai principi del codice di procedura civile, in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 25, 41, 76 e 77 Cost.

4.1. In quanto rivolte avverso l'art. 32 della legge n.109/1994 talune delle censure di illegittimità costituzionale sono inammissibili.

Ciò vale per quelle completamente fuori centro, come quella concernente la violazione dell'art. 77, che disciplina la decretazione d'urgenza, del tutto estranea alla presente materia, nonché quella proposta in relazione all'art. 76, che concerne la delegazione legislativa, mentre nella specie viene in rilievo l'istituto - del tutto differente - dell'autorizzazione legislativa all'esercizio della potestà regolamentare da parte del Governo o di singoli Ministri.

Le altre censure sono manifestamente infondate. Infatti, nell'art. 32 non è ravvisabile - neanche prima facie, nell'ambito del potere di delibazione attribuito al giudice a quo - alcun profilo di illegittimità costituzionale, in quanto esso non prevede un arbitrato c.d. obbligatorio e risulta per questo aspetto rispettoso dei principi affermati dalla Corte costituzionale circa il fondamento dell'arbitrato sull'accordo delle parti; attribuisce all'arbitrato il carattere di "amministrato" il che - qualora esso sia correttamente inteso ed applicato - non appare in contrasto con nessuna delle disposizioni della Costituzione asseritamente violate; dispone, infine, un'ampia delegificazione, in coerenza con la filosofia cui è improntata tutta la legge 109 del 1994 (cfr., in particolare, l'art. 3, in ordine al quale la Corte costituzionale, con la sentenza 7 novembre 1995, n.482, si è pronunciata sostanzialmente in senso favorevole), e con l'indicazione, sintetica ma sufficiente, dei criteri (rispetto dei principi del codice di procedura civile per il procedimento arbitrale [co.2]; principi di trasparenza, imparzialità e correttezza per la camera arbitrale [co. 3]), cui l'esercizio della potestà regolamentare deve attenersi.

4.2. In quanto rivolte avverso le disposizioni regolamentari in precedenza richiamate (retro, n.3), le proposte censure di illegittimità costituzionale sono inammissibili, alla stregua del costante insegnamento della Corte costituzionale, secondo cui il giudizio di legittimità costituzionale di norme aventi natura regolamentare eccede i limiti della giurisdizione della Corte, secondo la definizione che di questa è data dall'art. 134 Cost., il quale la limita al caso dell'illegittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge (C.cost. 14 giugno 2001, n.194 [ord.]; 18 ottobre 2000, n.427; 25 luglio 1997, n.273; 27 giugno 1997, n.208 [ord.]; 23 aprile 1993, n.199).

Peraltro, il pieno esplicarsi della garanzia della Costituzione nel sistema delle fonti - con particolare riferimento a quelle di valore regolamentare adottate, come nella specie, in sede di delegificazione - non è pregiudicato dall'anzidetta limitazione della giurisdizione del giudice costituzionale, in quanto la relativa garanzia è da ricercare (nei casi in cui, come si è innanzi rilevato, non sia configurabile un vizio di costituzionalità delle legge abilitante all'adozione del regolamento), nel controllo di legittimità del regolamento, ove il vizio sia proprio ed esclusivo dello stesso, demandato al giudice ordinario ed al giudice amministrativo, nell'ambito dei poteri ad essi spettanti, controllo che può condurre, rispettivamente, alla disapplicazione o all'annullamento del regolamento.

5. Alla luce di tali principi, pienamente condivisi dalla Sezione (cfr. IV, 17 aprile 2000, n.2292; 24 giugno 1980, n.692), debbono ora esaminarsi le censure, oltre che di violazione delle richiamate disposizioni della Costituzione, di violazione e falsa applicazione dell'art. 32 della L. n.109 del 1994, di violazione e falsa applicazione del Titolo VIII del c.p.c., di eccesso di potere sotto vari profili, vizi riferiti al regolamento n.554

del 1999 nella parte in cui attribuisce alla camera arbitrale costituita presso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici il potere di designare il terzo membro dei collegi arbitrali con funzioni di presidente. Il regolamento, inoltre, imporrebbe ingiustificate incompatibilità e priverebbe illegittimamente gli ordini professionali e i consigli nazionali dei propri poteri in materia di tariffe professionali, attribuendo alla camera arbitrale la fissazione dei compensi degli arbitri.

Le censure, disattese dalla sentenza impugnata, sono fondate, nei limiti di seguito indicati.

5.1. Lo scrutinio di legittimità delle norme regolamentari impugnate deve essere condotto, innanzitutto, alla luce del principio, affermato dalla Corte costituzionale, della volontarietà dell'arbitrato.

Riveste fondamentale rilievo al riguardo la sentenza 14 luglio 1977, n.127, seguita da numerose altre, assolutamente costanti nell'affermare i medesimi principi (cfr. C.cost. 27 dicembre 1991, n.488; 10 giugno 1994, n.232; 27 febbraio 1996, n.54; 9 maggio 1996, n.152; 11 dicembre 1997, n.381; 24 luglio 1998, n.325; 21 aprile 2000, n.115), la quale ha ritenuto che chi vuol far valere un diritto in giudizio non può rivolgersi che ai giudici ordinari di cui all'art. 102 Cost. oppure ai giudici speciali elencati nell'art. 103 o comunque contemplati dalla VI disp. trans.; con la sola alternativa del ricorso all'arbitrato , come descritto dal codice di rito e caratterizzato dalla libera scelta delle parti, unica valida deroga al principio della giurisdizione statuale.

Resta così confermata la prospettiva che la moderna dottrina ha utilizzato per ricomporre ad unità il sistema dell'arbitrato. Esiste cioè una pluralità di modelli arbitrali, i quali, tuttavia, sono sussumibili in uno schema unitario caratterizzato da elementi comuni e, in primo luogo, dalla libertà delle parti di optare per il giudizio arbitrale.

5.2. Così delineato il quadro di riferimento costituzionale, dal quale resta del tutto esclusa la figura dell'arbitrato obbligatorio, si può passare a verificare l'effettivo rispetto dei suindicati principi da parte delle disposizioni regolamentari che disciplinano l'arbitrato di cui trattasi.

Viene innanzitutto in rilievo l'art. 150 del regolamento di attuazione di cui al D.P.R. n.554 del 1999, secondo cui (comma 2) ciascuna delle parti, nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda, nomina l'arbitro di propria competenza tra professionisti di particolare esperienza nella materia dei lavori pubblici e, se la parte nei cui confronti è diretta la domanda di arbitrato omette di provvedervi, alla nomina procede il Presidente del Tribunale ai sensi dell'art, 810, comma 2, del c.p.c.; inoltre (comma 3), ad iniziativa della parte più diligente, gli atti di nomina dei due arbitri sono trasmessi alla camera arbitrale per il lavori pubblici affinché provveda alla nomina del terzo arbitro, con funzioni di presidente del collegio, scelto nell'ambito dell'albo camerale sulla base di criteri oggettivi e predeterminati.

La prima di tali disposizioni trova un puntuale riferimento nell'art.810 c.p.c. (Nomina degli arbitri) e deve perciò considerarsi legittima.

Non lo sarebbe stato se fossero state accolte le proposte, che pure erano state avanzate in sede di predisposizione del regolamento, di attribuire alla camera arbitrale la nomina dell'intero collegio (il che avrebbe snaturato l'arbitrato in questione, privandolo del carattere della volontarietà e riconducendolo ad una giurisdizione speciale), o di rimettere alla camera la nomina dell'arbitro di parte, nel caso di omissione della parte stessa (in contrasto con i principi, inderogabili, del codice di procedura civile attinenti alla costituzione del giudice).

La seconda delle predette disposizioni, contenuta nell'art. 150, comma 3, del regolamento, introduce una rilevante novità, consistente nella sottrazione alle parti della possibilità di nominare direttamente, d'accordo fra loro, il terzo arbitro o di individuare, per detta nomina, un meccanismo diverso, ma pure sempre fondato sulla loro volontà (cfr. art. 810 c.p.c., cit.).

Questa disposizione è illegittima per un triplice, concorrente ordine di ragioni.

Al riguardo va, innanzitutto, rilevato che la norma primaria (art. 32, comma 3, della legge n.109/1994) attribuisce al regolamento la definizione della composizione e delle modalità di funzionamento della camera arbitrale per i lavori pubblici, la disciplina dei criteri cui la camera arbitrale dovrà attenersi nel fissare i requisiti soggettivi e di professionalità per assumere l'incarico di arbitro, nonché la durata dell'incarico stesso.

La norma non contiene alcuna previsione, che comunque sarebbe dovuta essere espressa, circa l'attribuzione alla potestà regolamentare del Governo della fissazione dei criteri per la composizione dei collegi arbitrali e, tanto meno, della sottrazione alle parti del potere di scegliere d'accordo fra di loro il terzo arbitro, che sovente costituisce l'ago della bilancia del giudizio arbitrale.

Sotto tale profilo la norma regolamentare è illegittima in quanto esorbita dai limiti fissati dalla normativa primaria.

Ma quand'anche volesse ammettersi la sussistenza della potestà regolamentare, la norma in esame sarebbe illegittima perché in contrasto con i principi sanciti dagli artt. 809 e ss. c.p.c. che rientrano tra quelli fondamentali il cui rispetto è prescritto dall'art. 32, comma 2, della legge n.109/1994.

I predetti articoli del codice di procedura civile, in materia di arbitrato rituale (qual è, per espressa previsione dell'art. 150, comma 1, ult. p., del regolamento, quello in materia di lavori pubblici), prevedono che il potere di stabilire il numero e le modalità di nomina degli arbitri è rimesso alle parti, con il solo limite del rispetto dell'ordine pubblico: le regole dettate dall'ordinamento con disposizioni di carattere generale hanno, quindi, la sola funzione di garantire la libera espressione della volontà delle parti.

È chiaro, pertanto, come non possa considerarsi legittima una disposizione regolamentare - e quindi di livello secondario - che contrasti con quelle regole che, in relazione alla natura volontaria dell'arbitrato, assurgono al rango di veri e propri principi di carattere essenziale e strutturale.

Da ultimo - ma è il rilievo più consistente, di per sé assorbente - , nel richiamare l'orientamento della Corte costituzionale, in virtù del quale l'arbitrato non può che essere facoltativo e volontario, deve ritenersi - sulla scorta di autorevoli opinioni dottrinarie - che l'arbitrato è tale sia per la scelta di esso compiuta dalle parti in luogo dei rimedi ordinari che per la scelta degli arbitri fatta liberamente dalle parti stesse, tanto che, se i componenti di un collegio siano designati con criteri diversi da quelli della libera scelta delle parti, si tratterebbe di un vero e proprio organo di giurisdizione speciale (come tale, illegittimo).

Consegue che la nomina degli arbitri, compreso - a fortiori - il presidente del collegio, non può che essere attribuita alle parti, alla stregua del principio fondante, contenuto nel codice di procedura civile (art. 810), secondo il quale la nomina è compiuta dal presidente del tribunale soltanto nei casi in cui una parte abbia omesso di nominare il proprio arbitro ovvero le parti non abbiano trovato l'accordo entro una dato termine ovvero abbiano demandato ad un terzo che non vi abbia provveduto o al presidente stesso la nomina di uno o più arbitri.

Questi principi sono indefettibili in quanto attengono alla natura stessa dell'istituto arbitrale, quale riconosciuta dalla Corte costituzionale. Ma quand'anche si potesse configurare una deroga allorché la nomina sia attribuita ad un organo giurisdizionale (presidente di corte d'appello, presidente del Consiglio di Stato), come avveniva nel precedente capitolato generale, ciò non sarebbe sicuramente consentito allorché l'organo che procede alla nomina - come nel caso della camera arbitrale - sia un organo che, pur operando in piena autonomia ed indipendenza, è pur sempre amministrativo, facente parte della pubblica amministrazione, che nella maggioranza dei casi è parte in causa nel giudizio arbitrale. Trattasi comunque di un organo che non risponde a quei requisiti di terzietà che il titolo IV della parte seconda della Costituzione richiede per tutti i giudici e per tutti i giudizi.

Un siffatto sistema potrebbe far sorgere problemi, anche sul piano comunitario, circa la effettiva terzietà degli arbitri così nominati e quindi sulla obiettività del giudizio che essi sono chiamati ad esprimere (cfr., per riferimenti circa la composizione dei collegi arbitrali, Corte cost. 13 febbraio 1995, n.33).

5.3. Da quant'innanzi deriva che l'art. 150, comma 3, del regolamento, nella parte in cui sottrae alla libera determinazione delle parti la scelta del terzo arbitro con funzioni di presidente, attribuendola alla camera arbitrale, è illegittimo e deve essere annullato.

L'annullamento di tale disposizione comporta il venir meno di quelle relative alla formazione dell'albo degli arbitri della camera arbitrale (art. 151, commi 5 e 7, quest'ultimo limitatamente agli arbitri), nonché alla durata dell'iscrizione ed alle incompatibilità conseguenti all'iscrizione stessa (art. 151, comma 8, sempre limitatamente agli arbitri; restano, invece, salve le incompatibilità previste dal successivo comma 9, che appare legittimo in quanto meramente specificativo di ipotesi di incompatibilità già presenti nel nostro ordinamento [cfr. art. 51 c.p.c.] e che comunque non risulta impugnato).

In conseguenza, debbono considerarsi assorbite le censure riguardanti i requisiti per l'iscrizione all'albo tenuto dalla camera arbitrale, nonché le incompatibilità (conseguenti all'iscrizione e, in particolare, quelle di cui al secondo motivo di appello (*error in iudicando* sul secondo motivo di ricorso) ed al terzo motivo di appello (*error in iudicando* sul terzo motivo di ricorso), attinenti alla questione, già decisa, concernente la nomina del presidente del collegio arbitrale, nonché quella di cui al quarto motivo (*error in iudicando* sul quarto motivo di ricorso), con cui si deduce la non imparzialità dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici e della camera arbitrale istituita presso la stessa, giacché tale censura non ha una valenza propria, ma è strumentale rispetto alla questione della nomina del presidente del collegio. Ugualmente deve considerarsi assorbita la censura di cui al quinto motivo (*error in iudicando* sul quinto motivo di ricorso), concernente la previsione di talune incompatibilità contenuta nel regolamento, in quanto tale questione, nei limiti dell'impugnativa, è stata già risolta per effetto della innanzi rilevata caducazione, in parte qua, dell'art. 151, comma 8, del regolamento.

6.1. Con il sesto motivo di ricorso (*error in iudicando* sui motivi aggiunti I, II, III, e IV), si sostiene l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha rigettato le censure dirette contro numerose disposizioni contenute nel regolamento che detta la disciplina della procedura del giudizio arbitrale (D.M. 2 dicembre 2000, n. 398).

Questo regolamento - come già detto - trova la sua base normativa nell'art. 32, comma 2, seconda parte, dell'art. 32 della legge n. 109/1994, che attribuisce al Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro di grazia e giustizia, il relativo potere.

6.2. Si è detto che l'arbitrato di cui trattasi pur richiamandosi al modello ordinario, è volontario, come debbono essere, in forza del più volte richiamato orientamento della Corte costituzionale, tutti gli arbitrati; è un arbitrato rituale e tale è espressamente qualificato dall'art.150, comma 1, ult. p., del regolamento di attuazione di cui al D.P.R. n.554/1999; è, infine, un arbitrato amministrato, che si richiama al modello ordinario pur avendo delle sue peculiarità e che si caratterizza per il fatto che il collegio arbitrale è costituito presso la camera arbitrale per i lavori pubblici (art.32, comma 2, legge n.109/1994).

Alla luce di tali caratteri deve valutarsi la legittimità delle norme di procedura contenute nel D.M. 2 dicembre 2000, n. 398, legittimità contestata dai ricorrenti sotto svariati profili.

Da un punto di vista generale deve ammettersi la possibilità che l'emanazione delle disposizioni in questione sia demandata ad un atto di normazione secondaria. Infatti, da un lato, trattasi di un regolamento di delegificazione, per il quale sono previsti dalla legge i criteri cui deve attenersi (rispetto dei principi del codice di procedura civile); dall'altro, è da escludere che la materia in questione sia coperta da riserva assoluta di legge, come è dimostrato dal rilievo che anche la procedura dinanzi alla Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato è stata disciplinata a suo tempo con un regolamento che è tuttora vigente (R.D. 17 agosto 1907, n.642, cui la Corte costituzionale, con sentenza 18 maggio 1898, n.251, ha espressamente riconosciuto natura regolamentare).

6.3. Prima di procedere all'esame delle censure proposte avverso le singole disposizioni del regolamento in questione, è utile richiamare talune considerazioni espresse da questo Consiglio nel parere sullo schema di regolamento in questione (Sez. consultiva per gli atti normativi 17 aprile 2000, n. 65/2000).

In quella occasione fu osservato che il "recupero" al settore dei lavori pubblici dello strumento arbitrale (in precedenza affrettatamente accantonato), ritenuto finalisticamente più idoneo a garantire le esigenze di rapidità e di specializzazione intrinsecamente connesse al contenzioso in materia, è stato, in certo senso, mitigato, nel disegno della legge n. 415/1998, dalla previsione di una procedura che, seppure prende a modello quello dell'arbitrato ordinario (come attesta il richiamo ai principi del codice di procedura civile che sostanzialmente si traduce nell'imporre il rispetto dei capisaldi strutturali del sistema processuale), tenga conto delle esigenze connesse alla gestione di un settore, per sua natura e per specifiche contingenze, particolarmente "sensibile" e quindi naturalmente possibile oggetto di un corrispondente modello di disciplina particolare nei sensi precisati.

6.4. Sulla base delle varie premesse in precedenza illustrate, può procedersi all'esame delle varie censure dedotte.

Viene in primo luogo in rilievo la censura che investe le regole procedurali del giudizio arbitrale in materia di lavori pubblici che vengono dagli appellanti ritenute in contrasto con i principi del c.p.c. (tra le altre : art. 2 del D.M. 398/2000; art. 150, commi 5° e 6°; art. 151, comma 11 del D.P.R. n. 554/1994).

La censura non può trovare accoglimento.

Invero, la individuazione delle norme che devono essere osservate nel procedimento arbitrale appartiene alla disponibilità delle parti(art. 816 comma 2 c.p.c.), salva la facoltà degli arbitri, in caso di mancanza di tali norme, di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno (art. 816 co.3), fatti salvi il diritto di difesa delle parti o il principio del contraddittorio(Cass. 29 gennaio 1992 n. 923 e 4 giugno 1992 n. 6866).

Ne consegue, in virtù di tale disponibilità, la insussistenza di principi inderogabili in materia, eccezion fatta per quello della parità di diritto di difesa tra le parti, che però nella fattispecie non viene posto in discussione, anche perché estranei all'ambito delle censure dedotte.

Quanto, poi, ai principi di diritto processuale generale che costituiscono l'intelaiatura fondamentale dell'intero codice di procedura civile, essi come tali sono applicabili anche al procedimento arbitrale e, quindi, non possono costituire oggetto di discussione, anche perché estranei all'ambito delle censure dedotte.

Quanto, infine, alle disposizioni che sono frutto di scelta legislativa per il solo processo ordinario, esse non possono assurgere al rango di capisaldi del diritto processuale e, come tali, sono derogabili attraverso una scelta legislativa di pari rango qual è quella effettuata dall'art.32 della L.n. 109/94("...con decreto del Ministro dei lavori pubblici di concerto con il Ministero di grazia e giustizia ... sono fissate le norme di procedura del giudizio arbitrale nel rispetto dei principi del codice di procedura civile").

Né può ritenersi che tale scelta violi la libertà delle parti, atteso che il ricorso all'arbitrato in materia di lavori pubblici è facoltativo e, quindi, rimesso alla libera scelta delle parti, che sono consapevoli, in quanto previsto ex lege, che, per volontà del legislatore, in questa materia si opera con procedura predefinita, adottata con scelta insindacabile, in quanto attinente al merito dell'azione amministrativa, con l'unico limite della non violazione dei principi inderogabili del c.p.c.

6.5. Nel novero delle censure rivolte contro il regolamento assume particolare rilievo quella con la quale i ricorrenti denunciano l'illegittimità dell'art. 10, comma 2, del D.M. n. 398/2000, il quale attribuisce alla camera arbitrale il potere di determinare i corrispettivi dovuti dalle parti a titolo di compenso al collegio arbitrale e a titolo di spese di consulenza tecnica, con ordinanza che costituisce titolo esecutivo e non è impugnabile.

Per quanto concerne le spese di consulenza tecnica, non può trovare accoglimento il settimo motivo di ricorso (*error in iudicando* sul quarto motivo aggiunto), con il quale si sostiene l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha accolto la tesi della illegittimità delle norme regolamentari che affidano alla camera arbitrale la loro liquidazione.

È infatti fondata l'eccezione di inammissibilità avanzata dalla difesa erariale, in quanto materia del tutto estranea all'interesse protetto di cui sono titolari i ricorrenti.

Sono, invece, ammissibili, ma peraltro infondate, le censure concernenti la determinazione, ad opera della camera arbitrale, dei compensi per gli arbitri.

Al riguardo è appena il caso preliminarmente di osservare che i cd arbitrati amministrati, altro non sono che forme assistite da un'istituzione a ciò preposta, che provvede ad una serie di incombenze pratiche, svolgendo sostanzialmente una funzione di controllo dell'intero processo arbitrale, al fine di rendere meno litigioso lo

svolgimento della procedura arbitrale, senza che ciò comporti alcun rapporto tra gli arbitri e l'istituzione, arbitri che nel momento in cui accettano, si impegnano esclusivamente nei confronti delle parti.
Alla luce di tale premessa sembra che la previsione di cui all'art. 150 comma sesto del Regolamento, attuativo di quanto disposto nell'art. 32 comma secondo della legge n. 109/94, in materia di poteri della camera arbitrale di determinare i compensi spettanti agli arbitri si pongono in una linea di coerenza con l'impianto generale previsto dalla normazione primaria.
Ed invero dal momento che la Camera è soggetto preposto allo svolgimento della procedura arbitrale e limitatamente alla liquidazione dei compensi sfornito di qualsiasi interesse, non essendo previsto che una parte degli stessi sia da essa trattenuta, appare del tutto legittimo e corrispondente a criteri di garanzia delle parti, secondo i principi di trasparenza, imparzialità e correttezza fissati dall'art. 32 della L.n. 109/94, affidare alla stessa il compito di stabilire, in modo vincolante per le parti ed in base a tariffe prefissate con decreto interministeriale, la determinazione della prestazione dedotta nell'arbitrato.
6.6. Le censure proposte avverso altre disposizioni contenute nel regolamento non meritano accoglimento.
Appaiono, infatti, da un lato rispondenti a peculiari esigenze del procedimento arbitrale in questione e, dall'altro, non in contrasto con i principi fondamentali del sistema civilprocessualistico (ma solo, in certi casi, con particolari disposizioni del codice di rito che, per l'appunto non rivestono siffatti connotati) e rientrano quindi nel legittimo esercizio della potestà regolamentare, conferita dalla norma primaria di cui all'art. 32, comma 2, della legge n.109/1994, la previsione della litispendenza collegata alla costituzione del collegio (art. 3, comma 5); la previsione del termine per la conciliazione (art. 5, comma 3), giacché essa si riferisce evidentemente alla conciliazione dinanzi al collegio e non impedisce che le parti addivengano, anche successivamente, alla transazione della controversia; l'esclusione, dal novero dei mezzi di prova ammissibili, del giuramento in tutte le sue forme (art. 7, comma 2, prima parte), il che, trattandosi di giudizi che vedono, prevalentemente se non esclusivamente, quale parte una pubblica amministrazione, vale a conformare, sotto questo aspetto, il giudizio arbitrale al processo amministrativo, nel quale, come è noto, il giuramento non è ammesso.
Infine, l'art. 8, concernente l'udienza di discussione, l'art. 9, comma 1, che dispone che il lodo si ha per pronunciato con il suo deposito presso la camera arbitrale, l'art. 10, commi 4-6, che dettano i criteri per la determinazione del valore della controversia ai fini della liquidazione del compenso per il collegio, e comma 7, che prevede la solidarietà tra le parti anche per il pagamento delle spese di consulenza tecnica, sono tutte disposizioni che trovano logica giustificazione nelle peculiarità del giudizio arbitrale in questione.
7. Il secondo appello(n. 162/2003) è rivolto avverso la sentenza n. 5437/2002 con cui il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III, ha respinto il ricorso proposto dagli attuali appellanti avverso il decreto n. 398/2000 che ha dettato le norme di procedura per lo svolgimento del giudizio arbitrale nel settore dei lavori pubblici.
Va anzitutto respinta l'eccezione di inammissibilità del gravame per assenza di interesse tutelabile in capo a chi agisce proposta anche nel secondo appello dalla difesa erariale, richiamando, al riguardo, le considerazioni già svolte
Riguardo al merito non resta, pertanto, che rinviare alle considerazioni già svolte ed in particolare:

va respinto il primo motivo di appello (*error in iudicando* sui motivi I, II, III e V di ricorso: vedasi retro sub 6.4); 6.5); 6.6);
va altresì respinto il terzo motivo di appello (*error in iudicando* sul IV motivo di ricorso vedesi retro sub 6.4),6.5); 6.6);
va infine dichiarata inammissibile la censura contenuta nel secondo motivo di appello (vedasi retro sub 6.5).
In conclusione in base alle suesposte considerazioni il secondo appello va respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.
8. La disamina della normativa sovracompiuta sollecitata dai ricorsi sopraesaminati, anche se necessariamente circoscritta agli spazi propri delle censure dedotte, rende doveroso, in chiusura, l'auspicio di un intervento del legislatore per una aggiornata sistemazione della materia, che certamente si gioverà della considerazione della riforma del titolo quinto della parte seconda della Costituzione operata con la legge cost. 18 ottobre 2001 n. 3 e delle sentenze della Corte Costituzionale 1° ottobre 2003 n. 302 e 303.
9. In entrambi gli appelli, le spese e gli onorari della presente fase di giudizio possono trovare equa compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione IV - definitivamente pronunciando in ordine ai ricorsi in appello indicati in epigrafe, previa riunione dei medesimi, accoglie in parte il primo ricorso, con conseguente riforma della sentenza di primo grado; rigetta il secondo, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Spese del grado compensate in entrambi.
Così deciso in Roma il 27 maggio 2003 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, nella Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:
Paolo SALVATORE -Presidente
Livia BARBERIO CORSETTI -Consigliere
Giuseppe BARBAGALLO -Consigliere
Antonino ANASTASI -Consigliere
Anna LEONI -Consigliere est.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
17/10/2003

Cassazione civile sez. VI, 28/05/2019, n. 14476

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 3

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. FRASCA Raffaele - Presidente -
Dott. RUBINO Lina - Consigliere -
Dott. IANNELLO Emilio - rel. Consigliere -
Dott. ROSSETTI Marco - Consigliere -
Dott. D'ARRIGO Cosimo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso iscritto al n. 28454/2017 R.G. proposto da:
SV.IMM. Sviluppo Immobiliare S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Gianluca Artiaco, con domicilio eletto in Roma, via Carlo Fea, n. 6, presso lo studio dell'Avv. Guido Ascenzi;
- ricorrente -

contro
Promo Life S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Giuseppe Nitto, con domicilio eletto in Roma, piazza San Salvatore in Lauro, n. 13, presso lo studio dell'Avv. Giuseppe Puglisi;
- controricorrente -

per il regolamento di competenza avverso la sentenza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere n. 3285/2017, depositata il 6 novembre 2017;
Udita la relazione svolta nella camera di consiglio non partecipata del 31 gennaio 2019 dal Consigliere Emilio Iannello.
lette le conclusioni scritte dal Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Fresa Mario che ha chiesto che la Corte di Cassazione, in camera di consiglio, rigetti il ricorso per regolamento di competenza, con le conseguenze di legge.

RILEVATO che:
1. Con l'ordinanza in epigrafe il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, pronunciando nella fase a cognizione piena di procedimento di convalida di sfratto per morosità (la cui fase sommaria si era conclusa con ordinanza che, oltre a negare la chiesta convalida in ragione dell'opposizione della parte intimata, aveva

anche respinto la richiesta di emissione di ordinanza provvisoria di rilascio dell'immobile), ha dichiarato il proprio difetto di competenza in relazione alla convenzione d'arbitrato rituale contenuta nell'art. 14 del contratto di locazione.

Ha infatti ritenuto infondata l'eccezione di nullità di tale clausola per essere in essa previsto, per il caso di mancato accordo delle parti sulla scelta dell'arbitro, la rimessione della stessa alla decisione del Presidente del Tribunale di Napoli, in contrasto con la previsione di cui all'art. 810 c.p.c., comma 2, che, a tal fine, attribuisce la competenza al presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato o, in mancanza di determinazione della sede, al presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato (nella specie, Santa Maria Capua Vetere).

Il giudice a quo ha in proposito ritenuto che tale competenza è bensì funzionale e inderogabile ai sensi dell'art. 28 c.p.c., ma che nondimeno non può farsi discendere dalla deroga contenuta nella clausola compromissoria la nullità dell'intera convenzione; piuttosto -ha affermato - la disposizione pattizia può considerarsi semplicemente inefficace e supplita dalla previsione (imperativa) di cui alla norma codicistica.

2. Avverso tale provvedimento la SV.IMM. Sviluppo Immobiliare S.r.l. (società locatrice che aveva intimato lo sfratto) propone istanza di regolamento di competenza sulla base di due motivi.

Vi resiste controparte, Promo Life S.r.l., depositando memoria.

Dovendo il procedimento trattarsi ai sensi dell'art. 380-ter c.p.c., è stata fatta richiesta al Pubblico Ministero presso la Corte di formulare le sue conclusioni ed all'esito del loro deposito ne è stata fatta notificazione unitamente al decreto di fissazione dell'adunanza camerale.

CONSIDERATO che:

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1362,1366,1367 e 1419 c.c., e degli artt. 28,809 e 810 c.p.c., nonché omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.

Secondo la ricorrente la decisione impugnata sarebbe errata in quanto avrebbe violato le norme in tema di ermeneutica contrattuale ed avrebbe omesso l'esame di un fatto decisivo e controverso, non dando peso alla comune intenzione delle parti, alla luce della quale, una volta accertata - nella previsione contrattuale - la violazione delle norme sulla competenza territoriale inderogabile, contenuta nella clausola arbitrale (determinata dal riferimento al Presidente del Tribunale di Napoli, anziché al Presidente del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere), avrebbe dovuto dichiarare la nullità dell'intera clausola arbitrale e, conseguentemente, la competenza del giudice ordinario a statuire nel merito.

2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia poi, ancora ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 92 c.p.c. nonché omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, in relazione alla statuizione sulle spese, poste a suo carico.

Sostiene infatti che lo svolgimento del giudizio, in esso comprendendo anche il procedimento speciale di convalida e il comportamento processuale della controparte (non comparsa nella data fissata per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione), avrebbe dovuto indurre a compensare per intero le spese.

3. Giova preliminarmente rilevare che correttamente la questione di validità della clausola arbitrale è sottoposta all'esame di questa Corte con istanza di regolamento di competenza, atteso che: a) non risulta ancora introdotto il giudizio arbitrale; b) la questione è dedotta proprio al fine di negare la devoluzione ad arbitri della controversia in ragione della quale l'adito giudice ordinario ha declinato la propria competenza.
In proposito la giurisprudenza di questa Corte ha già avuto modo di chiarire che, "ai sensi dell'art. 819-ter c.p.c., u.c., così come novellato dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 22, in pendenza del procedimento arbitrale non possono proporsi all'autorità giudiziaria domande aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, dovendosi ritenere, per converso, che possa essere proposta una domanda giudiziale intesa ad ottenere la declaratoria della invalidità o dell'inefficacia della convenzione, quando non sia stata introdotta una controversia davanti agli arbitri sulla base della convenzione stessa. L'invalidità o l'inefficacia della convenzione d'arbitrato può essere invocata davanti all'autorità giudiziaria con autonoma domanda di accertamento, o unitamente alla domanda relativa al rapporto cui la clausola compromissoria troverebbe applicazione, ovvero, ancora, in via di controeccezione proposta dalla parte attrice, allorché la parte convenuta abbia eccepito l'esistenza della clausola compromissoria invocando la competenza arbitrale. Ove avverso la decisione del giudice di merito, affermativa o negativa della competenza arbitrale, venga proposto regolamento di competenza, detto giudizio compete alla Corte di cassazione, nell'ambito dei poteri di statuizione sulla competenza" (Cass. 04/08/2011, n. 17019).
4. Sempre in via preliminare occorre rilevare l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità, per tardività, dell'istanza di regolamento, opposta sull'assunto che una pronuncia declinatoria della competenza del giudice ordinario, in favore degli arbitri, era già contenuta nell'ordinanza emessa a conclusione della fase sommaria, reiettiva della domanda di emissione di ordinanza provvisoria di rilascio.
Tale ordinanza, allegata alla memoria, non contiene una statuizione definitiva sulla competenza, ma si limita in parte motiva a svolgere considerazioni sulla sussistenza e validità della clausola arbitrale, tali da determinare una prognosi di fondatezza dell'eccepita incompetenza, funzionale alla sola valutazione (negativa) dei presupposti per l'emissione dell'ordinanza di rilascio.
In tema, questa Corte ha già condivisibilmente evidenziato che "nel procedimento per convalida di sfratto, la questione di competenza, come ogni altra questione volta a contestare la domanda di merito, può ben essere sollevata già nell'udienza di comparizione, anche al fine di contrastare l'accoglimento dell'eventuale istanza intesa ad ottenere l'ordinanza di rilascio, ma il suo esame è compiuto nella stessa sede in funzione della sola decisione su tale domanda incidentale, sicché un'espressa decisione sulla questione di competenza non la si può qualificare come sentenza, dovendo detta questione essere comunque decisa nel conseguente giudizio a cognizione piena sulla domanda di merito. Ne consegue che è inammissibile il regolamento di competenza proposto avverso una decisione sulla competenza che sia stata adottata all'esito della fase a cognizione sommaria del suddetto procedimento unitamente al provvedimento di rilascio con riserva delle ulteriori eccezioni dell'intimato (come verificatosi nella specie)" (v. *ex multis* Cass. 18/02/2008, n. 4016).
5. Nel merito il ricorso si appalesa infondato.
La competenza prevista dall'art. 810 c.p.c., comma 2, per la nomina dell'arbitro rimessa all'autorità giudiziaria, secondo pacifico orientamento della ricorrenza di legittimità, è funzionale e inderogabile.

L'inderogabilità di tale competenza comporta però soltanto la nullità del lodo eventualmente emesso da arbitro nominato da altro giudice, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 2, per vizio attinente alla formalità prescritta per la nomina degli arbitri (v. Cass. 12/11/1992, n. 1218); ciò peraltro nei limiti in cui la relativa questione sia dedotta nel giudizio arbitrale (v. Cass. 23/03/2006, n. 6425; 23/05/2000, n. 6698; 11/12/1999, n. 13866).

Essa invece non può giammai riverberarsi sulla validità della convenzione arbitrale, sia perché trattasi pur sempre di previsione pattizia destinata a regolare un'ipotesi solo residuale, quella cioè del mancato accordo tra le parti sulla scelta dell'arbitro, sia, comunque, perché, la previsione di un foro inderogabile opera, nel processo, similmente al meccanismo di sostituzione di diritto previsto dall'art. 1419 c.c., comma 2, per le clausole nulle in contrasto con norme imperative.

Pienamente corretto, in quanto sostanzialmente coerente con la suddetta impostazione, si appalesa pertanto il provvedimento impugnato.

5.1. Del tutto inconferente, per contro, si rivela la censura svolta con riferimento ai criteri legali di ermeneutica contrattuale.

La sentenza impugnata, invero, esclude la dedotta invalidità della convenzione arbitrale non già in virtù di una interpretazione della stessa che ne tradisca il contenuto e significato (volto ad attribuire la competenza per la nomina giudiziale dell'arbitro a giudice diverso da quello che l'avrebbe secondo il criterio inderogabilmente fissato per legge), ma piuttosto, ben diversamente, posto tale indubbio e non diversamente interpretato contenuto, ne esclude il rilievo invalidante dell'intera convenzione d'arbitrato per ragioni legate al carattere meramente sussidiario della clausola, inidoneo a precludere il funzionamento della convenzione medesima.

Pienamente condivisibile appare, in tal senso, il rilievo svolto dal pubblico ministero nella propria conclusione, secondo cui "il richiamo delle parti al Presidente del Tribunale di Napoli ai fini della scelta dell'arbitro trova un senso solo con riferimento all'esigenza che, in difetto di accordo tra le parti, sia un giudice terzo a provvedere all'incombente.

Non pare vincolante, ai fini della validità della clausola, la circostanza che la scelta debba essere effettuata dal Presidente del Tribunale di Napoli e non dal Presidente del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, inderogabilmente competente secondo le previsioni normative.

Il riferimento espresso nella clausola compromissoria sembra davvero dovuto al mancato approfondimento, ad opera delle parti contrattuali, alle norme in tema di inderogabilità della competenza per territorio in casi del genere. In altri termini, l'impraticabilità della soluzione subordinata proposta dalle parti non sembra condizionare la validità della clausola compromissoria, neppure in parte, ben potendo nel caso di specie trovare applicazione l'art. 1419 c.c., comma 2, con relativa sostituzione della previsione contrattuale che demanda la scelta dell'arbitro al presidente di un tribunale incompetente, con la norma imperativa che attribuisce il menzionato potere di scelta al presidente del tribunale competente".

5.2. Palesemente inammissibile è poi il vizio di omesso esame di fatto decisivo, sia perchè la doglianza fa riferimento a meri argomenti di prova (il comportamento processuale ed extraprocessuale della controparte), peraltro senza l'osservanza degli oneri di specificità e autosufficienza richiesti dall'art. 366

c.p.c., n. 6, sia perché l'argomento medesimo è posto in funzione di mera questione di diritto (la validità della convenzione di arbitrato a fronte di clausola derogatoria alla competenza prevista dall'art. 810 c.p.c., comma 2, per la nomina giudiziale dell'arbitro).

È noto infatti che non può configurarsi vizio di motivazione in relazione a questioni di mero diritto. Ciò in quanto il giudice di legittimità è investito, a norma dell'art. 384 c.p.c., del potere di integrare e correggere la motivazione della sentenza impugnata, con la conseguenza che, se chiamato a valutare la conformità a diritto della decisione impugnata, la sua valutazione ben può prescindere dalla motivazione che, in punto di diritto, sia contenuta nella sentenza impugnata, restando del tutto irrilevante anche l'eventuale mancanza di questa, quando il giudice del merito sia, comunque, pervenuto ad una esatta soluzione del problema giuridico sottoposto al suo esame (v. *ex multis* Cass. 17/11/1999, n. 12753).

6. Il secondo motivo è poi inammissibile.

Costituisce infatti *jus receptum* il principio secondo cui, con riferimento al regolamento delle spese, il sindacato della Corte di cassazione è limitato ad accertare che non risulti violato il principio secondo il quale le spese non possono essere poste a carico della parte vittoriosa, con la conseguenza che esula da tale sindacato, e rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, la valutazione dell'opportunità di compensare in tutto o in parte le spese di lite, tanto nell'ipotesi di soccombenza reciproca, quanto nell'ipotesi di concorso con altri giusti motivi (v. e pluribus Cass. 17/10/2017, n. 24502; 04/08/2017, n. 19613; 31/03/2017, n. 8421; 19/06/2013, n. 15317).

La doglianza peraltro è fondata sul rilievo della soccombenza della controparte nella fase a cognizione sommaria del procedimento di convalida di sfratto: rilievo infondato sia in diritto (posto che trattasi di provvedimento non definitivo, pronunciato al termine di una cognizione sommaria, come tale inidoneo ad assumere alcun rilievo ai fini della valutazione della soccombenza, da rapportare all'esito finale del giudizio), sia in fatto, atteso che, come si ricava dalla sentenza impugnata, la richiesta di emissione di ordinanza di immediato rilascio è stata respinta.

Il ricorso deve essere pertanto rigettato.

7. Non vi è luogo a provvedere sulle spese del presente giudizio, attesa la tardività della memoria difensiva depositata dall'intimata.

Secondo principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte il termine previsto dall'art. 47 c.p.c., u.c., "ha carattere ordinatorio e, pertanto, la scrittura difensiva depositata tardivamente può essere presa in considerazione anche agli effetti delle spese processuali", ma ciò soltanto "in difetto di opposizione della controparte" (Cass. 25/03/2013, n. 7462; 21/12/2010, n. 25891; 18/04/2000, n. 5030; 30/03/1999, n. 3075): opposizione nella specie sussistente, avendo la ricorrente, come detto, depositato memoria nella quale ha espressamente eccepito la tardività del deposito in cancelleria della memoria avversaria.

Ricorrono le condizioni di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, per l'applicazione del raddoppio del contributo unificato.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e dichiara la competenza arbitrale.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, il 31 gennaio 2019.

Depositato in Cancelleria il 28 maggio 2019

Cassazione civile sez. VI, 09/06/2020, n. 10985

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SAMBITO Maria Giovanna - Presidente -
Dott. SCOTTI Umberto L.C.G. - rel. Consigliere -
Dott. MELONI Marina - Consigliere -
Dott. TRICOMI Laura - Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso 25239-2018 proposto da:
S. SRL IMPIANTI SPORTIVI, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CRESCENZIO, 91, presso lo studio dell'avvocato CLAUDIO FIORI, rappresentata e difesa dall'avvocato CARLO DE SIMONI;
- ricorrente -

contro
LA PRIMAVERA COSTRUZIONI SRL, IN CONCORDATO PREVENTIVO, in persona del Liquidatore Giudiziale, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA CAVOUR presso la CANCELLERIA della CORTE di CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato GIANPAOLO CAMPANINI;
- controricorrente -

avverso il decreto n. R.G. 948/2018 del TRIBUNALE di VERONA, depositato il 15/06/2018;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 14/02/2020 dal Consigliere Relatore Dott. UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE SCOTTI.

FATTI DI CAUSA e RAGIONI DELLA DECISIONE
La Corte, rilevato che:
con decreto del 14/6/2018 il Presidente del Tribunale di Verona ha rigettato, con aggravio delle spese del procedimento, la richiesta proposta dalla s.r.l. S. Impianti Sportivi di nomina, nell'inerzia della controparte, del secondo arbitro, componente del collegio arbitrale costituendo, ai sensi dell'art. 17 del contratto di

subappalto intercorso fra le parti, spettante a La Primavera Costruzioni s.r.l. in concordato preventivo che si era opposta alla nomina, sostenendo l'improcedibilità dell'istanza;
l'istanza era stata respinta dal Presidente del Tribunale perché la ricorrente mirava a far accertare dagli arbitri la prededuzione del credito, attribuendo loro un potere di decisione che spettava solo al Tribunale ordinario, tramite il giudice delegato;
avverso il predetto provvedimento ha proposto ricorso ex art. 111 Cost., comma 7, la S. Impianti Sportivi, limitatamente alla statuizione di condanna relativa alle spese processuali, svolgendo tre motivi, tutti formulati per violazione c/o falsa applicazione di legge;
con il primo motivo la ricorrente lamenta violazione dell'art. 91 c.p.c. e art. 810 c.p.c., comma 3, perché il decreto aveva ravvisato la soccombenza della parte istante per ragioni del tutto estranee al procedimento per la nomina di arbitro su ricorso di uno dei contendenti;
con il secondo motivo la ricorrente lamenta violazione dell'art. 91 c.p.c. e art. 169 bis L. Fall., perché il decreto aveva ravvisato la soccombenza della parte istante, ritenendo estranea la procedura concursale al contratto intercorso con La Primavera Costruzioni;
con il terzo motivo la ricorrente lamenta violazione dell'art. 91 c.p.c., e dei principi generali del giusto processo del diritto di difesa e alla precostituzione del giudice naturale (artt. 111, 24 e 25 Cost.), perché il decreto aveva ritenuto la competenza esclusiva del giudice delegato a decidere sulla natura prededucibile del credito;
al ricorso ha resistito la Primavera Costruzioni in concordato preventivo, chiedendone la dichiarazione di inammissibilità o rigetto;
in data 7/1/2020 il Consigliere relatore ha proposto ai sensi dell'art. 380-bis c.p.c., la trattazione in camera di consiglio non partecipata, previa delibazione dell'inammissibilità del ricorso;
le parti hanno illustrato con memoria ex art. 380 bis c.p.c., comma 2, le rispettive difese;
ritenuto che:
la pronuncia sulle spese nei procedimenti camerali, pur non aventi natura contenziosa in senso tecnico, è comunque consentita, secondo la giurisprudenza di questa Corte, laddove si profila un conflitto tra le parti, le cui posizioni con riguardo al provvedimento richiesto assumono un rilievo formale autonomo, che dà fondamento all'applicazione estensiva dell'art. 91 c.p.c. (Sez. 6 - 1, n. 28331 del 28/11/2017, Rv. 647284 - 02; Sez. 1, n. 11503 del 12/05/2010, Rv. 613224; Sez. 1, n. 2757 del 23/02/2012, Rv. 621563-01; Sez. 2, n. 1856 del 30/01/2006, Rv. 587510-01; Sez. 2, n. 7644 del 13/04/2005, Rv. 581696 - 01);
non a caso, la giurisprudenza in tal senso si è formata con riferimento al procedimento ex art. 2409 c.c., o al procedimento camerale di reclamo, suscettibili pur nell'ambito della c.d. "volontaria giurisdizione" di configurare situazioni di contrapposizione conflittuale fra le parti assimilabili a quelle della giurisdizione contenziosa;
il Presidente del Tribunale, chiamato ex art. 810 c.p.c., comma 2, alla nomina di un arbitro nell'inerzia della parte interessata, provvede in tal senso in funzione sostituiva della volontà negoziale delle parti, con attività a cui è estranea la risoluzione di ogni questione giuridica che contrappone le parti, limitandosi alla verifica, in linea formale, dei presupposti per la nomina;

la nomina dell'arbitro in sede giudiziale, ai sensi dell'art. 810 c.p.c., comma 2, deve essere effettuata, in assenza di ragioni impeditive, tenendo conto della volontà manifestata dalle parti nella clausola compromissoria con intervento del presidente del tribunale in funzione integrativo-sostitutivo della volontà negoziale, ove questa non sia *contra legem* o non più concretamente attuabile (Sez. 1, 20/04/2016, n. 7956)

per tale ragione la giurisprudenza di questa Corte ritiene che sia inammissibile il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso il decreto di nomina o di sostituzione di un arbitro, trattandosi di un provvedimento privo di carattere decisiorio e insuscettibile di produrre effetti sostanziali o processuali di cosa giudicata (Sez.1, 09/07/2018, n. 18004; Sez.1, 18/5/2007, n. 11665; Sez.1, 6/6/2003 n. 9143);

nella fattispecie il Presidente del 'Tribunale non si è limitato alla verifica formale dei presupposti per l'attività di integrazione-sostituzione della volontà negoziale di sua spettanza ma si è ingerito nel contenuto della decisione devoluta agli arbitri;

effettivamente quindi, il provvedimento impugnato ha erroneamente applicato l'art. 91 c.p.c., con la condanna alle spese processuali in un caso non previsto dalla legge, ravvisando il presupposto della "soccombenza" per ragioni del tutto estranee al procedimento nell'ambito del quale è stato emesso;

non si può ritenere che la censura sia preclusa dalla mancata (e comunque inammissibile) impugnazione del merito del provvedimento di diniego di nomina, come eccepito dal controricorrente e indicato nella proposta ex art. 380 bis c.p.c., perché la ricorrente si limita a contestare la valutazione di soccombenza espressa dal provvedimento, privo di attitudine al giudicato, senza impugnarlo nel merito in questa sede;

il ricorso va dunque accolto;

sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

La Corte, accoglie il ricorso e cassa il provvedimento impugnato in punto condanna al pagamento delle spese processuali e compensa le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sesta Sezione civile, il 14 febbraio 2020.

Depositato in Cancelleria il 9 giugno 2020

Cassazione civile sez. I, 04/06/2014, n. 12531

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Presidente -
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -
Dott. DIDONE Antonio - Consigliere -
Dott. SAN GIORGIO Maria Rosaria - Consigliere -
Dott. MERCOLINO Guido - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso proposto da:
F.E., in qualità di titolare dell'omonima ditta, elettivamente domiciliato in Roma, alla via dei Mille n. 41/a, presso gli avv. AMORELLI GIAMPIERO e DORODEA CIANO, dai quali è rappresentato e difeso in virtù di procura speciale a margine del ricorso - C.f.: (OMISSIS);
- ricorrente -

contro
CONDOMINIO DEL FABBRICATO SITO IN (OMISSIS), in persona dell'amministratore p.t. il 28 gennaio 2014, C.V. il 28 gennaio 2014, elettivamente domiciliato in Roma, presso la Cancelleria civile della Corte di cassazione, unitamente all'avv. FARGIORGIO Antonio, dal quale è rappresentato e difeso in virtù di procura speciale a margine del controricorso - c.f (OMISSIS);
- controricorrente -

e
Avv. D.N.L., da sé medesimo rappresentato e difeso, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via Badia di Cava n. 56 (OMISSIS);
- controricorrente -

avverso l'ordinanza del Tribunale di Latina depositata l'11 marzo 2009, n. 707/08 R.V.G.;
Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 28 gennaio 2014 dal Consigliere dott. Guido Mercolino;
udito l'avv. D.N. per sé medesimo;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. SORRENTINO Federico, il quale ha concluso per la dichiarazione d'inammissibilità del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - Con ricorso depositato il 14 luglio 2008, F.E., in qualità di titolare dell'omonima ditta, propose istanza di ricusazione nei confronti dell'avv. D.N.L., componente del collegio arbitrale costituito per la risoluzione di una controversia insorta con il Condominio del fabbricato sito in (OMISSIS) in ordine all'esecuzione del contratto d'appalto stipulato tra le parti l'11 marzo 2002.

A fondamento della domanda, sostenne di aver appreso soltanto il 9 luglio 2008 che il predetto legale, il quale aveva difeso il Condominio in un altro giudizio promosso nei confronti di esso ricorrente e pendente dinanzi al Tribunale di C Latina, lo aveva assistito anche in altre attività giudiziali ed extragiudiziali, intrattenendo pertanto con la controparte un rapporto continuativo di prestazione d'opera professionale retribuita.

1.1. - Con ordinanza dell'11 marzo 2009, il Presidente del Tribunale di Latina ha dichiarato inammissibile l'istanza, rilevando che il ricorrente non aveva fornito la prova di essere venuto a conoscenza della causa di ricusazione soltanto in epoca successiva alla proposizione della domanda di arbitrato, notificata il 13 agosto 2007.

2. - Avverso la predetta ordinanza il F. propone ricorso per cassazione, affidato ad un solo motivo. Resistono con controricorsi il Condominio e l'avv. D.N..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Preliminarmente, va dichiarata l'inammissibilità dell'impugnazione, in quanto avente ad oggetto un provvedimento avverso il quale non è ammesso il ricorso per cassazione.

L'ordinanza con cui il presidente del tribunale pronuncia sull'istanza di ricusazione di un arbitro, oltre ad essere dichiarata espressamente non impugnabile dall'art. 815 c.p.c., comma 3, non può essere infatti impugnata neppure con il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., in quanto, al pari di quella che decide sull'istanza di ricusazione di un giudice ordinario (cfr. tra le più recenti, Cass., Sez. lav., 12 marzo 2012, n. 3866;

Cass., Sez. 1, 15 settembre 2009, n. 19803; 1 marzo 2007, n. 4846), costituisce un provvedimento meramente ordinatorio e strumentale, che non incide sull'organo giudicante o sui criteri di costituzione del medesimo, né quindi sul diritto della parte alla nomina del proprio arbitro, ma soltanto sulla designazione, in esito ad un procedimento incidentale di natura sostanzialmente amministrativa, di una determinata persona quale componente di tale organo, in relazione alla corretta composizione dello stesso ed all'interesse generale all'imparzialità ed all'obiettività della relativa funzione (cfr.

Cass., Sez. 6, 21 giugno 2012, n. 10359; Cass., Sez. 1, 13 giugno 2002, n. 8472; 16 maggio 1998, n. 4924).

2. - Le spese processuali seguono la soccombenza, e si liquidano come dal dispositivo.

2.1. - Non merita invece accoglimento la domanda di condanna del ricorrente al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 96 c.p.c., comma 1, avanzata dalla difesa del Condominio.

Pur potendo essere fatta valere per la prima volta in sede di legittimità, se concernente i danni ricollegabili esclusivamente al giudizio di cassazione, la responsabilità aggravata per lite temeraria presuppone infatti che

il ricorso, oltre ad essere palesemente infondato, improcedibile o, come nella specie, inammissibile, denoti la mala fede o la colpa grave del ricorrente, per la cui configurabilità non è tuttavia sufficiente la mera erroneità in diritto dell'iniziativa processuale, ma occorre che, per i tempi, le modalità o i contenuti, la stessa sia tale da dimostrare la consapevolezza del proprio torto o l'ignoranza dello stesso, dovuta al mancato impiego della normale diligenza, non ravvisatoli nel caso in esame (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. 3, 30 giugno 2010, n. 15629; Cass., Sez. 26 giugno 2007, n. 14789; Cass., Sez. lav., 6 giugno 2007, n. 13269).

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso, e condanna F. E. al pagamento delle spese processuali, che si liquidano in favore dell'avv. D.N.L. in complessivi Euro 2.700,00, ivi compresi Euro 2.500,00 per compensi ed Euro 200,00 per esborsi, oltre agli accessori di legge, ed in favore del Condominio del fabbricato sito in (OMISSIS), al lungomare (OMISSIS), in complessivi Euro 2.200,00, ivi compresi Euro 2.000,00 per compensi ed Euro 200,00 per esborsi, oltre agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile, il 28 gennaio 2014.

Depositato in Cancelleria il 4 giugno 2014

Cassazione civile sez. I, 08/02/2007, n. 2774

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CRISCUOLO Alessandro - Presidente -
Dott. PANEBIANCO Ugo Riccardo - Consigliere -
Dott. FELICETTI Francesco - Consigliere -
Dott. CECCHERINI Aldo - rel. Consigliere -
Dott. PETITTI Stefano - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso proposto da:
CULLODEN PARTICIPATIONS S.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA VIALE DELLE MILIZIE 22, presso l'avvocato VINCENZO PENTELLA, rappresentata e difesa dall'avvocato RUSSO LUIGI, giusta mandato a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
R.G., elettivamente domiciliato in ROMA VIA A. POLLAIOLO 3, presso l'avvocato BARBERIS RICCARDO, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati CESARE FABOZZI, SERGIO GENTILE, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrente -
contro

R.R.,
- intimato -

avverso il provvedimento del Tribunale di MILANO, depositato il 30/10/03;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 19/01/2007 dal Consigliere Dott. Aldo CECCHERINI;
udito, per il resistente, l'Avvocato BARBERIS che ha chiesto il rigetto del ricorso;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CICCOLO Pasquale Paolo Maria, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

In forza di clausola compromissoria contenuta in una scrittura privata pattuita tra le parti, la società Culloden Participations s.a. con sede in (OMISSIS) e il signor R.R. procedettero, ciascuno per la propria parte, alla nomina degli arbitri componenti il collegio investito della controversia.

Successivamente, su richiesta della società, il Presidente del Tribunale di Milano nominò il presidente del collegio nella persona dell'avvocato R.G.. Instaurato il procedimento arbitrale, e conclusa la fase istruttoria. l'avvocato R. comunicò agli altri arbitri di essere stato visitato dal presidente della società, che aveva offerto una somma in cambio di una conclusione della vertenza favorevole alla sua società. Avendo appreso, in data 2 aprile 2003, il contenuto della comunicazione fatta dall'avvocato R., la società sporse una denuncia querela nei confronti di quest'ultimo, e in data 8 aprile 2003 propose istanza di ricusazione dell'avvocato R. al Presidente del Tribunale di Milano, il quale la respinse con provvedimento del 14 maggio 2003, ritenendo insussistenti entrambi i profili prospettati (pendenza di una lite e grave inimicizia).

Successivamente il Giudice di pace di Milano, in accoglimento di ricorso immediato della società fissò, con provvedimento in data 24 luglio 2003, l'udienza del 27 ottobre 2003 per il dibattimento penale a carico dell'avvocato R.. Sulla base di questo nuovo fatto, essendovi stata la costituzione di parte civile della società, D.Lgs. n. 274 del 2000, ex artt. 21 e 23 la società depositò il 3 settembre 2003 un nuovo ricorso per ricusazione.

Con provvedimento depositato in data 30 ottobre 2003, il Presidente del Tribunale di Milano dichiarò l'istanza inammissibile perché tardiva, siccome depositata in data posteriore alla scadenza del termine di 10 giorni dalla conoscenza della causa di ricusazione, vale a dire della pendenza della lite, risalente alla data del deposito del ricorso immediato da parte della società, avvenuto il 24 giugno 2003.

Per la cassazione del decreto, non notificato, ricorre la società Culloden Participations s.a. con sede in (OMISSIS), con atto notificato il 25 novembre 2003, affidato ad un unico mezzo d'impugnazione, illustrato anche con memoria.

L'avvocato R. resiste con controricorso notificato il 5 gennaio 2004.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) Al ricorso è premessa l'esposizione delle ragioni a sostegno dell'ammissibilità del ricorso per cassazione contro il provvedimento che rigetta l'istanza di ricusazione. Al riguardo occorre premettere che - secondo la consolidata giurisprudenza di questa corte, elaborata in tema di ricusazione del giudice - l'ordinanza di rigetto dell'istanza di ricusazione non è impugnabile con il ricorso straordinario per Cassazione: essa infatti, pur avendo natura decisoria - giacché l'imparzialità del giudice costituisce non soltanto un interesse generale dell'amministrazione della giustizia, ma anche, se non soprattutto, un diritto soggettivo della definitività, in quanto la non impugnabilità "ex se" dell'ordinanza non esclude che il suo contenuto sia suscettibile di essere riesaminato nel corso dello stesso processo attraverso il controllo sulla pronuncia resa dal (o col concorso del) "iudex suspectus", l'eventuale vizio causato dalla incompatibilità del giudice invano ricusato

convertendosi in motivo di nullità dell'attività spiegata dal giudice stesso, e quindi di gravame della sentenza da lui emessa (Sez. un. 20 novembre 2003 n. 17636; Sez. un. 11 dicembre 2003 n. 18953).

Questi principi sono applicabili anche alla ricusazione dell'arbitro, a norma dell'art. 815 c.p.c.. La questione della legittimità della ricusazione può essere infatti riproposta con il mezzo dell'impugnazione per violazione delle regole di diritto (art. 829, comma 2), dovendo l'inosservanza delle regole di diritto, che rende ammissibile l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, essere intesa nello stesso senso della violazione e falsa applicazione delle norme di diritto di cui all'art. 360 c.p.c., n. 3 (Cass. 16 giugno 1997 n. 5370; 24 novembre 1998 n. 11917).

2) Gli argomenti svolti in ricorso, nei quali non si ravvisano ragioni nuove a sostegno della tesi della definitività del provvedimento emesso sull'istanza di ricusazione, non giustificano un ripensamento della questione nei suoi termini generali, già precisati dalla giurisprudenza sopra richiamata.

Nella memoria depositata per l'udienza, tuttavia, la società ricorrente, tornando sul tema dell'ammissibilità del ricorso, ricorda che nella fattispecie si tratta di arbitrato internazionale, a norma dell'art. 832 c.p.c., e sostiene che gli argomenti, che sono stati addotti a sostegno della definitività del provvedimento sulla ricusazione del giudice, non sono estensibili al provvedimento sulla ricusazione dell'arbitro internazionale.

La tesi è fondata. In fatto, risulta dalla scrittura contenente la clausola compromissoria, in atti - il cui esame è consentito a questa corte di legittimità dalla necessità di verificare l'ammissibilità del ricorso - che la società ricorrente aveva già a quel tempo la sede in (OMISSIS). Conseguentemente, l'arbitrato del quale si tratta doveva qualificarsi internazionale, a norma dell'art. 832 c.p.c. (abrogato dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ma applicabile alla fattispecie *ratione temporis*). Ad esso, le norme comuni in tema di arbitrato sono applicabili nei limiti in cui non siano derogate dagli artt. 833-838 c.p.c..

L'art. 838 c.p.c. dispone che all'arbitrato internazionale non si applicano, per quel che qui può rilevare, le disposizioni dell'art. 829, comma 2 (nullità per inosservanza delle regole di diritto) e 830 cpv. (giudizio rescissorio). Ciò comporta che il vizio del provvedimento sulla ricusazione dell'arbitro internazionale (che, non diversamente da quello sulla ricusazione dell'arbitro in genere, non può essere fatto valere con l'impugnazione del lodo a norma dell'art. 829 comma 1, posto che questo vizio non riguarda nè le forme e i modi prescritti per la nomina dell'arbitro - n. 2 - né la sua capacità - n. 3), non potrebbe esser fatto valere con il rimedio del riesame della decisione arbitrale. Non può, dunque, ripetersi, per l'arbitrato internazionale, il principio - posto a fondamento della non definitività del provvedimento sulla ricusazione dell'arbitro negli altri casi - che il contenuto del provvedimento in questione sarebbe suscettibile di essere riesaminato attraverso il controllo sulla pronuncia resa da (o col concorso de) l'arbitro.

L'eventuale vizio causato dall'incompatibilità dell'arbitro internazionale, invano ricusato, non si convertirebbe in motivo di nullità dell'attività da lui spiegata (questo assorbe l'ulteriore rilievo della società ricorrente, che l'ipotetica nullità del lodo reso da arbitro ricusabile, laddove accertata, comporterebbe la rescissione del lodo, ma non anche il giudizio rescissorio, precluso dall'art. 838 c.p.c.). Deve pertanto ritenersi che, in tema di arbitrato internazionale, il provvedimento pronunciato sull'istanza di ricusazione è non solo decisorio, bensì anche definitivo, non essendo suscettibile di riesame nel giudizio d'impugnazione del lodo per uno dei motivi ammessi, che sono esclusivamente quelli dell'art. 829 c.p.c., comma 1.

Il ricorso è pertanto ammissibile.

3) Con il ricorso si censura la premessa - sulla quale poggia, nell'impugnata sentenza, l'affermazione della tardività dell'istanza di ricusazione - che il termine di dieci giorni per proporre l'istanza in questione decorrerebbe, nel caso di costituzione nel giudizio penale davanti al giudice di pace, dal deposito del ricorso per il giudizio immediato. Si denunziano la violazione dell'art. 815 c.p.c., D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, artt. 22-27 e il vizio di motivazione su un punto decisivo della controversia. Si deduce che la costituzione di parte civile, contestuale (D.Lgs. n. 274 del 2000, art. 23) al ricorso immediato al giudice di pace (D.Lgs. n. 274 del 2000, art. 21) non implica la pendenza del giudizio; che il D.Lgs. n. 274 del 2000, artt. 24 ss. prevedono un vaglio di ammissibilità del ricorso, e conseguentemente della costituzione della parte, sia ad opera del Pubblico Ministero, e sia dello stesso giudice di pace; che quest'ultimo emette decreto di fissazione delle parti solo sul presupposto della sua competenza, nonché dell'ammissibilità e non manifesta infondatezza del ricorso (D.Lgs. n. 274 del 2000, art. 27);

che solo allora l'indagato diviene persona citata in giudizio.

Il motivo è fondato. Per l'art. 52 c.p.c. e art. 51 c.p.c., n. 3, richiamati dall'art. 815 c.p.c. in tema di arbitrato, è causa di ricusazione l'esistenza di una causa pendente tra l'arbitro e la parte. Il tema posto dal presente ricorso verte appunto sulla nozione di pendenza della causa, nello speciale giudizio davanti al giudice di pace disciplinato dal D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, artt. 21 ss.

(Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace), dove peraltro la nozione di pendenza del giudizio non ha una specifica definizione. Sul tema non risultano precedenti specifici di questa corte.

Decreto n. 274 del 2000, art. 21 ammette, per i reati procedibili a querela, la citazione a giudizio dinanzi al giudice di pace della persona alla quale il reato è attribuito su ricorso della persona offesa. Tale citazione, tuttavia, assume la forma di un ricorso, contenente tra l'altro la richiesta di fissazione dell'udienza per procedere nei confronti delle persone citate a giudizio: esso, dopo essere stato comunicato al pubblico ministero, è presentato al giudice di pace, il quale, se non ritiene di dover dichiarare inammissibilità del ricorso a norma del D.Lgs. n. 274 del 2000, art. 26 convoca le parti in udienza con Decreto (D.Lgs. n. 274 del 2000, art. 27).

Si tratta, pertanto, di un giudizio civile inserito in un processo penale, che ha inizio su ricorso della parte interessata. Per il fatto stesso di essere configurato all'interno di un processo penale, il giudizio civile in questione è condizionato ad un vaglio di ammissibilità, che precede non solo l'instaurazione del contraddittorio, ma la stessa emissione del decreto di fissazione dell'udienza. È, pertanto, questo decreto a dare inizio al procedimento, non potendosi ipotizzare, prima di esso, alcun rapporto processuale tra le parti che possa dirsi attuale, o anche potenziale ma necessariamente implicato dall'atto di costituzione di parte civile. Conseguentemente, solo con quel decreto il giudizio civile in questione può dirsi pendente tra le parti; e solo con la comunicazione di esso alle parti (salvo che sia provata la conoscenza anteriore) la causa di ricusazione può dirsi conosciuta dalla stessa parte che ha depositato il ricorso per la citazione a giudizio; giacché, sino a quel momento, la parte conosce soltanto l'esistenza di una sua pretesa nei confronti dell'arbitro ricusando, ma non anche l'esistenza di una lite pendente, e tale da rendere sospetta l'imparzialità dell'arbitro.

Anticipando alla data di deposito del ricorso immediato al momento della pendenza del giudizio civile tra il ricorrente e il querelato, il provvedimento impugnato è incorso nella denunciata violazione di legge.
L'accoglimento del ricorso comporta la cassazione del decreto impugnato, e il rinvio al medesimo giudice (in considerazione della natura meramente processuale della pronuncia cassata), il quale si pronuncerà sull'istanza di ricusazione, anche ai fini delle spese del presente giudizio di legittimità, applicando, quanto alla verifica della tempestività dell'istanza, il seguente principio di diritto: in tema di ricorso immediato davanti al giudice di pace, a norma del D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, art. 21 la costituzione di parte civile del ricorrente nel giudizio contro l'imputato può dirsi pendente, agli effetti dell'ipotesi prevista nell'art. 51 c.p.c., n. 3, con il deposito del Decreto di fissazione dell'udienza, a norma dell'art. 27 del citato Decreto.

P.Q.M.
La Corte accoglie il ricuso, cassa il provvedimento impugnato e rinvia, anche per le spese, al Presidente del Tribunale di Milano.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, il 19 gennaio 2007.
Depositato in Cancelleria il 8 febbraio 2007

Cassazione civile sez. I, 29/10/2002, n. 15227

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. Antonio SAGGIO - Presidente -
Dott. Giovanni LOSAVIO - Consigliere -
Dott. Alessandro CRISCUOLO - Rel. Consigliere -
Dott. Vincenzo PROTO - Consigliere -
Dott. Mario Rosario MORELLI - Consigliere -
ha pronunciato la seguente

SENTENZA
sul ricorso proposto da:
CONSORZIO RICOSTRUZIONE OTTO, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA VIA BARNABA ORIANI 85, presso l'avvocato FEROLA RAFFAELE, rappresentato e difeso dagli avvocati DI FALCO SANDRO, DI MARTINO ROBERTO GIUSEPPE, giusta procura a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (FUNZIONARIO DELEGATO CIPE), COMUNE DI NAPOLI, MINISTERO DEL TESORO DEL BILANCIO E DELLA PROGRAMMAZIONE ECONOMICA, COMMISSARIO STRAORDINARIO DEL GOVERNO;
- intimati -

e sul 2° ricorso n° 12272/98 proposto da:
PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l' AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo difende *ope legis*;
- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro
CONSORZIO RICOSTRUZIONE OTTO;
- intimato -

avverso la sentenza n. 269/98 della Corte d'Appello di NAPOLI, depositata il 06/02/98;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 06/05/2002 dal Consigliere Dott. Alessandro CRISCUOLO;
udito per il ricorrente l'Avvocato Ferola che ha chiesto l'accoglimento del ricorso principale ed il rigetto dell'incidentale;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Fulvio UCCELLA che ha concluso per il rigetto di entrambi i ricorsi.

Svolgimento del processo

Con lodo sottoscritto il 20/23/24 ottobre 1995 il collegio arbitrale, adito dal Consorzio Ricostruzione Otto per la risoluzione di una controversia insorta con il funzionario C.I.P.E. (subentrato al sindaco di Napoli nella qualità di commissario straordinario del Governo), nell'ambito di una concessione relativa alla progettazione ed attuazione di un piano di 1040 alloggi ed alle inerenti opere di urbanizzazione primaria e secondaria, condannò il detto funzionario C.I.P.E. al pagamento della somma di lire 7.863.968.333, con gli interessi legali e moratori, a titolo di compenso revisionale.
La parte soccombente impugnò per nullità tale pronuncia davanti alla Corte di appello di Napoli.
A sostegno dell'impugnativa addusse:
che, con ordinanza del 27 giugno 1981 n. 9, il sindaco di Napoli, nella qualità di commissario di governo, aveva affidato in concessione al Consorzio Ricostruzione Otto la realizzazione di 1040 alloggi, nel quadro del P.S.E.R. nell'area metropolitana di Napoli, ai sensi del titolo VIII° della legge 14 maggio 1981, n. 219;
che la convenzione stipulata tra le parti il 31 luglio 1981 aveva fissato l'importo provvisorio del corrispettivo in lire 67 miliardi, aveva apportato un ribasso del 3% ai prezzi unitari, aveva previsto la revisione dei prezzi a decorrere dal 31 luglio 1981 ed aveva stabilito che qualsiasi controversia in ordine al rapporto di concessione si sarebbe dovuta deferire ad un collegio di arbitri;
che con ordinanza n. 1238 del 10 luglio 1984 il commissario di governo aveva affidato al medesimo consorzio anche la progettazione ed esecuzione di una serie di infrastrutture fognarie; che con atto aggiuntivo n. 85 del 13 febbraio 1986, seguito ad altri atti con i quali si erano apportate variazioni all'entità degli interventi e alle modalità e ai termini contrattuali, si era (tra l'altro) pattuita l'esclusione della revisione dei prezzi fino al 31 dicembre 1987 e si era prevista la sua attribuzione, ove dovuta, secondo le norme vigenti in materia di opere pubbliche, per gli incrementi dei costi successivi a tale data, in considerazione del maggiore importo dei lavori affidati al consorzio;
che il funzionario C.I.P.E., subentrato al sindaco di Napoli, aveva disposto che il direttore dei lavori liquidasse, in base ai singoli stati di avanzamento, i compensi revisionali per i lavori eseguiti a decorrere dal 1° gennaio 1988, senza tenere conto dell'incremento dei costi maturati dal 12 luglio 1984 (data in cui era stata stipulata la convenzione iniziale) al 31 dicembre 1987;
che il consorzio aveva formulato espressa riserva sul registro di contabilità dei lavori e poi aveva investito della questione la commissione pareri per le controversie tra concedente e concessionario di cui alla legge n. 219 del 1981, la quale aveva ritenuto che la data della revisione dovesse farsi risalire al 12 luglio 1984 (epoca

dell'ultimo aggiornamento dei prezzi) e che sugli importi revisionali spettassero al consorzio gli interessi previsti dagli artt. 35 e 36 del D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063;
che, siccome il funzionario C.I.P.E. non si era uniformato al detto parere, il consorzio aveva promosso giudizio arbitrale per ottenere la condanna dell'Amministrazione al pagamento della somma di lire 7.863.968.333, oltre interessi legali e di mora;
che il funzionario C.I.P.E. aveva denunciato il difetto di giurisdizione del collegio arbitrale, aveva eccepito la litispendenza ed aveva comunque negato che la revisione dei prezzi fosse dovuta;
che con il lodo sopra indicato il collegio arbitrale, pronunciando a maggioranza, dopo aver respinto le eccezioni sollevate dal funzionario C.I.P.E. aveva condannato quest'ultimo a pagare, a titolo di compenso revisionale, la somma di lire 7.863.968.333, oltre agli interessi legali e moratori.
Su tali premesse l'impugnante chiese che il lodo fosse dichiarato nullo con le statuizioni conseguenti.
Il consorzio chiese il rigetto dell'impugnazione e, in via subordinata, in caso di accoglimento di essa, reiterò le domande avanzate con l'atto introduttivo del giudizio arbitrale.
La Corte di appello di Napoli, con sentenza depositata il 6 febbraio 1998, in accoglimento dell'impugnazione dichiarò la nullità del lodo arbitrale e condannò il Consorzio Ricostruzione Otto a pagare alla P.C.M. - funzionario C.I.P.E. le spese giudiziali, considerando (per quanto qui rileva):
che, con il primo motivo, l'Amministrazione - dopo aver premesso che il lodo era stato deciso a maggioranza dei 2/3 del collegio con il voto favorevole dell'avv. Mario Salvi (arbitro designato dal consorzio) - adduceva la nullità del lodo medesimo per violazione o falsa applicazione degli artt. 101 e 108 della Costituzione, in relazione all'art. 829 comma 2° cod. proc. civ., in quanto il detto arbitro, avendo fatto parte della commissione pareri ed essendosi espresso, quale relatore del parere n. 15/93, per l'accoglimento della tesi del consorzio, doveva essere ritenuto privo del requisito d'imparzialità che dovrebbe caratterizzare qualsiasi giudice;
che la circostanza allegata avrebbe potuto integrare la violazione dell'obbligo di astensione, inidonea (in difetto di tempestiva ricusazione) a determinare nel giudizio ordinario la nullità della sentenza e non deducibile in sede d'impugnazione,
che, peraltro, la P.C.M. - funzionario C.I.P.E., essendo a conoscenza della dedotta causa d'incompatibilità dell'arbitro, avrebbe dovuto proporne la ricusazione ai sensi dell'art. 815 cod. proc. civ., mentre nel procedimento arbitrale non era stato addotto alcun vizio della nomina dell'arbitro, sicché il motivo in questione si rivelava inammissibile o comunque infondato;
che anche il secondo motivo d'impugnazione - col quale la P.C.M. sosteneva il difetto di giurisdizione del collegio arbitrale, venendo in discussione non il quantum ma l'*an debeatur* della revisione prezzi - non aveva fondamento;
che il terzo motivo d'impugnazione (relativo ad asserita violazione dell'art. 39 cod. proc. civ.) era a sua volta infondato (il punto non è più in discussione);
che andavano, invece, condivisi il quinto e il sesto motivo d'impugnazione, con i quali la P.C.M. sosteneva che l'art. 4 dell'atto aggiuntivo 13 febbraio 1986, n. 85, andava interpretato nel senso che dal 1° gennaio 1988 la revisione dei prezzi era ammessa con esclusivo riferimento alle variazioni dei prezzi medesimi avvenute a

decorrere dalla data ora indicata e non anche (come chiesto dal consorzio) tenendo conto degli incrementi dei costi dal 12 luglio 1984, sicché la pronunzia arbitrale era affetta dal vizio di violazione o falsa applicazione degli artt. 1362, 1363, 1366, 1367 cod. civ. e degli artt. 80 e ss. (tit. VIII°) della legge n. 219 del 1981, con conseguente sua nullità a norma dell'art. 829, 2° comma, cod. proc. civ.;
che, infatti, il tenore della clausola in questione (trascritta in sentenza) rivelava in modo univoco l'intenzione delle parti: 1) di escludere la revisione per i lavori effettuati prima del 31 dicembre 1987; 2) di ammettere la revisione, "ove dovuta", in base alla disciplina vigente in materia di opere pubbliche, soltanto per i lavori eseguiti a partire dal 1° gennaio 1988; 3) di tenere conto, al fine della revisione dei prezzi per questi lavori, soltanto degli "incrementi dei costi successivi al 31.12.1987", e cioè degli aumenti dei costi, ovvero dei prezzi correnti, intervenuti dal 1° gennaio 1988;
che, nel caso di specie, la comune volontà delle parti risultava in modo evidente non soltanto dalle espressioni letterali delle clausole recate dall'art. 4 ma anche dal loro comportamento complessivo e dalle ragioni che indussero il consorzio a rinunziare alla revisione dei prezzi per lavori effettuati fino al 31 dicembre 1987 ed a computare poi quella alla quale aveva diritto, per il periodo successivo, in modo difforme dalle norme allora vigenti;
che, in definitiva, l'interpretazione adottata dagli arbitri contrastava con i criteri legali di ermeneutica e comportava la nullità del lodo.
Contro la suddetta sentenza il Consorzio Ricostruzione Otto ha proposto ricorso per cassazione, affidato a sei motivi.
La Presidenza del Consiglio dei Ministri - funzionario C.I.P.E. ha resistito con controricorso ed ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale, adducendo due motivi di annullamento.
Con ordinanza del 28 marzo 2000 la prima sezione civile di questa Corte, rilevato che col secondo motivo del ricorso incidentale era stata nuovamente proposta la questione di giurisdizione, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni unite che, investite della causa, con sentenza 6 febbraio 2002 n. 1558, dopo avere riunito i ricorsi hanno respinto il secondo motivo del ricorso incidentale e dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario, rimettendo quindi gli atti alla prima sezione civile per l'ulteriore trattazione.
La causa, quindi, è stata ancora chiamata all'udienza di discussione.
Il consorzio ricorrente ha depositato note di udienza sulle conclusioni del P.G.

Motivi della decisione

1.- Il ricorso principale e il ricorso incidentale sono stati già riuniti dalla sentenza resa da questa Corte a sezioni unite, ricordata in narrativa, che ha respinto il secondo motivo del ricorso incidentale e dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario. Restano da esaminare, dunque, il ricorso principale e il primo motivo del ricorso incidentale.
2.- Per ragioni di ordine logico il primo motivo del ricorso incidentale va esaminato con priorità.
Con esso la P.C.M. censura la sentenza impugnata per avere respinto il motivo di nullità riguardante la violazione e falsa applicazione degli artt. 101 e 108 Cost. in relazione all'art. 829, comma 2°, cod. proc. civile.

La tesi della Corte territoriale, secondo cui il vizio denunziato avrebbe potuto integrare la violazione dell'obbligo di astensione non deducibile quale motivo di nullità, non sarebbe da condividere.
Con riferimento alla posizione dell'arbitro del consorzio si dovrebbe prospettare, invece, una questione d'incompatibilità soggettiva ad assumere la funzione di arbitro, in quanto egli avrebbe dato parere favorevole alla tesi del consorzio sulla stessa questione, quale relatore nella commissione per le controversie tra concedente e concessionario (parere disatteso dal funzionario C.I.P.E.).
Ciò avrebbe inciso sull'indipendenza ed imparzialità del collegio arbitrale (perché un componente si sarebbe già espresso sulla questione controversa) e la questione sarebbe ancor più rilevante in quanto il lodo sarebbe stato deciso a maggioranza di due terzi.
Il motivo non ha fondamento.
L'art. 815 cod. proc. civ. stabilisce nel primo comma che la parte può ricusare l'arbitro che essa non ha nominato per i motivi indicati nell'art. 51 dello stesso codice, e disciplina, nel secondo comma, il relativo procedimento, disponendo (tra l'altro) che l'istanza va presentata entro il termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione della nomina o dalla sopravvenuta conoscenza della causa di ricusazione. Come questa Corte ha già chiarito, peraltro, in ogni caso l'istanza di ricusazione può essere presentata (anche in caso di conoscenza sopravvenuta del motivo) soltanto fino a quando il lodo non è stato sottoscritto, perché con la sottoscrizione esso viene ad esistenza ed acquista efficacia vincolante per le parti, onde l'istanza proposta successivamente non può avere alcuna efficacia (Cass., 22 giugno 1995, n. 7044)..
La citata norma, dunque, contempla il rimedio da porre in essere qualora sussistano in concreto situazioni che possano comportare il difetto di obiettività o di imparzialità dell'arbitro, e ne regola modalità e tempi allo scopo di garantire celerità e certezza di situazioni giuridiche al procedimento arbitrale (di qui il carattere perentorio del termine per presentare l'istanza).
Se il rimedio de quo non è proposto, le eventuali ragioni di ricusazione non possono esser fatte valere con l'impugnazione per nullità, perché ciò sarebbe in contrasto sia col citato art. 815 cod. proc. civ. e con il carattere "chiuso" di tale procedimento, sia con l'art. 829 dello stesso codice, in quanto le ragioni di ricusazione non sono riconducibili nell'ambito di detta norma (se non nel caso, non dedotto nella specie, in cui la clausola compromissoria sia congegnata in modo tale da comportare necessariamente l'impossibilità di costituzione di un collegio imparziale).
Nella fattispecie la ricorrente incidentale afferma che si prospetterebbe una questione d'incompatibilità soggettiva ad assumere la funzione di arbitro, incidente sulla indipendenza e imparzialità del collegio arbitrale. Ma la c.d. "incompatibilità soggettiva" (perché l'arbitro si sarebbe già espresso sulla medesima questione in sede consultiva) poteva per l'appunto integrare (in ipotesi) una violazione dell'obbligo di astensione e quindi dare ingresso ad una istanza di ricusazione. La sentenza impugnata, invece, ha accertato - e il punto non è controverso - che nessuna istanza in tal senso fu proposta nei termini e che anzi nel corso del giudizio arbitrale non furono addotti vizi nella nomina dell'arbitro.
Di qui l'infondatezza del motivo che ne comporta il rigetto.
3.- Con il primo mezzo di cassazione il Consorzio Ricostruzione Otto (d'ora in avanti C.R. 8) denunzia violazione e falsa applicazione dei criteri legali di ermeneutica, in particolare della regola "in claris non fit

interpretatio"; violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 84 della legge n. 219 del 1981 e dell'art. 1 D.L.C.P.S. 6 dicembre 1947, n. 1501, nonché motivazione insufficiente, illogica e contraddittoria.

Richiamato il tenore dell'art. 4 della convenzione n. 85 del 13 febbraio 1986, afferma che l'errore di fondo in cui sarebbe incorsa la Corte di merito consisterebbe nell'avere ritenuto che il significato letterale della detta clausola rivelasse in modo univoco l'intenzione delle parti.

La sentenza impugnata, in realtà, avrebbe focalizzato l'attenzione soltanto su una parte della clausola, attribuendo valore determinante all'espressione "incremento dei costi successivi al 31.12.1987" e stravolgendo il significato pregnante dell'esplicito riferimento contenuto, subito dopo, nella locuzione "la revisione dei prezzi, ove dovuta, sarà determinata secondo la normativa vigente in materia di OO.PP."

Tale ragionamento si porrebbe in contrasto con l'orientamento di questa Corte in tema di applicazione della regola ermeneutica di cui in rubrica. Con lo stesso metro si potrebbe seguire anche un diverso percorso argomentativo pervenendo ad un'interpretazione opposta rispetto a quella condivisa dalla sentenza impugnata. Sarebbe altresì erronea l'affermazione apodittica in questa contenuta, laddove si afferma che le parti, nella citata clausola IV, si sarebbero avvalse del potere di deroga alla disciplina normativa in materia di revisione prezzi.

Con il secondo mezzo di cassazione il ricorrente denunzia violazione degli artt. 80 e ss. della legge n. 219 del 1981 e dei princìpi generali in materia di esercizio del potere normativo *extra ordinem*; violazione degli artt. 1362 e ss. cod. civ.; motivazione insufficiente e contraddittoria.

L'ulteriore errore dei giudici di merito starebbe nel non avere colto che la deroga - certamente consentita in astratto, in quanto non confliggente con i princìpi generali dell'ordinamento - avrebbe richiesto in primo luogo il corretto esercizio del potere attraverso l'emanazione di un'ordinanza normativa ad hoc, che indicasse l'intento di deroga e la norma derogata (forma richiesta *ad substantiam* per la validità della deroga). In subordine, questa avrebbe richiesto una inequivoca espressione del patto, mentre nella specie le parti - con il richiamo alla normativa vigente in materia di revisione dei prezzi e, quindi, al momento dell'aggiudicazione o della stipula del contratto per radicare il computo revisionale - avrebbero manifestato un chiaro intento di segno opposto, a prescindere dalla pur decisiva considerazione che l'eventuale esercizio di un potere derogatorio necessita di una puntuale indicazione che di esso si faccia uso.

Ad avviso del ricorrente il coordinamento delle espressioni letterali contenute nella clausola condurrebbe a ritenere che sia la locuzione "incremento dei costi" sia l'altra "revisione dei prezzi" avessero eguale contenuto semantico, essendo state usate al fine di non incorrere in ripetizioni. Soltanto in tale ottica troverebbe senso il richiamo operato, subito dopo l'espressione "per gli incrementi dei costi successivi al 31.12.1987", alla normativa vigente in materia di opere pubbliche, allo scopo di determinare il computo della revisione dei prezzi conseguente al blocco.

Pertanto la Corte di merito - in violazione dei princìpi indicati in rubrica e con motivazione carente, illogica e contraddittoria - avrebbe dato valenza decisiva ad una distorta e parziale interpretazione letterale, in difetto dei presupposti che, in tema d'interpretazione contrattuale, consentono di attribuire rilievo decisivo alla regola contenuta nel brocardo "in claris non fit interpretatio".

Con il terzo mezzo di cassazione il C.R. 8 denunzia ancora violazione degli artt. 1362 e ss. cod. civ., nonché dei princìpi in tema d'interpretazione logico-sistematica; violazione dell'art. 1 D.L.C.P.S. n. 1501 del 1947 e dei princìpi generali in materia revisionale; motivazione illogica, insufficiente e contraddittoria.

La sentenza impugnata finora si sarebbe rivelata erronea sia sotto il profilo dell'interpretazione contrattuale sia sotto quello (logicamente subordinato) della ricostruzione dogmatica dell'esercizio del potere derogatorio.

Essa, peraltro, avrebbe comportato anche l'omessa valutazione e ponderazione dei princìpi che caratterizzano la legislazione sulle opere pubbliche, pur richiamata dalle parti.

Nell'interpretazione dei contratti oggetto della ricerca ermeneutica sarebbe la comune intenzione dei contraenti, rispetto alla quale il senso letterale delle parole si porrebbe come il primo, ma non preminente ed esclusivo strumento, giacché la legge imporrebbe lo svolgimento di un'indagine non limitata all'elemento letterale, ma comprensivo di quello logico-sistematico.

Alla luce di tale principio i giudici del merito non avrebbero dovuto basarsi soltanto sul tenore letterale della clausola (peraltro male interpretata), bensì collegarsi alla legislazione sulle opere pubbliche. Se a tanto si fossero indotti, avrebbero riscontrato che, in materia revisionale, l'esclusione per un periodo di tempo della revisione stessa comporta che il *dies a quo* per il computo di essa, quando riprende la sua operatività temporaneamente sospesa, debba essere quello dell'aggiudicazione dei lavori, mentre non troverebbe base normativa il criterio secondo cui tale momento debba coincidere con quello dell'inizio della nuova operatività del meccanismo revisionale dopo il periodo di blocco.

Con il quarto motivo il ricorrente adduce "altra violazione dei criteri di ermeneutica, omessa e comunque insufficiente e contraddittoria motivazione".

L'erronea motivazione della sentenza impugnata - fondata su un inesistente "tenore inequivoco del testo della clausola" di cui al patto IV - avrebbe impedito il doveroso riscontro ermeneutico della volontà contrattuale risultante dalla valutazione complessiva di tutte le disposizioni contrattuali.

Sarebbe stata trascurata ogni valutazione sulle premesse della convenzione n. 86 del 1986, da cui emergerebbe la reale intenzione delle parti sulle modifiche poi pattuite con la detta convenzione. In realtà, se quelle valutazioni fossero state operate, sarebbe emerso l'intento delle parti inteso a stabilire che il maggiore importo delle opere affidate al consorzio fosse riequilibrato con un ulteriore ribasso sui prezzi di concessione e con una conseguente modulazione del blocco revisionale, limitato al 31 dicembre 1987, mentre nessun accenno sarebbe stato fatto ad una modifica dei criteri di computo del calcolo revisionale.

Omettendo di valutare le premesse dei patti contrattuali la Corte territoriale avrebbe quindi trascurato il contesto del contratto nella sua globalità, così violando il principale strumento ermeneutico di cui all'art. 1362 cod. civile.

Le quattro complesse censure ora riassunte - che vanno esaminate congiuntamente perché tra loro connesse - non sono fondate.

Si deve premettere che, per costante giurisprudenza, in tema di ermeneutica contrattuale l'accertamento della volontà delle parti in relazione al contenuto di un negozio si traduce in una indagine di fatto, affidata al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità nella sola ipotesi di motivazione inadeguata ovvero di

violazione dei canoni legali di interpretazione contrattuale di cui agli artt. 1362 e ss. cod. civile (ex multis: Cass., 10 settembre 2001, n. 11541; 27 luglio 2001, n. 10290; 28 maggio 2001, n. 7242; 13 maggio 1998, n. 4832).

Nel caso di specie la sentenza impugnata è partita dall'esame della clausola contrattuale (che ha trascritto), del seguente tenore (v. anche il ricorso per cassazione, pag. 10):

"Per quanto concerne la revisione dei prezzi, le parti convengono che la stessa resta esclusa fino al 31.12.1987. per gli incrementi dei costi successivi al 31 dicembre 1987, la revisione dei prezzi, ove dovuta, sarà determinata secondo la normativa vigente in materia di OO.PP., con l'applicazione della tabella millesimale indicata nelle ordinanze di approvazione dei progetti rispettivamente del I° e II° stralcio eseguito".

Dopo aver richiamato il percorso argomentativo seguìto dagli arbitri a sostegno della decisione adottata con il lodo, la Corte territoriale ha ritenuto di non poter condividere tale decisione, osservando:

che, se le parti avessero inteso regolare il loro rapporto nel modo indicato dagli arbitri (cioè disciplinando il meccanismo revisionale in modo conforme al regime legale, in forza del quale l'incremento dei prezzi doveva computarsi con riferimento al momento della presentazione dell'offerta o, comunque, dell'aggiudicazione dei lavori), non avrebbero avuto bisogno di usare l'espressione "per gli incrementi dei costi successivi al 31.12.1987", potendo limitarsi a richiamare, per il tempo successivo a tale data, la normativa vigente in materia di opere pubbliche;

che l'indicazione secondo cui la revisione era esclusa fino al 31 dicembre 1987, mentre per procedere a quella relativa ai lavori effettuati dopo tale data doveva tenersi conto degli incrementi dei costi successivi al 31 dicembre 1987, denotava la comune inequivoca volontà delle parti di considerare, ai fini della revisione dei prezzi, soltanto le variazioni dei costi intervenute dopo tale data, in deroga alle norme dettate in materia dal legislatore e richiamate nel lodo impugnato;

che l'istituto della revisione dei prezzi contrattuali non poteva annoverarsi tra i principi generali dell'ordinamento e tanto meno tra le norme costituzionali, sicché a norma dell'art. 84 della legge n. 219 del 1981 la disciplina legale della revisione poteva essere regolata pattiziamente in deroga all'art. 2 della legge 22 febbraio 1973, n. 37 (potere di cui le parti si erano avvalse);

che alla stregua del tenore inequivoco della clausola, dunque, non vi era ragione per dare ad essa un'interpretazione diversa, traendola non già dal suo contenuto ma dalle norme disciplinanti la revisione dei prezzi, cui invece le parti avevano inteso derogare; che era quindi evidente l'errore compiuto dagli arbitri, i quali avevano violato la fondamentale regola interpretativa secondo cui, quando la lettera del contratto ha un significato univoco, non è consentito al giudice disattenderlo richiamando esigenze sistematiche;

che, peraltro, nel caso di specie la comune volontà delle parti risultava non soltanto dal tenore letterale del citato art. 4 ma anche dal loro comportamento complessivo e dalle ragioni che avevano indotto il consorzio a rinunziare alla revisione dei prezzi per lavori effettuati fino al 31 dicembre 1987 ed a computare poi quella alla quale aveva diritto, per il periodo successivo, in modo difforme dalle norme allora vigenti;

La sentenza impugnata prosegue menzionando i lavori affidati al consorzio con la convenzione 31 luglio 1981, n. 3 rep., l'estensione dell'affidamento operato con la convenzione del 12 luglio 1984, n. 22 rep., le modifiche apportate con la convenzione 5 febbraio 1985, n. 44 rep. e le previsioni recate dalla convenzione

integrativa 13 febbraio 1986, n. 85 rep. Nel quadro di tali atti rileva che, con l'ultima convenzione, le parti intesero farsi reciproche concessioni, sicché ai vantaggi attribuiti all'amministrazione (tra cui quello della neutralizzazione degli aumenti dei costi dal 12 luglio 1984 al 31 dicembre 1987) corrisposero i vantaggi ottenuti dal consorzio (affidamento a trattativa privata di lavori per un importo ingente e proroga dei termini per la consegna delle opere). Ed aggiunge che, nel farsi tali concessioni, le parti furono mosse dall'intento di prevenire liti che sarebbero potute insorgere dall'applicazione delle pattuizioni precedenti.

Questo iter argomentativo si rivela corretto per quanto riguarda l'osservanza delle regole legali di ermeneutica e sostenuto da una motivazione congrua ancorché concisa.

Infatti i giudici del merito sono partiti dall'esame dell'elemento letterale, che nell'interpretazione del contratto assume funzione centrale (Cass., 13 agosto 2001, n. 11089; 10 agosto 2001, n. 10493; 26 luglio 2001, n. 10265; 16 marzo 2001, n. 3804). Hanno quindi spiegato le ragioni in forza delle quali all'espressione "per gli incrementi dei costi successivi al 31.12.1987" dovesse attribuirsi il significato affermato in sentenza, denotante "la comune, inequivoca volontà delle parti di considerare, ai fini della revisione dei prezzi soltanto le variazioni dei costi intervenute dopo tale data, in deroga alle norme dettate in materia dal legislatore e richiamate nel lodo impugnato" (sentenza, pag. 18). Hanno verificato la validità della deroga alla stregua della legislazione speciale. Hanno quindi considerato il comportamento complessivo delle parti inquadrandolo nell'ambito delle varie convenzioni stipulate e dei vantaggi reciproci che le parti medesime ne trassero.

In questo contesto, le censure del ricorrente non colgono nel segno.

Non è esatto, in primo luogo, che la Corte territoriale abbia focalizzato l'attenzione soltanto su una parte della clausola, attribuendo valore determinante soltanto all'espressione "incremento dei costi successivi al 31.12.1987" e trascurando il richiamo alla normativa vigente in materia di opere pubbliche.

Essa, invece, ha avuto ben presente l'uno e l'altro profilo (sentenza, pag. 17-18), tant'è che proprio dalla valutazione complessiva ha tratto argomento (ponendo l'accento sulla formulazione della clausola) per valorizzare il riferimento agli incrementi successivi al 31 dicembre 1987 (implicante implicita ma chiara esclusione degli incrementi precedenti a quella data).

Né può condividersi il (suggestivo ma infondato) rilievo secondo cui, se le parti avessero voluto regolare il loro rapporto secondo il modo indicato dalla Corte di merito, non avrebbero fatto seguire alla prima espressione (circa gli incrementi successivi al 31 dicembre 1987) quella concernente il richiamo alla revisione da determinare secondo la normativa vigente in materia di opere pubbliche (ricorso per cassazione, pag. 15).

Il rilievo, in realtà, è inammissibile perché si limita a propugnare una diversa interpretazione della clausola, più favorevole al ricorrente, rispetto a quella motivatamente adottata dal giudice di merito. Ma esso è anche infondato perché proprio il tenore complessivo della clausola conferma che il richiamo alla normativa vigente riguarda il periodo successivo al 31 dicembre 1987 e dunque ben si coordina con la proposizione precedente.

Quanto, poi, alla presunta violazione degli artt. 80 e ss. della legge n. 219 del 1981, si deve osservare che - ai sensi dell'art. 81, comma 2°, di detta legge - le opere ivi contemplate sono affidate in concessione "a mezzo di apposite convenzioni in deroga alle norme vigenti". La disposizione, dunque, non presuppone l'emanazione

di un'ordinanza normativa ad hoc, ma collega la deroga alla stessa stipula delle convenzioni contenenti clausole con contenuto derogatorio rispetto alla normativa in vigore (deroga nella specie esercitata con riguardo alla disciplina sulla revisione dei prezzi per il periodo fino al 31 dicembre 1987). Né risulta pertinente il richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 127 del 1995, che riguarda l'esercizio del potere di ordinanza e non già la stipula delle convenzioni (disciplinata, come si è detto, dal citato art. 81).

L'argomento secondo cui la deroga avrebbe richiesto in concreto una inequivoca espressione, mentre nella specie le parti, con il richiamo alla normativa vigente in tema di revisione dei prezzi, avrebbero manifestato un intento di segno opposto, è per un verso inammissibile, per l'altro verso infondato.

È inammissibile laddove vorrebbe sostituire alla motivata interpretazione dei giudici di merito una diversa interpretazione prospettata dalla parte. È infondato perché trascura di considerare che - come il tenore testuale della clausola palesa - il richiamo alla normativa vigente riguardava gli incrementi dei costi successivi al 31 gennaio 1987.

Neppure si rivela esatto l'assunto secondo cui la Corte territoriale si sarebbe basata esclusivamente sul tenore letterale della clausola in questione, ignorando tra l'altro i dati desumibili dall'art. 33, co. 3, della legge n. 41 del 1986, da cui dovrebbe ricavarsi che l'esclusione per un certo periodo della revisione comporta che il dies a quo per il computo revisionale, quando riprende il suo corso, debba esser quello dell'aggiudicazione dei lavori.

A parte il rilievo che, come lo stesso ricorrente segnala, la norma invocata è successiva (sia pur di poco) alla stipula dell'atto aggiuntivo n. 85 del 13 febbraio 1986, il C.R. 8 trascura di considerare che il rapporto in questione si colloca nel quadro di una disciplina convenzionale a carattere derogatorio rispetto alla normativa (all'epoca) in vigore, e che di tale deroga è stata verificata la validità ai sensi della normativa speciale applicabile.

Per il resto, e su un piano più generale, deve osservarsi che il ricorrente, nelle diffuse (e, talvolta, ripetitive) censure mosse alla sentenza impugnata nella parte in cui questa ha posto l'accento anche sul comportamento complessivo delle parti, alla luce delle convenzioni stipulate, vorrebbe impegnare questa Corte in un riesame dei fatti e del convenuto delle convenzioni, con particolare riguardo a quella del 1986 (v., segnatamente, il quarto motivo), riesame che è invece estraneo al sindacato di legittimità.

Ne segue il rigetto dei primi quattro motivi dell'impugnazione.

Con il quinto mezzo di cassazione il ricorrente denunzia violazione e falsa applicazione della regola ermeneutica di cui agli artt. 1362 e ss. cod. civ., in particolare dell'art. 1362 comma 2° e dell'art. 1366, motivazione omessa e, comunque, insufficiente e illogica.

La sentenza impugnata avrebbe erroneamente affermato che la comune volontà delle parti fosse desumibile non soltanto dalle espressioni letterali adottate ma anche dal loro comportamento successivo e dalle ragioni che avrebbero indotto il consorzio a rinunziare alla revisione dei prezzi per i lavori eseguiti fino al 31 dicembre 1987 ed a computare, poi, quella alla quale aveva diritto per il periodo successivo in modo difforme dalle norme allora vigenti.

A sostegno di tale erronea determinazione la Corte di merito - facendo espresso riferimento alla ricostruzione dei fatti esposta nelle difese dell'Avvocatura dello Stato e nel cd. "lodo Catallozzi" (riguardante

un'analoga vicenda tra le parti in causa) - avrebbe fatto propria la motivazione ivi contenuta, secondo cui le "rinunzie" del C.R. 8 contenute nella convenzione n. 85 del 1986 avrebbero trovato corrispettivo nei vantaggi dal medesimo consorzio conseguiti.

Tale motivazione si fonderebbe "su di una ricostruzione dei fatti e dei patti contrattuali non rispondenti al vero e che vanno, quindi, corretti in conformità ai seguenti elementi ricavabili dagli atti contrattuali all'esame" (ricorso per cassazione, pag. 32).

Al riguardo - premesso che la convenzione n. 85 del 1986 riguarderebbe soltanto la parte residua delle infrastrutture fognarie affidate al consorzio, mentre le altre infrastrutture fognarie sarebbero regolate dalle convenzioni n. 22 del 1984 e n. 44 del 1985, con autonome clausole - il ricorrente afferma che nella sentenza impugnata sarebbe "falsamente rappresentato, in contrasto con i dati fattuali riferiti" che le parti con la convenzione n. 85 del 1986 avessero potuto valutare, tra i vantaggi a favore del consorzio, l'affidamento a trattativa privata dei lavori di tutte le infrastrutture fognarie.

Del pari falsa sarebbe la circostanza relativa ai vantaggi conseguiti dal consorzio in corrispettivo delle rinunzie operate in favore del concedente, con riguardo alla proroga dei termini. L'assunto non troverebbe riscontro nelle risultanze della convenzione n. 8, nella quale vi sarebbe anzi la prova del contrario.

Il ricorrente richiama quindi elementi desunti dalla convenzione n. 85 del 1986, nella quale non vi sarebbe traccia di proroga di termini ed anzi vi sarebbe dimostrazione del tempestivo adempimento da parte del consorzio (ricorso, pag. 33-37).

Afferma essere evidente, in punto di diritto, che l'omessa valutazione degli indicati elementi avrebbe comportato violazione dei princìpi enunciati nella rubrica del motivo e vizi di motivazione su punto decisivo.

Il che sarebbe ulteriormente comprovato dalla verifica dell'andamento complessivo dei pregressi rapporti contrattuali, di cui alle convenzioni n. 22 del 1984 e n. 44 del 1985 da cui emergerebbe come dato costante che la revisione prezzi, istituto non derogabile da parte della P.A., sarebbe stata "sterilizzata" con il consenso del concessionario, cui sarebbe stata offerta come contropartita l'esclusione del ribasso dovuto ai sensi dell'art. 12 L. 3 gennaio 1978, n. 1.

In questo alveo le parti avrebbero rinvenuto il bilanciamento degli opposti interessi ed in esso andrebbero ricondotti anche i patti di cui alla convenzione n. 85. E ciò troverebbe conferma anche nell'esplicazione contabile dei dati normativi, cui il ricorrente procede con una serie di calcoli allo scopo di dimostrare che come corrispettivo dei maggiori lavori il C.R. 8 avrebbe rinunziato a lire 29.324.250.000= (ric., pag. 39), sicché in nessun caso il consorzio avrebbe potuto pattuire una soluzione come quella ritenuta dalla sentenza impugnata che, sfiorando quasi il 50% rispetto al maggiore importo dei lavori, avrebbe significato accollare al consorzio medesimo oneri ingenti, trasformando la convenzione in un contratto addirittura aleatorio per la parte privata.

Le censure ora riassunte sono inammissibili.

Il percorso argomentativo svolto dal ricorrente rende palese che esso, attraverso la denunzia di asserite violazioni di regole di ermeneutica contrattuale ed allegando presunti vizi di motivazione, propugna in realtà una ricostruzione dei fatti (nonché degli atti contrattuali, del contenuto delle convenzioni e dei rapporti tra le stesse) del tutto diversa rispetto a quella compiuta dai giudici del merito, pervenuti al motivato

convincimento espresso nella sentenza impugnata appunto dopo avere esaminato le convenzioni intercorse tra le parti, nelle quali hanno trovato riscontro al dato interpretativo già desunto dal tenore testuale dell'art. IV contenuto nella convenzione aggiuntiva n. 85 del 1986.

In sostanza il ricorrente prospetta una differente lettura del rapporto convenzionale, dei collegamenti tra gli atti, delle conseguenti valutazioni e sollecita in tal modo un apprezzamento di merito che non è consentito al giudice di legittimità e, peraltro, richiederebbe un riesame degli atti e delle prove al detto giudice non consentito.

Né giovano in proposito i richiami, frammentari ed incompleti, a taluni contenuti degli atti convenzionali, perché essi non soltanto non dimostrano che la Corte territoriale si sia fondata su una "ricostruzione dei fatti e dei patti contrattuali non rispondenti al vero" (se così fosse, peraltro, si dovrebbe ipotizzare un errore revocatorio), ma neppure riescono a porre in evidenza vizi di motivazione, tali non potendosi considerare le valutazioni diverse ed alternative che il ricorrente sviluppa, postulando però un complessivo riesame di quei fatti e di quei patti sui quali il giudice del merito si è già soffermato dando conto del convincimento raggiunto (in concorso, si ripete, con gli elementi tratti dal dato letterale).

Di qui l'inammissibilità delle censure.

Con il sesto motivo il ricorrente denunzia violazione della legge e del regolamento di contabilità di Stato, del R.D. n. 1612/1933, della legge n. 103 del 1979 e dei princìpi generali in materia di transazione della P.A., violazione degli artt. 1362 e ss. cod. civ., omessa e insufficiente motivazione.

Dimostrata (secondo il ricorrente) l'incongruità della tesi interpretativa della Corte di merito e l'erroneità della individuazione di un (valido) esercizio del potere *extra ordinem*, la sentenza impugnata potrebbe sottrarsi alla cassazione se si volesse sostenere che, nel quadro di un negozio avente natura transattiva, la deroga alla disciplina legale della revisione rientrerebbe comunque nella libera esplicazione dell'autonomia privata.

Ma, alla luce di quanto esposto nelle precedenti censure (segnatamente, nel motivo sub 5), la tesi che l'atto aggiuntivo n. 85 del 1986 possa avere integrato una fattispecie transattiva sarebbe in violazione della normativa in rubrica sotto due profili: in primo luogo la presunta transazione sarebbe stata conclusa senza l'osservanza delle procedure prescritte per le P.A. statali; in secondo luogo risulterebbe chiaro che tra le parti non sarebbe esistita, neppure allo stato potenziale, una lite da comporre.

Pertanto, in mancanza di una controversia e addirittura di una *res dubia* da comporre, una transazione non sarebbe configurabile e le concessioni eventualmente intervenute tra le parti si sarebbero dovute ricondurre alla necessità di rinegoziare le condizioni contrattuali dell'affidamento aggiuntivo in virtù di circostanze sopravvenute.

Il motivo è inammissibile.

È vero che la sentenza impugnata, nella parte finale, afferma che le parti, nel farsi reciproche concessioni, furono mosse dall'intento di prevenire liti che sarebbero potute insorgere dall'applicazione delle pattuizioni precedenti. Ma questa affermazione non ha alcuna incidenza sul tessuto argomentativo della pronuncia, non tocca il dato ermeneutico desunto dall'art. 4 della convenzione n. 85 e non inficia in alcun modo l'analisi

condotta con riguardo al contenuto degli atti convenzionali. Che le parti, nel procedere a (nuova) negoziazione delle condizioni contrattuali dell'affidamento aggiuntivo si siano fatte delle concessioni è circostanza che lo stesso ricorrente non nega (ricorso, pag. 43). L'affermazione secondo cui ciò avrebbe integrato un negozio transattivo si risolve in un *obiter dictum* non necessario e non rilevante ai fini della decisione.

In definitiva, anche il ricorso principale deve essere respinto

Nel rigetto di entrambi i ricorsi si ravvisano giusti motivi per dichiarare compensate tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo del ricorso incidentale; rigetto il ricorso principale; compensa tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 6 maggio 2002, nella camera di consiglio della prima sezione civile della Corte suprema di cassazione.

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IL 29 OTT. 2002

CAPITOLO IX
L'INIZIO DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE: LA DOMANDA D'ARBITRATO

Cassazione civile sez. I - 10/07/2013, n. 17099

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. VITRONE Ugo - Presidente -
Dott. SALVAGO Salvatore - Consigliere -
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:
sentenza

sul ricorso 8285-2011 proposto da:
R.D.F.M.A. (C.F. (OMISSIS)), R.D.F.M.P. (C.F. (OMISSIS)), elettivamente domiciliati in ROMA, VIA M. PRESTINARI 15, presso l'avvocato CALVIERI VALTER, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato SIRACUSANO NICOLA, giusta procura a margine del ricorso;
- ricorrenti -

contro
M.D. (C.F. (OMISSIS)), elettivamente domiciliato in ROMA (OSTIA), VIA CARLO DEL GRECO 59, presso l'avvocato LA MOTTA DORA, rappresentato e difeso dall'avvocato TOMMASINI RAFFAELE, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 154/2010 della CORTE D'APPELLO di MESSINA, depositata il 09/03/2010;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 28/05/2013 dal Consigliere Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO;

udito, per i ricorrenti, l'Avvocato CALVIERI V. che si riporta agli scritti;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FIMIANI Pasquale che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con scrittura privata del 21/2/1993, R.M.A. e R.M.L. promettevano il trasferimento in permuta di una quota dei propri immobili a M.D., in vista della costruzione di un complesso turistico a carattere residenziale; il M. si impegnava, in corrispettivo della cessione, a realizzare e cedere ai R. una porzione degli erigendi fabbricati corrispondente alla restante quota.
Insorta controversia, il M. instaurava giudizio arbitrale sulla base della clausola compromissoria contenuta nella scrittura, chiedendo la risoluzione del contratto e la restituzione della somma versata come caparra, pari a L. 300.000.000.
I R. eccepivano l'inammissibilità della domanda e nel merito l'infondatezza, e chiedevano a loro volta la risoluzione del contratto.
Con lodo pronunciato il 7 giugno 2000, veniva dichiarata l'inammissibilità della domanda di risoluzione, per omessa specificazione della *causa petendi* nell'atto di accesso, a valere quale domanda giudiziale, nonché della domanda di nullità, per novità della stessa, tardivamente proposta, ed alla stregua della portata della clausola compromissoria, espressamente limitata alla interpretazione ed esecuzione del contratto.
Il lodo veniva impugnato dal M..
La Corte d'appello, con pronuncia non definitiva del 4/2-12/2/2002, ha dichiarato la nullità parziale del lodo, in relazione alla declaratoria di inammissibilità della domanda di inefficacia del preliminare di permuta del 21 febbraio 1993, disponendo per il prosieguo come da separata ordinanza. Nello specifico, la Corte ha rilevato:
1) che a seguito delle modifiche integrative degli artt. 669 octies c.p.c., 2943, 2945, 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c., dettate dalla L. n. 25 del 1994, è stato delineato un paradigma dell'atto introduttivo articolato nei tre elementi(intento di promuovere il procedimento, formulazione della domanda, designazione dell'arbitro);
2) che tale modello individua la domanda " qualificata", al fine della produzione degli effetti di cui alle norme indicate, per cui, ove priva di tali elementi, la domanda è inidonea a produrre detti effetti (ovvero, ad impedire la caducazione del provvedimento cautelare, a determinare l'interruzione della prescrizione, e ad attivare la trascrizione) , ma conserva il suo valore al fine di dare avvio al giudizio arbitrale, spettando agli Arbitri fissare termini e modalità per l'integrazione della domanda;
3) che nel caso, gli Arbitri avevano fissato termine sino al 15 settembre 1999 per la presentazione di memorie e documenti, ed il M. entro il termine aveva depositato memoria, nella quale aveva illustrato le ragioni a base della richiesta di restituzione della caparra, individuate nella "nullità e/o inefficacia della scrittura privata", conseguenti alla mancata approvazione del progetto regolarmente presentato al Comune ed alla irrealizzabilità del programma edilizio previsto nel preliminare; 4) che pertanto le circostanze dedotte dal M. erano idonee a sorreggere la domanda di inefficacia del contratto, in relazione alla clausola sub 8), con la

quale si era convenuto che: "in caso di mancata approvazione del progetto nei limiti sopra indicati, la presente scrittura diverrà a tutti gli effetti inefficace, senza colpa per alcuna delle parti e dalla predetta efficacia sorgerà il solo obbligo di restituzione della caparra già versata e dei competenti interessi di legge.";
5) che il Collegio arbitrale si era sottratto alla doverosa pronuncia nel merito sul punto, con ciò configurandosi il vizio di nullità del lodo ex art. 829 c.p.c., n. 4.
La Corte del merito ha infine respinto il secondo motivo di impugnazione, relativo alla declaratoria di inammissibilità della domanda di nullità del preliminare. Con la sentenza definitiva dell'8/2-9/3/2010, resa nei confronti di R.M.P. ed A., in proprio e quali eredi di R.M.L., la Corte messinese ha dichiarato l'inefficacia del preliminare del 21/2/93, e condannato i R.M. a restituire al M. la caparra, pari ad Euro 154.937,06, oltre interessi dal 22/9/98 al saldo, ed ha regolato le spese tra le parti. La Corte, richiamate le domande delle parti, da un lato, di inefficacia del preliminare da parte del M., ex art. 8 della scrittura, e da parte dei R., di risoluzione di diritto per inosservanza dei termini essenziali e, in subordine, di recesso dal preliminare per inadempimento della controparte, ha ritenuto realizzata la previsione di cui a detta clausola del preliminare, da cui l'inapplicabilità dei termini essenziali per la stipula del definitivo, per il pagamento del saldo della caparra e per la consegna degli immobili promessi in permuta, atteso che dalla C.T.U. risultava:
1) che il progetto di variante e di ampliamento del piano di lottizzazione presentato dal M. al Comune era conforme al programma costruttivo previsto dalle parti nella citata scrittura, era idoneo sotto il profilo tecnico ed urbanistico, rimanendo l'approvazione subordinata ad un ritocco delle previsioni volumetriche, e che era possibile una tempestiva rielaborazione del piano, escludendosi la superficie di mq. 6675, mantenendo al piano le caratteristiche e la volumetria previste nella scrittura;
2) che il progetto di intervento edilizio non era stato approvato in quanto, pur presentato, non era stata neppure avviata l'istruttoria tecnica per la preliminare verifica, né mai sottoposto all'esame della Commissione Edilizia nè del Consiglio Comunale.
Per altro aspetto, continua la Corte del merito, non era imputabile a negligenza del M., in difetto assoluto di elementi a conferma da parte dei R., il mancato esame da parte del Comune del progetto edilizio, di grande rilevanza, "richiedente anche un consenso, per così dire, politico dell'Amministrazione comunale, indipendente dalla volontà e diligenza del M.".
Avverso le pronunce non definitiva e definitiva ricorrono P. ed R.d.F.M.A., sulla base di quattro motivi (il quinto, relativo alle spese, non è autonomo e non costituisce una censura).
Si difende con controricorso il M..
Ambedue le parti hanno depositato le memorie ex art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.1.- Col primo mezzo, i R. denunciano che la Corte del merito, una volta affermato che con l'atto di accesso agli Arbitri va proposta la domanda, avrebbe dovuto rigettare l'impugnazione del lodo, mentre ha concluso per l'accoglimento, affermando che la formulazione della domanda nell'atto di accesso non è prevista a pena di nullità, argomento non dedotto dalla difesa, così violando gli artt. 828 e 829 c.p.c. Secondo i ricorrenti, inoltre, il Giudice messinese non ha tratto le debite conclusioni dalla premessa dell'inizio del procedimento

arbitrale con l'atto d'accesso, che deve pertanto necessariamente contenere la domanda, come si evince dall'art. 669 octies c.p.c., nel rispetto dei principi generali del contraddittorio e del diritto di difesa, pur avendo deciso le parti di non adottare le norme del codice di rito, da cui la violazione dell'art. 24 Cost., e degli artt. 99 e 101 c.p.c..

Il M. inoltre si era limitato alla generica denuncia della violazione dell'art. 829 c.p.c., ed all'omissione della indicazione dello specifico vizio ha supplito impropriamente la Corte d'appello;

il M. aveva denunciato la violazione degli artt. 99 e 163 c.p.c. e dell'art. 112 c.p.c., deducendo che gli Arbitri dovevano attenersi alle regole di diritto, mentre la Corte ha affermato il principio opposto, da cui sarebbe dovuto conseguire il rigetto della domanda, accolta invece dagli Arbitri, in violazione degli artt. 828 e 829 c.p.c., rilevando d'ufficio il motivo di nullità.

Secondo i ricorrenti, il Giudice del merito è pervenuto a conclusione contraddittoria, in quanto dal rilievo che non erano state richiamate le norme processuali, avrebbe dovuto coerentemente concludere per la reiezione del motivo dedotto.

La Corte del merito ha ritenuto che l'atto di accesso non poteva ritenersi sanzionato da nullità e che era stato raggiunto lo scopo, senza provocare sul punto il contraddittorio; ove a ciò fosse stato debitamente ottemperato, la parte avrebbe rilevato che l'atto di accesso privo della domanda deve ritenersi non nullo, ma inesistente, e comunque inidoneo al raggiungimento dello scopo.

1.2.- Col secondo motivo, i ricorrenti, in relazione alla sentenza definitiva, deducono che, vista la domanda proposta, di recesso dal preliminare, oltre che di risoluzione dello stesso, sarebbe stato necessario verificare il corretto adempimento degli obblighi da parte del M., ex art. 1385 c.c., comma 2, e di tale prova questi era onerato, quale debitore della prestazione, anche nella ricorrenza del fatto del terzo, ed alla stregua dei generali principi di correttezza e buona fede, espressione del dovere di solidarietà sociale, ex art. 2 Cost..

Non dovevano i R. dimostrare la negligenza del M., ma questi provare la diligenza spiegata perché la progettazione potesse superare l'indagine preventiva in ordine alla regolarità amministrativa, per poi passare alla successiva istruttoria tecnica.

La Corte messinese inoltre ha fatto riferimento ad una ragione non dedotta dalla parte, senza provocare il contraddittorio, ed i R. avrebbero a riguardo dedotto che, una volta adottato lo strumento di pianificazione del territorio, il P.R.G., la stessa Amministrazione avrebbe dovuto rispettarne le prescrizioni.

Infine, deducono i ricorrenti che la sentenza definitiva, nel ritenere che l'omessa istruttoria preliminare integrasse la previsione contrattuale, ha alterato la *ratio decidendi* della non definitiva, che aveva devoluto al C.T.U. l'esame della possibilità di un progetto alternativo, suscettibile di esecuzione, pur sempre rispondente alle previsioni progettuali; e sul punto, v'è anche vizio di motivazione.

1.3.- Col terzo mezzo, i ricorrenti, in relazione alla reiezione della propria domanda di risoluzione del contratto, denunciano di avere dedotto nel giudizio arbitrale il mancato rispetto del termine essenziale solo in relazione al pagamento della seconda rata della caparra, di cui all'art. 7 della scrittura, non condizionato all'approvazione del progetto, e sul punto v'è anche vizio di motivazione, non avendo la Corte territoriale spiegato, una volta ammesso che il progetto poteva essere ripresentato, che cosa ostasse alla ripresentazione del progetto emendato.

1.4.- Col quarto motivo, i ricorrenti, in relazione all'art. 8 della scrittura, denunciano la mancata considerazione della interpretazione del richiamo nella clausola ai "limiti sopra indicati";
contraddittoriamente, la Corte territoriale ha fatto proprie le conclusioni del C.T.U., che ha concluso per la ripresentazione del progetto, e nel contempo ha ritenuto che si era perfezionata la condizione di inefficacia; la motivazione è anche insufficiente, non avendo spiegato che cosa impediva la ripresentazione del progetto con i correttivi indicati dal C.T.U. 2.1.- Il primo motivo, in tutte le sue articolazioni, deve ritenersi infondato.
Va in prima battuta rilevato, che, come osservato nella pronuncia 19025/2003, nel solco delle precedenti 5457/03 e 10922/02, l'indubbia natura negoziale dell'atto di nomina non esclude che esso (contenendo l'intenzione di promuovere il procedimento arbitrale e la domanda) produca anche gli effetti della *vocatio in ius*; ed infatti, nel quadro normativo formatosi con la L. 5 gennaio 1994, n. 25 - in particolare, per effetto dell'aggiunta, con l'art. 11. cit., dell'u.c. all'art. 669 - octies c.p.c. (dettato per regolare i rapporti della domanda di accesso agli arbitri coi provvedimenti cautelari); della sostituzione, con l'art. 25 L. cit., del comma 4, all'art. 2943 c.c., e l'aggiunta del comma 4 all'art. 2945 c.c., in tema di prescrizione; nonché dell'introduzione, con l'art. 26 L. cit., dell'ultimo capoverso agli artt. 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c., con cui, ai fini della trascrivibilità, la domanda di arbitrato è stata equiparata a quella giudiziaria - la notifica della domanda di arbitrato segna l'inizio, a tutti gli effetti, del procedimento arbitrale. Tale principio non è stato disatteso dalla Corte messinese, che ha distinto la domanda c.d. "qualificata", ovvero contenente i tre elementi (intenzione di promuovere il procedimento, formulazione della domanda comprendente parti, *causa petendi* e *petitum*, e designazione dell'arbitro), come tale idonea a determinare l'inizio del procedimento arbitrale ed a produrre gli effetti propri di salvare l'efficacia del provvedimento cautelare *ante causam*, di interrompere la prescrizione e di determinare la trascrivibilità dell'atto, dall'atto di accesso privo di uno o più di detti contenuti propri, ma comunque idoneo ad avviare il procedimento, basandosi sul carattere settoriale delle modifiche apportate dalla L. n. 25 del 1994, che non hanno toccato l'art. 810 c.p.c., e sul principio della libertà delle forme, di cui all'art. 816 c.c., comma 2 (su tale principio, sempre con riferimento alle modifiche apportate dalla L. n. 25 del 1994 e prima della riforma di cui al D.Lgs. n. 40 del 2006, inapplicabile *ratione temporis* nel caso di cui qui si tratta, vedi le pronunce 5274/07 e 3917/2011).
La Corte territoriale ha sul punto precisato che, dovendosi ritenere l'atto di accesso quale atto processuale, proprio in quanto inteso ad avviare il procedimento arbitrale, l'eventuale mancanza di taluno degli elementi costitutivi avrebbe dovuto essere sanzionato con la nullità, ex art. 156 c.p.c., nullità peraltro non specificamente prevista; ha anche aggiunto che, nel caso, non avendo le parti richiamato pattiziamente l'applicazione delle norme del codice di rito, al fine di garantire il rispetto del principio fondamentale del contraddittorio (il cui mancato rispetto comporta il vizio di cui all'art. 829 c.p.c., n. 9), spettava agli Arbitri fissare termini e modalità per l'integrazione della domanda, come nel caso avvenuto, avendo il M. illustrato nella memoria depositata nel termine concesso dagli Arbitri "le ragioni della richiesta di restituzione della caparra nella "nullità e/o inefficacia della scrittura", conseguenti alla mancata approvazione del progetto regolarmente presentato al Comune di Gioiosa Marea ed alla irrealizzabilità del programma edilizio contemplato nel preliminare di permuta".

Così decidendo, la Corte del merito ha reso corretta applicazione dei principi in materia, ritenendo la libertà delle forme processuali nel silenzio del previo richiamo delle parti alle norme del codice di rito, con il limite del rispetto delle norme di ordine pubblico, che fissano i principi cardine del processo, di rango costituzionale, come il principio del contraddittorio, rafforzato dalla specifica previsione della lesione di tale principio come motivo di nullità del lodo, ex art. 829 c.p.c., comma 9. Tale principio è evidentemente inteso a garantire a chi è chiamato a contraddire nel procedimento, di conoscere per tempo le richieste e la posizione della controparte, al fine di predisporre adeguatamente le proprie difese; nella dinamica processuale e nell'incardinamento del procedimento arbitrale, è stato rilevato che occorre avere riguardo al modo in cui le parti abbiano potuto confrontarsi, nella individuazione della specifica elusione del diritto di difesa, da cui la deviazione dal modello legale, ove si alleghi il concreto pregiudizio al contraddittorio o al diritto di difesa (così la pronuncia 2201/2007), ma se così è, a fronte di un atto di accesso che si limiti a manifestare l'intenzione di far luogo all'arbitrato senza formulare in modo compiuto e specifico la domanda, spetta agli Arbitri fissare un termine per la precisazione dei quesiti, così da rispettare il principio fondamentale del contraddittorio, come avvenuto nella specie, con l'illustrazione da parte del M. delle ragioni della richiesta di restituzione della caparra, per "nullità e/o inefficacia della scrittura privata" (in senso analogo, per la non necessaria specifica formulazione dei quesiti nell'atto di accesso ad arbitrato, nella disciplina anteriore al D.Lgs. n. 40 del 2006, e per la precisazione nel termine fissato dagli Arbitri, vedi la pronuncia 2201/2007).
Infondate sono le censure intese a far valere la violazione delle norme di cui agli artt. 828 e 829 c.p.c. da parte della Corte del merito, per avere "identificato " il vizio fatto valere come rientrante nell'829 c.p.c., n. 4; ed invero, dedotte dal M. le ragioni della domanda di restituzione della caparra, la Corte ha semplicemente provveduto a dare veste giuridica, e quindi a qualificare la censura.
E come ritenuto, tra le ultime, nella pronuncia 10872/2007, l'interpretazione dell'effettivo contenuto dei quesiti posti al giudice arbitro in sede di procedimento arbitrale e l'apprezzamento della loro reale portata, identificando e qualificando giuridicamente i beni della vita destinati a formare oggetto del provvedimento richiesto "petitum") nonché il complesso degli elementi della fattispecie da cui derivano le pretese dedotte in giudizio ("causa petendi"), costituisce un'operazione rientrante nei compiti istituzionali del giudice del merito, da compiersi sulla base sia della formulazione letterale dei quesiti stessi sia, soprattutto, del loro contenuto sostanziale, in relazione alle finalità perseguite dalla parte e al provvedimento richiesto in concreto, desumibile non solo dalla situazione dedotta in causa, ma anche dalle eventuali precisazioni e specificazioni formulate nel corso del giudizio; da ciò consegue che il sindacato su un'operazione interpretativa così condotta, in quanto non riferibile a un vizio in procedendo, è consentito al giudice dell'impugnazione del lodo ed alla Corte di cassazione nei limiti del giudizio di legittimità, ovverosia solo con riferimento alla motivazione addotta a sostegno del risultato ermeneutico cui è pervenuto il giudice del merito.
Né si vede come possa a riguardo configurarsi il rilievo d'ufficio della nullità da parte della Corte territoriale, essendosi questa limitata a qualificare sub art. 829 c.p.c. la fattispecie fatta valere dal M., mentre, anche ad aderire all'interpretazione più rigorosa, sarebbe configurabile il vizio di nullità della sentenza nel caso di mancata segnalazione da parte del giudice di una questione, rilevata d'ufficio per la prima volta in sede di

decisione, ma solo qualora questa comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, così modificando il quadro fattuale della controversia, e privando le parti del diritto di difesa, dell'esercizio del contraddittorio e della facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie (così le pronunce 11928/2012 e 10062/2010).

2.2.- Il secondo motivo è infondato.

Va a riguardo rilevato che nel giudizio arbitrale, di contro alla domanda di inefficacia del contratto per la clausola sub 8 esercitata dal M., i R. avevano proposto domanda di recesso dal preliminare e di risoluzione per colpa del M.

Orbene, posto che la domanda di recesso dal preliminare ex art. 1385 c.c. si caratterizza quale particolare forma di risoluzione per inadempimento (così la pronuncia 4023/78 e più di recente, la 9367/2012), è di palese evidenza la priorità logico giuridica della domanda di inefficacia, che determina effetti *ex tunc*, rispetto a quella di recesso e risoluzione, con effetti ex nunc, da cui consegue che correttamente la Corte d'appello, dato atto degli esiti della C.T.U., ha ritenuto realizzata la fattispecie di cui alla clausola contrattuale, che di per sé comportava l'inefficacia del contratto, non residuando alcuna indagine sull'inadempimento del M., una volta presentato il progetto rispondente alle pattuizioni e di per sé suscettibile di approvazione, previo il ben possibile ritocco delle previsioni volumetriche, mantenendosi le caratteristiche al piano e la volumetria previste nella scrittura.

Non a caso, le ulteriori argomentazioni della Corte del merito sono precedute dalla proposizione "Per altro aspetto...", proprio perché la Corte si è posta anche l'ulteriore profilo della imputabilità al M. della mancata approvazione, anzi del mancato esame del progetto edilizio da parte del Comune, indagine invero ultronea, una volta ritenuta la realizzazione della previsione di cui alla clausola contrattuale.

In ogni caso, la Corte del merito ha correttamente escluso l'imputazione al M. di detto mancato esame, richiamando la grande rilevanza e l'impatto sul territorio della lottizzazione edilizia ed urbanistica e la natura discrezionale e non di atto dovuto dell'approvazione del progetto; ed infatti, come ritenuto nella pronuncia 18980/2011, che richiama le precedenti 5120/2011, 18511/07 e 2771/07, l'approvazione di un piano di lottizzazione, pur se conforme al piano regolatore generale o al programma di fabbricazione, non è atto dovuto, in quanto costituisce sempre espressione di un potere discrezionale dell'autorità amministrativa, chiamata a valutare l'opportunità di dare attuazione alle previsioni dello strumento urbanistico generale, essendovi tra questo e gli strumenti attuativi un rapporto di necessaria compatibilità, ma non di coincidenza, per cui questi ultimi possono essere modulati in considerazione delle esigenze dinamiche che si manifestano in certe condizioni di tempo e di luogo.

3.1.- Il terzo motivo è infondato.

Corretta è la statuizione della Corte del merito, della inapplicabilità dei termini essenziali (nella specie, in relazione al pagamento della seconda rata della caparra), a fronte della mancata approvazione, o meglio, del mancato esame del progetto edilizio, presupponendo gli stessi, logicamente, la pregressa approvazione del progetto medesimo; così statuendo la Corte d'appello ha reso corretta applicazione dei canoni ermeneutici, dandone congrua motivazione, ed invero è di immediata evidenza come, diversamente opinando, il pagamento della rata sarebbe rimasto privo di ogni causa giustificativa.

3.4.- Il quarto motivo è da ritenersi infondato, per il rilievo già avanzato nel precedente paragrafo, rimanendo la relativa questione assorbita comunque dal mancato esame del progetto.
4.1.- Conclusivamente, va respinto il ricorso; le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.
La Corte rigetta il ricorso; condanna i ricorrenti al pagamento delle spese, liquidate per compenso in Euro 7000,00, oltre Euro 200,00 per esborsi; oltre accessori di legge.
Così deciso in Roma, il 28 maggio 2013.
Depositato in Cancelleria il 10 luglio 2013

Cassazione civile sez. I, 20/02/2012, n. 2400

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CARNEVALE Corrado - Presidente -
Dott. RORDORF Renato - rel. Consigliere -
Dott. DOGLIOTTI Massimo - Consigliere -
Dott. CULTRERA Maria Rosaria - Consigliere -
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso 26196/2010 proposto da:
CO.BA.V. - CONSORZIO ORTOFRUTTICOLO BASSA VALSUGANA S.C.A.R.L. (c.f. (OMISSIS)), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA ADRIANA 11, presso l'avvocato GIURATO Ugo, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato ROAT MAURIZIO, giusta procura a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
S.P. (c.f. (OMISSIS)), T.L. (c.f. (OMISSIS)), R.M. (c.f. (OMISSIS)), TE.OT. (c.f. (OMISSIS)), B.R. (c.f. (OMISSIS)), elettivamente domiciliati in ROMA, VIA EUSTACHIO MANFREDI 17, presso l'avvocato ZEMA Demetrio, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato ZOLLER ROBERTO, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 240/2010 della CORTE D'APPELLO di TRENTO, depositata il 24/07/2010;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 25/01/2012 dal Consigliere Dott. RENATO RORDORF;
udito, per il ricorrente, l'Avvocato UGO GIURATO che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;
udito, per i controricorrenti, l'Avvocato DEMETRIO ZEMA che ha chiesto il rigetto del ricorso;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DEL CORE Sergio, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

ESPOSIZIONE DEL FATTO

Con atto notificato il 13 luglio 2009 la CO.BA.V. - Consorzio Ortofrutticolo Bassa Valsugana soc. coop. a r.l. (in prosieguo indicato come Cobav) impugnò dinanzi alla Corte d'appello di Trento un lodo arbitrale, emesso il 27 maggio 2009, che aveva annullato la delibera di esclusione dalla cooperativa dei sigg.ri S. P., R.M., T.L., Te.O. e B.R., ai quali era stato imputato di aver diffamato a mezzo stampa il presidente del consorzio.

L'impugnazione fu rigettata dalla corte d'appello, la quale reputò inammissibili o infondate le eccezioni di nullità del lodo, sia quanto al modo d'instaurazione del procedimento arbitrale, che la Cobav aveva lamentato fosse stato introdotto mediante lettera raccomandata, anziché con atto notificato a norma dell'art. 810 c.p.c., con conseguente decadenza per mancato rispetto del termine entro cui è possibile impugnare la delibera di esclusione di un socio di cooperativa, sia quanto ai principi di diritto applicati nel vagliare il complessivo contenuto degli articoli di stampa la cui pubblicazione - ingiustificatamente, secondo il collegio arbitrale - era stata posta a base dell'anzidetta delibera di esclusione.

In ordine alla prima questione, la corte trentina osservò che le peculiari modalità di nomina degli arbitri previste dal D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, rendono dubbia l'applicabilità al caso in esame del disposto del citato art. 810 c.p.c.; ed aggiunse che, comunque, le modifiche apportate al testo di quest'ultimo articolo dal D.Lgs. n. 40 del 2006, escludono la necessità d'introdurre il procedimento arbitrale mediante un atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario.

Quanto al contenuto della pronuncia arbitrale, la corte d'appello stimò che correttamente il lodo impugnato, dopo aver vagliato il contenuto complessivo dei due articoli di cui si era discusso, vi avesse ravvisato il legittimo esercizio del diritto di critica nei confronti dell'operato del presidente della cooperativa, onde non poteva affermarsi che il collegio arbitrale non si fosse pronunciato su tutte le questioni sottoposte al suo esame né che fossero censurabili le conclusioni cui esso era pervenuto in ordine al difetto di una giusta causa di esclusione dalla società dei soci che all'esclusione si erano opposti.

Per la cassazione di tale sentenza la Cobav ha proposto ricorso, articolato in tre motivi.

I sigg.ri S., R., T., Te. e B. si sono difesi con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. È stata preliminarmente eccepita l'inammissibilità del ricorso per non essere stati formulati i quesiti di diritto prescritti dall'art. 366 bis c.p.c..

L'eccezione è però manifestamente infondata, giacché si tratta di un ricorso proposto avverso una sentenza emessa in data successiva al 4 luglio 2009, al quale perciò non è più applicabile la citata disposizione dell'art. 366 bis, abrogata dalla L. n. 69 del 2009.

2. Col primo motivo di ricorso la cooperativa Cobav lamenta che la corte d'appello abbia violato, per un verso, l'art. 810 c.p.c. e del D.Lgs n. 5 del 2003, art. 34, in tema d'introduzione del procedimento arbitrale,

e, per altro verso, gli artt. 121 e 137 c.p.c., e art. 2533 c.c., in tema di decadenza dal diritto di proporre opposizione avverso la delibera di esclusione dei soci dalla società.
La doglianza muove dal presupposto che per regola generale, non derogata dalla normativa speciale sull'arbitrato societario, né venuta meno a seguito delle modifiche apportate all'art. 810 c.p.c., dal D.Lgs. n. 40 del 2006, il procedimento arbitrale dev'essere introdotto con una domanda notificata alla controparte, che ne segna l'inizio a tutti gli effetti, sostanziali e processuali, anche a prescindere dalle diverse possibili modalità di nomina degli arbitri. Nel caso in esame, invece, la domanda dei soci che si erano opposti all'esclusione dalla cooperativa e che, in conformità alla previsione di una clausola compromissoria contenuta nello statuto sociale, avevano l'onere di proporre tale loro opposizione dinanzi ad un collegio arbitrale, non era stata notificata, bensì comunicata alla controparte con una mera lettera raccomandata. Il che, secondo la società ricorrente, avrebbe comportato sia la mancata instaurazione di un rituale rapporto procedimentale dinanzi agli arbitri sia la conseguente decadenza dei soci opponenti per mancato rispetto del termine legale e statutario entro il quale l'opposizione era da proporre.

2.1. La tesi prospettata dalla ricorrente ricalca il contenuto di un motivo d'impugnazione del lodo che la corte d'appello ha dichiarato inammissibile, dubitando che all'arbitrato societario si applichino le disposizioni dettate dall'art. 810 c.p.c., comma 1, invocate dalla cooperativa, e comunque ritenendo che l'introduzione del procedimento arbitrale si realizzi ritualmente anche mediante la comunicazione della domanda alla controparte a mezzo di una lettera raccomandata con avviso di ricevimento (nella motivazione dell'impugnata sentenza si registra, a dire il vero, una qualche ambiguità terminologica: poiché talora si contrappone l'ipotesi dell'atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario con quella dell'atto notificato a mezzo posta, per quest'ultima però presumibilmente volendosi intendere non già la fattispecie disciplinata dall'art. 149 c.p.c., bensì la mera comunicazione dell'atto al destinatario mediante spedizione postale).
La ricorrente, come s'è detto, mette in discussione entrambe tali affermazioni, ma, per vagliare il fondamento delle sue doglianze, è indispensabile anzitutto ricordare che l'impugnazione del lodo arbitrale è ammessa solo entro i limiti strettamente fissati dall'art. 829 c.p.c.. Occorre quindi, preliminarmente, verificare come, nel caso in esame, i motivi d'impugnazione proposti dalla Cobav s'inquadrino nelle previsioni dell'anzidetto articolo; ed è opportuno anche sottolineare che il procedimento arbitrale del quale si discute è stato introdotto nell'anno 2008, onde al relativo giudizio d'impugnazione risultano applicabili le innovazioni introdotte nel codice di rito dal D.Lgs. n. 40 del 2006.

2.2. La questione sollevata dalla cooperativa impugnante circa la ritualità della proposizione di una domanda di arbitrato comunicata a mezzo posta potrebbe esser ricondotta ad una delle ipotesi di nullità previste dal citato art. 829 soltanto se la si riguardasse sotto il profilo delle modalità di nomina degli arbitri, contemplato dal comma 1, n. 2. Non gioverebbe, invece, richiamare la previsione del precedente n. 7, non risultando che nel presente caso le modalità d'introduzione del procedimento arbitrale fossero state prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità, né quella del n. 9, giacché non è controverso che dinanzi agli arbitri il contraddittorio si sia comunque tempestivamente e pienamente instaurato.

Ma, se si ha riguardo alla disposizione del citato art. 829, comma 1, n. 2, cioè alle forme ed ai modi di nomina degli arbitri, ciò che potrebbe in astratto assumere rilievo nella presente vicenda non è lo strumento attraverso il quale la domanda di arbitrato formulata dai soci opponenti è stata portata a conoscenza della società opposta, bensì come si è proceduto alla designazione del collegio arbitrale. Sotto questo profilo la doglianza della società ricorrente appare però assai lacunosa, perché essa è invece quasi esclusivamente focalizzata sulla necessità di notifica della domanda alla controparte, tanto che nello stesso ricorso (pag. 10) si giunge espressamente ad ammettere che l'invio di una lettera raccomandata possa essere stata idonea a determinare la nomina degli arbitri.

Giova allora ricordare che, a norma dell'art. 810 c.p.c., comma 1, la domanda di accesso agli arbitri, quando il compromesso o la clausola compromissoria prevedono che questi siano nominati dalle parti, deve contenere l'indicazione dell'arbitro o degli arbitri designati dalla parte istante e l'invito alla controparte a designare il proprio o i propri arbitri. Può dunque accadere che l'instaurazione del rapporto arbitrale tra le parti preceda la costituzione dell'organo decidente, ma occorre che siano almeno contestualmente poste le premesse per la sua costituzione. Le cose stanno invece diversamente per il c.d.

arbitrato societario, perché il D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, comma 2, prescrive inderogabilmente che il potere di nomina degli arbitri sia conferito ad un terzo (estraneo alla società). Nulla è detto quanto al modo d'instaurazione del procedimento, ma è indubbio che anche in questo caso si renda necessaria la proposizione di una domanda, che valga ad identificare gli estremi oggettivi e soggettivi del rapporto arbitrale, come del resto si ricava dal primo comma del successivo art. 35, che prevede l'iscrizione di tale domanda nel registro delle imprese. La domanda diretta alla controparte qui si distingue però nettamente dall'istanza per la nomina degli arbitri, che dev'esser rivolta al terzo cui spetta compiere tale nomina e non alla controparte, senza che vi sia quindi necessaria contestualità tra questi due atti.

Ciò chiarito, può forse avere una qualche plausibilità la tesi di chi reputa indispensabile che la domanda di arbitrato sia portata a conoscenza della controparte mediante il formale procedimento di notificazione (ancorché l'attuale formulazione dell'art. 810 c.p.c., comma 1, non prescriva più che la notificazione deve avvenire a mezzo di ufficiale giudiziario); o, quanto meno, appare plausibile ritenere che solo attraverso la notificazione alla controparte tale domanda possa produrre effetti processuali e sostanziali corrispondenti a quelli di una domanda giudiziale, come è lecito argomentare anche dai commi conclusivi dell'art. 2652, dell'art. 2653, dell'art. 2690 e dell'art. 2691, nonché dall'art. 2943 c.c., u.c., e dall'art. 2945 c.c., u.c., e dall'art. 669-octies c.p.c., comma 5 (si vedano anche, in argomento, Cass. 25 luglio 2002, n. 10922; Cass. 28 maggio 2003, n. 8532; Cass. 8 aprile 2003, n. 5457; e Cass. 12 dicembre 2003, n. 19025). E del pari è ragionevole sostenere che, identiche essendo le esigenze di maggior certezza in ordine ai modi ed ai tempi di consegna dell'atto al destinatario, la notifica della domanda alla controparte occorra anche per l'introduzione dell'arbitrato societario, quanto meno se fa difetto una diversa previsione al riguardo della clausola compromissoria inserita nello statuto sociale. Nulla, però, consente di affermare che, con riguardo a questa speciale tipologia di arbitrato, anche il distinto atto col quale l'interessato sollecita la nomina degli arbitri ad opera del terzo cui spetta provvedervi debba necessariamente essere inoltrato nelle forme prescritte per la notifica: né lo stabilisce la normativa speciale né lo si può ricavare dalla citata disposizione dell'art. 810, che, come s'è visto, muove dal

diverso presupposto della naturale contestualità tra domanda di arbitrato ed attivazione del procedimento di nomina degli arbitri.
Alla stregua di tale principio di diritto, non è dato quindi ravvisare, nel caso di specie, alcuna ragione di nullità del lodo per violazione delle norme riguardanti la forma e la modalità di nomina degli arbitri.

2.3. Ma in realtà, come già accennato, la cooperativa ricorrente piuttosto che mettere in discussione le modalità di nomina degli arbitri, sofferma la propria attenzione sull'idoneità della domanda, comunicatale a mezzo posta, a dar vita tempestivamente al procedimento di opposizione dei soci avverso la loro esclusione dalla compagine sociale.
Per intendere appieno tale prospettiva occorre ricordare che il giudizio arbitrale è stato attivato, in forza di una clausola compromissoria contenuta nello statuto di un consorzio costituito in forma di cooperativa, per contestare la legittimità di una delibera con cui il consiglio di amministrazione di detta società aveva proceduto all'esclusione per giusta causa di alcuni soci. Essendo l'opposizione avverso la menzionata delibera di esclusione soggetta al termine di decadenza previsto dall'art. 2533 c.c., comma 3, la cooperativa convenuta nel procedimento arbitrale (odierna ricorrente) ha sostenuto che ad impedire detta decadenza non sarebbe valso l'atto col quale i soci esclusi avevano inteso introdurre il giudizio di opposizione dinanzi agli arbitri, non bastando a tal fine il mero invio alla controparte di una lettera raccomandata. Il mancato accoglimento di siffatta eccezione da parte del collegio arbitrale è stato poi dedotto dinanzi alla corte d'appello come causa di nullità del lodo, a norma dell'art. 829 c.p.c.
Quale che sia il fondamento teorico della tesi secondo la quale solo un atto notificato alla società sarebbe valso ad impedire la suaccennata decadenza, si deve qui osservare che il motivo d'impugnazione del lodo arbitrale così dedotto non può essere ricondotto ad altra previsione che quella dell'art. 829 c.p.c., comma 3. Esso evidenzia, cioè, un preteso errore di diritto, nel quale gli arbitri sarebbero incorsi per non aver accertato l'intervenuta decadenza dei soci che si erano opposti alla delibera di esclusione.
Ma, a seguito delle modifiche apportate all'articolo citato dal D.Lgs. n. 40 del 2006, gli *erorres in iudicando* degli arbitri possono esser fatti valere come causa di nullità del lodo solo se questa sia espressamente disposta dalle parti o dalle legge. La violazione della suaccennata disposizione in tema di decadenza non rientra, però, tra i casi di nullità enunciati dal legislatore ed esula dalla previsione del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 36. Neppure in alcun modo risulta che una tale ipotesi di nullità sia stata contemplata dalla clausola compromissoria contenuta nello statuto della cooperativa.
Resta perciò confermata, sia pure in forza di una diversa motivazione in diritto, la conclusione d'inammissibilità del motivo d'impugnazione del lodo cui già la corte d'appello era pervenuta.

3. Per intendere compiutamente il senso del secondo e del terzo motivo di ricorso occorre premettere che, secondo il lodo arbitrale poi impugnato dalla Cobav, le vivaci contestazioni mosse in due articoli di giornale da alcuni soci nei confronti del presidente del consiglio di amministrazione della società rientrano nel legittimo esercizio del diritto di critica e non integrano, quindi, gli estremi una giusta causa di esclusione di detti soci dalla cooperativa.

Quest'ultima, nell'impugnare il lodo dinanzi alla corte d'appello, aveva lamentato che gli arbitri fossero incorsi in errori di diritto avendo preso in esame solo alcune delle frasi, ritenute diffamatorie, contenute in detti articoli di stampa, trascurandone altre parimenti offensive.
La corte d'appello ha reputato che, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato dall'impugnante, la doglianza imputasse al lodo un vizio di omessa pronuncia; ed ha poi escluso che tale vizio in concreto fosse ravvisabile, avendo gli arbitri compiutamente esaminato il contenuto degli articoli di stampa dei quali si discuteva, correttamente individuato il contenuto essenziale di tali scritti e plausibilmente escluso che fossero stati travalicati i limiti del legittimo esercizio del diritto di critica.
Ora la difesa dalla Cobav lamenta, nel secondo motivo di ricorso, che la corte territoriale, così decidendo, abbia violato l'art. 112 c.p.c., poiché il motivo d'impugnazione del lodo aveva ad oggetto un *error in iudicando* degli arbitri - sul quale detta corte non si sarebbe espressa - e non un preteso vizio di omessa pronuncia. Nel terzo motivo, denunciando anche difetti di motivazione della sentenza impugnata, la ricorrente ripropone poi la propria tesi in ordine al carattere diffamatorio degli articoli di stampa sopra ricordati e sostiene che la corte d'appello, nel disconoscere tale carattere, avrebbe a propria volta violato molteplici norme di diritto in tema di diffamazione e di onere della prova.

3.1. Le riferite censure sono manifestamente prive di fondamento.
S'è già ricordato come il lodo arbitrale del quale si discute non risulti impugnabile, a norma dell'art. 829 c.p.c., comma 3, per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. Tanto basta a privare di ogni base la doglianza secondo cui la corte d'appello avrebbe errato nel non identificare il motivo d'impugnazione del lodo come volto a denunciare la violazione di regole di diritto commessa dagli arbitri. Se anche avesse ragione la ricorrente nel sostenere che essa non aveva inteso proporre un motivo d'impugnazione del lodo riconducibile alla previsione dell'art. 829, comma 1, n. 12 (ossia per omessa pronuncia su alcune delle domande o eccezioni prospettate dalle parti), non per questo la sua impugnazione avrebbe potuto trovare spazio, non essendo nella specie possibile, come già detto, censurare il lodo per *errores in iudicando*.
Per le medesime ragioni non hanno fondamento le doglianze contenute nel terzo motivo di ricorso, che ugualmente muovono tutte dall'errato presupposto della sindacabilità del lodo arbitrale per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, o addirittura per vizi di motivazione.

4. Alla reiezione del ricorso fa seguito la condanna della società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che vengono liquidate in Euro 3.000,00 per onorari e Euro 200,00 per esborsi, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge.

P.Q.M.

La corte rigetta il ricorso e condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in Euro 3.000,00 per onorari e Euro 200,00 per esborsi, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 25 gennaio 2012.

Depositato in Cancelleria il 20 febbraio 2012

Cassazione civile sez. un., 05/05/2011, n. 9839

In considerazione della natura privatistica dell'arbitrato - che rinviene il suo fondamento nel potere delle parti di disporre liberamente dei propri diritti e che, perciò, non è riconducibile alla giurisdizione - deve ritenersi che la disciplina della procura "ad litem" contenuta nel codice di rito civile non sia estensibile automaticamente al procedimento arbitrale, salvo diversa volontà delle parti espressamente manifestata nell'atto di conferimento del potere agli arbitri; ne consegue che, ove manchi tale esplicito richiamo, l'atto introduttivo del giudizio arbitrale può essere effettuato, in conformità a quanto previsto nell'apposita clausola compromissoria, anche tramite lettera raccomandata proveniente dall'avvocato di una delle parti sfornito di procura alle liti. (Principio enunciato in riferimento ad una fattispecie regolata, "ratione temporis", dalla l. 5 gennaio 1994 n. 25, di riforma dell'arbitrato, prima che sulla materia intervenisse la successiva riforma di cui agli art. 20-25 d.lg. 2 febbraio 2006 n. 40).

Fonte:

Giust. civ. 2012, 9, I, 2137 NOTA (s.m.) (nota di: LAMANNA)
Giust. civ. Mass. 2011, 5, 696
Riv. arbitrato 2011, 4, 629 NOTA (s.m.) (nota di: ROMANO)
Dir. comm. internaz. 2011, 4, 1084 NOTA (s.m.) (nota di: SABATINI)

Cassazione civile sez. I, 14/09/2012, n. 15445

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. FIORETTI Francesco Maria - Presidente -
Dott. SALVAGO Salvatore - Consigliere -
Dott. BERNABAI Renato - Consigliere -
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso n. 10317 dell'anno 2008 proposto da:
ASSOCIAZIONE COMUNITÀ MENEGHINA elettivamente domiciliata in Roma, piazza Farnese, n. 101, nello studio dell'avv. Bartolini Andrea rappresentata e difesa dall'avv. Stilo Pietro, giusta procura speciale in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
D.A. elettivamente domiciliata in Roma, piazza Amerigo Capponi, n. 16, nello studio dell'avv. Giorgini Aurelio, che la rappresenta e difende, unitamente all'avv. Cerrato Guido, giusta procura speciale in calce al controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte di appello di Milano, n. 673, depositata in data 3 marzo 2008;
sentita la relazione all'udienza del 30 maggio 2012 del consigliere Dott. Pietro Campanile;
sentito per la ricorrente l'avv. Stilo, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;
Sentito per la controricorrente l'avv. Giorgini, che ha chiesto il rigetto del ricorso;
Udite le richieste del Procuratore Generale, in persona del Sostituto Dott. Capasso Lucio, il quale ha concluso per l'accoglimento del primo e del secondo motivo del ricorso, il rigetto del terzo e del quarto, e per l'inammissibilità del quinto, assorbito il sesto.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
1 - D.A. impugnava il lodo emesso in data 22 ottobre 2004 dall'avv. Giorgio Canesi, quale arbitro nominato all'atto della stipulazione della clausola compromissoria, con il quale veniva condannata, in relazione a un rapporto di locazione, intervenuto con la proprietaria associazione Comunità Meneghina, di un

appartamento sito in (OMISSIS), al pagamento della somma di Euro 2.550,00 per canoni non scaduti, oltre ad Euro 1.500,00 a titolo di risarcimento dei danni liquidati in via equitativa. Veniva dedotta la nullità del lodo per violazione del contraddittorio, essendo la D. venuta a conoscenza dell'esistenza del procedimento arbitrale solo all'esito della notificazione della pronuncia stessa, con il pedissequo atto di precetto.

1.1 - L'Associazione Comunità Meneghina, ritualmente costituitasi, eccepiva l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza dell'impugnazione, deducendo il rigoroso rispetto, da parte dell'arbitro, del principio del contraddittorio.

1.2 - La Corte di appello di Milano, con la decisione indicata in epigrafe, dichiarava l'inesistenza del lodo, senza procedere, quindi, alla fase rescissoria.

Premesso che il giudizio arbitrale deve instaurarsi con la notificazione dell'atto introduttivo, si constatava che nella specie la lettera che l'Associazione Comunità Meneghina indicava come atto con il quale si era instaurato il giudizio arbitrale (da essa inviata all'arbitro già designato e da costui trasmessa, con lettera raccomandata, alla D.) era priva dei requisiti minimi che si richiedono ai fini della validità formale della richiesta di avvio della procedura arbitrale. Si affermava quindi che, in assenza della rituale notificazione di altri atti contenenti la manifestazione della volontà dell'associazione di avvalersi della clausola compromissoria, si era determinata una situazione abnorme, tale da configurare l'inesistenza giuridica del lodo.

1.3 - Per la cassazione di tale decisione l'Associazione comunità Meneghina ha proposto ricorso, affidato a sei motivi, illustrati da memoria, cui la Dolci resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

2 - Con il primo motivo di ricorso si denuncia violazione degli artt. 816 bis e 808 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, potendo, per tali norme, stabilirsi convenzionalmente che tutte le controversie che sorgano in un rapporto siano decise da arbitri che fisseranno anche le regole del procedimento, in mancanza di un'espressa previsione nel compromesso delle norme da osservare obbligatoriamente nello svolgimento del giudizio.

Nella specie, pur avendo le parti concordato la risoluzione arbitrale di tutte le controversie relative al contratto di locazione da loro concluso, nessun requisito formale si è previsto per l'atto di avvio del procedimento arbitrale e in specie per un preavviso della parte che intende avvalersi della clausola della sua volontà di agire in sede arbitrale. Il quesito di diritto formulato dalla ricorrente ai sensi dell'art. 366 bis chiede di accertare che erroneamente si è dichiarato "inesistente" il lodo, non essendosi la D. messa in condizione di esercitare il proprio diritto di difesa, non essendo peraltro prescritti dei requisiti formali dell' atto introduttivo del giudizio; in particolare, l'Associazione non doveva comunicare alla controparte la volontà di avvalersi della clausola compromissoria, non essendo nè dalla legge nè dalla convenzione di arbitrato previsto un tale obbligo".

2.1 - Con il secondo motivo di ricorso si deduce violazione dell'art. 816 bis c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, perché, pur essendo vero che l'avviso di ricevimento della raccomandata costituisce prova certa dell'esecuzione della notificazione, della data in cui avviene e della persona cui il plico s'è

consegnato, nella specie, non avendo la D. curato il ritiro della raccomandata, deve a lei addebitarsi il rifiuto del contraddittorio. Nessun avviso di ricevimento della raccomandata assume rilievo, dovendo ritenersi che la presunzione di arrivo a destinazione del plico raccomandato, anche in mancanza di avviso di ricevimento, comporti la presunta cognizione del contenuto dell'atto e dell'arrivo a destinazione di esso; il mittente deve solo provare la spedizione dell'atto da cui va desunta la ricezione dello stesso dal suo destinatario. Il motivo si conclude con la formulazione del seguente quesito di diritto: "la spedizione di una lettera raccomandata, anche in mancanza di un avviso di ricevimento, invera una presunzione legale di conoscenza del contenuto dell'atto da parte del destinatario, senza che il mittente debba provare tale conoscenza, essendo sufficiente che il dimostri l'invio all'indirizzo del destinatario. Debbono ritenersi regolarmente avvenute e producono i relativi effetti le notificazioni eseguite a mezzo del servizio postale mediante raccomandata, di cui il destinatario non abbia curato il ritiro, e siano quindi state rese al mittente per non curato ritiro da parte del destinatario".

2.2 - Con il terzo motivo si prospetta vizio di omessa pronuncia, nonché falsa applicazione dell'art. 829 c.p.c., n. 9, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4: la corte di appello non avrebbe valutato la documentazione relativa all'invio alla D., da parte dell'Arbitro, di tutti gli atti del procedimento, con invito a presentare eventuali deduzioni, così garantendo il contraddittorio nell'intero procedimento.

Viene, in proposito, formulato il seguente quesito di diritto:

"L'impugnata sentenza è incorsa nel vizio di omessa pronuncia relativamente al rigetto della domanda relativa all'inosservanza del principio del contraddittorio nel procedimento. Sulla base del potere- dovere di codesta Corte di diretto esame degli atti dichiarare che non sussiste violazione del detto principio in quanto tutti gli atti del procedimento sono stati spediti alla D. con invito a presentare eventuali deduzioni e sono stati assegnati alle parti i termini per gli adempimenti per le esporre le loro ragioni".

2.4. Con il quarto motivo di ricorso si denuncia violazione degli artt. 342 e 829 c.p.c., fondandosi la sentenza della Corte d'appello sul presupposto della omessa comunicazione alla Dolci della volontà dell'Associazione di avvalersi della clausola compromissoria, sebbene la relativa questione sia stata sollevata dalla D. - con memoria in data 17 maggio 2005 - successiva all'atto di impugnazione. Viene indicato il seguente quesito di diritto: "Si chiede la cassazione della sentenza per aver il giudice errato nel non aver rilevato anche d'ufficio l'inammissibilità della censura che l'Associazione dovesse comunicare alla D. la volontà di avvalersi della clausola compromissoria, addirittura fondando la decisione anche su tale censura. Ciò nonostante che l'inammissibilità fosse stata anche formalmente eccepita dall'appellata, specificandosi che l'errore è stato triplice: 1) principalmente perché dedotta dall'appellante successivamente all'atto di impugnazione; 2) altresì per essere indeducibile nel giudizio di impugnazione di un lodo arbitrale ex art. 829 c.p.c., per non essere stata dedotta nel precedente procedimento; 3) infine perché neppure riguarda la *causa petendi* dell'impugnazione, cioè la non osservanza del principio del contraddittorio nel procedimento, ovvero durante lo stesso, specificamente dedotta dall'appellante".

2.5 - Nel quinto motivo di ricorso, si denuncia violazione dell'art. 112 c.p.c. per non avere la Corte deciso come era ad essa domandato dall'impugnante Dolci la nullità del lodo, ma la sua inesistenza, così

pronunciando su una ragione di invalidità non proposta dalla parte, dichiarando una inesistenza non richiesta dalla parte, in luogo della nullità dedotta nell'impugnazione.

2.6. Si denuncia infine, in subordine all'omesso accoglimento dei pregressi motivi di ricorso, la violazione degli artt. 161 e 354 c.p.c. per avere omesso, dopo la pronuncia dell'inesistenza del giudizio e del lodo arbitrale, la rimessione degli atti al giudice - arbitro, che avrebbe dovuto pronunciarsi sul merito della controversia.

3 - Il primo motivo di ricorso investe l'aspetto essenziale sul quale la decisione impugnata si fonda, ponendo la questione della necessità o meno, nell'arbitrato rituale, dell'instaurazione del procedimento mediante un atto formale, che potremo sin d'ora definire con l'espressione, per il vero ricca di significati, "domanda di arbitrato".

Il tema, per altro, implica la soluzione di una serie di problemi, attinenti all'individuazione dei soggetti legittimati ad avanzare e a ricevere detta domanda, al contenuto e alla forma dell'atto di avvio della procedura arbitrale, alle modalità della notificazione, con specifiche interferenze fra gli effetti di natura sostanziale e quelli meramente procedurali.

3.1 - Si impone, in primo luogo, la puntualizzazione del quadro normativo di riferimento: trattandosi di clausola compromissoria stipulata in data 26 settembre 2004, deve trovare applicazione la disciplina anteriore alle modifiche introdotte, in materia di arbitrato, con il D.Lgs. n. 40 del 2006. Mette conto di precisare, tuttavia, che codesta riforma non ha in alcun modo modificato la L. n. 25 del 1994, artt. 1, 25 e 26, ai quali, pertanto, ancora oggi l'interprete deve rivolgersi per individuare quei principi fondamentali che, in maniera innovativa, hanno inciso sulla tematica della domanda di arbitrato. Ed invero, prescindendosi da risalenti orientamenti dottrinali secondo i quali la convenzione arbitrale e la domanda venivano a coincidere, deve rilevarsi che nel tempo si è sempre maggiormente avvertita l'esigenza di affermare l'autonomia fra la clausola compromissoria o il compromesso (con delle differenze fra dette ipotesi, in quanto, secondo una tesi, in quest'ultimo potevano già essere precisate le richieste delle parti) e la domanda di arbitrato. Si riteneva, quindi, che il momento genetico del rapporto processuale coincidesse con la costituzione del collegio arbitrale (Cass., 23 luglio 1964, n. 1989; Cass., 29 luglio 1963, n. 2127), in quanto, a differenza della giurisdizione statuale, nella quale il giudice è precostituito, gli arbitri dovevano essere designati nelle singole procedure, ragion per cui non era concepibile un giudizio, e quindi il relativo atto introduttivo, fin quando mancava il giudice.

Come evidenziato anche da autorevole dottrina, prima della riforma del 1994 non era previsto alcun atto finalizzato a contenere la domanda e, quindi, ad avviare il procedimento arbitrale: con la L. 25 gennaio 1994, n. 25, venivano per la prima volta introdotte norme intese a disciplinare indirettamente, ma inequivocabilmente, il contenuto e gli effetti della domanda di arbitrato (art. 1: "Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri";

analogamente dispongono gli artt. 25 e 25, in materia, rispettivamente, di interruzione della prescrizione e di trascrizione). In relazione a tale mutato quadro normativo questa Corte ha affermato che "a seguito

dell'entrata in vigore della legge 5 gennaio 1994, n. 25 .. si è definitivamente chiarito che l'inizio del procedimento arbitrale si ha con la notifica, da parte dell'attore, di un atto che enunci l'intenzione di adire gli arbitri, proponga la domanda e indichi l'arbitro di sua nomina" (Cass., 25 luglio 2002, n. 10922; Cass. 8 aprile 2003, 5457; Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in motivazione). Di recente, pur rimarcandosi la diversità della disciplina in tema di arbitrato societario, il principio della necessità che la domanda di arbitrato sia portata a conoscenza della controparte è stato espressamente ribadito, per altro sottolineandosi la plausibilità della tesi fondata sull'indispensabilità di un formale procedimento di notificazione (Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400).

Sotto tale profilo deve peraltro evidenziarsi che questa Corte, pronunciando su analoga fattispecie in una controversia pendente fra le stesse parti, ha escluso che il procedimento arbitrale potesse iniziare e legalmente proseguire in assenza di avviso di ricevimento della raccomandata postale, che costituisce "non solo il mezzo di prova tipico della ricezione dell'atto introduttivo del giudizio per il suo destinatario, ma integra esso stesso l'elemento costitutivo o perfezionativo della notificazione" (Cass., 14 maggio 2012, n. 7451, che richiama Cass., Sez. un. 14 gennaio 2008, n. 627).

3.2 - Il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato circa la natura indefettibile della notifica della domanda di arbitrato, come atto distinto dalla nomina dell'arbitro, la quale, del resto, può anche mancare quando, come nel caso in esame, la relativa designazione sia già contenuta nella clausola compromissoria. Decisivo rilievo assume il valore delle richiamate norme di cui alla L. n. 25 del 1994, nel senso che la loro operatività sul piano sostanziale - a fini, come rilevato, cautelari, nonché in materia di interruzione della prescrizione e di trascrizione - implica il verificarsi della litispendenza.

La necessità di una domanda arbitrale - intesa quale atto con il quale una delle parti comunica formalmente all'altra la volontà di avvalersi della clausola compromissoria o del compromesso, propone la domanda e solo eventualmente procede alla nomina degli arbitri - prescinde dalla natura - giudiziale o negoziale - attribuita all'arbitrato rituale. Le sezioni unite di questa Corte, nel ribadire la natura privatistica dell'arbitrato (Cass., 5 maggio 2011, n. 9839), rispondendo negativamente, in ossequio al principio di libertà delle forme, al quesito circa la necessità della procura al difensore che, come previsto nella clausola compromissoria, aveva dato inizio al procedimento mediante lettera raccomandata, hanno affermato che "l'atto introduttivo del giudizio arbitrale può essere effettuato con le forme previste dalle parti nell'apposita clausola compromissoria", non senza rilevare - così confermando il giudizio sulla imprescindibilità della domanda di arbitrato nel sistema delineato dalla riforma del 1994 - che "la domanda di arbitrato (unico atto con un preciso nomen iuris in una procedura in cui non esistono atti tipici nominati) è un atto complesso, costituito da tre distinti nuclei: la manifestazione della pretesa, la dichiarazione di voler promuovere il procedimento arbitrale, la nomina degli arbitri, se spetta".

4 - Esaminata la questione sottoposta all'esame di questa Corte con il primo motivo alla stregua delle considerazioni che precedono, osserva la Corte che lo stesso è in parte inammissibile, ed in parte infondato.

4.1 - Sotto il secondo profilo, non può non rilevarsi che l'affermazione secondo cui per l'instaurazione del procedimento arbitrale non sarebbe necessaria la domanda di arbitrato contrasta con i principi sopra richiamati, ragion per cui al quesito di diritto, per come formulato, deve rispondersi negativamente.

4.2 - Non può omettersi di considerare, per altro verso, che nella sentenza impugnata, con riferimento al documento indicato dall'Associazione come "atto di avvio del procedimento", si afferma che tale lettera "non ha i requisiti di formale richiesta della procedura arbitrale prevista dal contratto di locazione", aggiungendosi che "né con altro diverso atto l'Associazione Comunità Meneghina ha ritualmente comunicato alla D. la volontà di avvalersi della clausola compromissoria".

Tali osservazioni non risultano contraddette - a prescindere dal generico riferimento alla necessità o meno dell'estrinsecazione della volontà di avvalersi della procedura arbitrale - da una specifica allegazione, da effettuarsi nel rigoroso rispetto del principio dell'autosufficienza del ricorso, ragion per cui è ineludibile - in parte qua - il rilievo di inammissibilità. D'altra parte, la comunicazione di atti inerenti alla procedura arbitrale (il cui contenuto, come testé evidenziato, non è possibile apprezzare in questa sede) da parte dell'arbitro, senza che il giudizio sia stato validamente instaurato nei termini in precedenza esposti, non può determinare il dovere della parte "convenuta" di esercitare la propria attività difensiva, analogamente a quanto può ipotizzarsi in relazione a un soggetto che, pur non avendo ricevuto alcuna notifica di un atto di citazione, sia destinatario di determinati provvedimenti, di natura interlocutoria, emessi nell'ambito di un giudizio ordinario. Né può seriamente sostenersi che le comunicazioni effettuate dall'arbitro - il quale, per altro, non può considerarsi *nuncius* della parte attrice, così perdendo ogni carisma di terzietà (anche se, per il vero, la controricorrente sostiene, così proiettando un'imbarazzante ombra sull'intera vicenda, che nel caso di specie l'arbitro designato sarebbe l'effettivo dominus dell'Associazione) - avrebbero comunque consentito l'instaurazione del contraddittorio. Invero l'attività dell'arbitro, come quella consistente nell'invito alla Dolci a svolgere le proprie difese, non può che riferirsi al procedimento arbitrale: presupponendone, quindi, sia dal punto di vista logico che giuridico, la valida instaurazione, che nella specie, come correttamente evidenziato nella sentenza impugnata, non ha mai avuto luogo.

5 - Le questioni poste con il secondo motivo in merito alla validità del ricorso al servizio postale, senza l'invio di raccomandata con avviso di ritorno, rimangono assorbite dal rilievo circa il compimento di tale attività ad opera dell'arbitro e non della parte che abbia inteso avvalersi della clausola compromissoria: valgano, assumendo in ogni caso decisiva rilevanza, le argomentazioni svolte al riguardo nella richiamata decisione n. 7541 del 2012. È stato, invero, rilevato che, anche a seguito delle sentenze della Corte Costituzionale del 30 settembre 1998 n. 346 e del 20 gennaio 2010 n. 3, relative alla notifica a mezzo posta dell'atto introduttivo del giudizio, deve negarsi che possa instaurarsi qualsiasi procedimento e quindi anche quello arbitrale, con una notificazione a mezzo posta priva di avviso di ricevimento, elemento costitutivo dell'evocazione in giudizio del destinatario, non rilevando solo come prova della cognizione dell'atto introduttivo per quest'ultimo. In difetto dell'avviso di cui sopra, nessun rilievo può assumere il mancato ritiro del plico raccomandato nei termini di legge (su questi cfr. la recente S.U. 1 febbraio 2012 n. 1418 e sul ritiro del plico raccomandato non consegnato cfr. Cass. 10 agosto 2001 n. 11015). La libertà delle forme del procedimento arbitrale, non può rendere legittima la mancata notificazione a mezzo posta con avviso di ricevimento dell'atto introduttivo del giudizio che impedisce la stessa instaurazione del contraddittorio. Questa mancanza, che ai sensi dell'art. 829 c.p.c., n. 9, comporta nullità del lodo, comunque esclude l'inizio del

procedimento arbitrale al quale, come correttamente rileva la Corte di merito, la D. non ha in alcun modo partecipato.

6 - La questione proposta con la terza censura è, conseguentemente, infondata, in quanto la Corte di appello ha correttamente escluso, per la ragioni esposte, che alla D. sia stata validamente notificata la domanda di arbitrato, e che , quindi, si sia in qualche modo instaurato il contraddittorio.

7 - Il quarto e il quinto motivo, che possono essere congiuntamente esaminati, sono in parte inammissibili, ed in parte infondati.

Deve in primo luogo osservarsi che la ricorrente, nel denunciare la violazione del principio contenuto nell'art. 112 c.p.c., per aver la Corte affermato l'inesistenza del lodo, a fronte dell'iniziale impugnazione per nullità dello stesso, non ha svolto alcun rilievo in merito alle ragioni di ordine giuridico (sostanziale abnormità procedimentale) poste nella sentenza impugnata a fondamento della declaratoria di inesistenza: sulla base di tale osservazione è agevole constatare che non può ravvisarsi violazione del principio della domanda qualora si sia accertata l'inesistenza giuridica dell'atto, come tale rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, potendo, del resto, essere fatta valere in ogni tempo (Cass. 13 gennaio 2005, n. 586; Cass., 29 agosto 1997, n. 8245).

7.1 - Prescindendo da tale aspetto di natura formale, va altresì osservato che la questione sottoposta all'attenzione della Corte d'appello - la cui decisione, sostanzialmente conforme a diritto, deve essere emendata, sotto il profilo motivazionale, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 2, nei termini che seguono - riguardava la mancata instaurazione del contraddittorio nei confronti della D., la quale, con l'impugnazione del lodo, si è lamentata sin dall'inizio di essere venuta a conoscenza del procedimento arbitrale solo all'esito della notifica dell'atto di precetto.

È stata, quindi, posta alla base della decisione - a prescindere dall'individuazione del contenuto sostanziale della domanda e dalla sua qualificazione giuridica (inesistenza e non già nullità del lodo stesso), non rilevante ai fini dell'osservanza del precetto di cui all'art. 112 c.p.c. (Cass., 30 marzo 2012, n. 5144; Cass., 14 novembre 2011, n. 23794; Cass., 25 settembre 2009, n. 20652) - una circostanza ritualmente dedotta con l'atto di impugnazione della pronuncia arbitrale.

La sentenza impugnata, quindi, avendo sostanzialmente rilevato, sulla base di elementi ritualmente dedotti l'invalidità del lodo, deve essere emendata in questa sede, nel senso che esso deve considerarsi nullo e non già inesistente. Benvero la fattispecie considerata non può ricondursi nelle (rare) ipotesi di inesistenza del lodo pacificamente ammesse in dottrina e in giurisprudenza (per tutte, l'indisponibilità oggettiva della questione sottoposta agli arbitri), venendo al contrario in considerazione l'ipotesi tipica di nullità costituita dall'inosservanza del principio del contraddittorio. D'altra parte, uno degli effetti principali della distinzione fra inesistenza e nullità del lodo, vale a dire la mancata conversione della prima in motivo d'impugnazione, nella specie non rileva, in quanto, come si è osservato, la censura riconducibile nella violazione del principio del contraddittorio, sostanzialmente posta alla base della decisione (" D.A. non è stata posta in condizione di esercitare il proprio diritto di difesa", pag. 4), risulta validamente dedotta nel giudizio di impugnazione del lodo.

8 - Anche il sesto motivo di ricorso deve essere rigettato, essendo inapplicabile al giudizio arbitrale la rimessione della causa ai sensi dell'art. 354 c.p.c., comma 1, in quanto di regola il giudice dell'impugnazione che abbia dichiarato nullo il lodo, deve proseguire il giudizio in rescissorio (negli stessi termini, cfr. la citata Cass. n. 7451 del 2012).

Escluso il potere di rimettere la causa in sede arbitrale, quando, come nel caso, sia mancata la instaurazione del procedimento arbitrale e non vi sia stata quindi investitura del potere di decidere per l'arbitro unico (Cass. 25 luglio 2006 n. 16977 e 6 dicembre 2004 n. 22794), i motivi di nullità del lodo non si convertono in motivi di impugnazione. Pertanto la Corte d'appello dopo la decisione non può procedere in rescissorio in una causa che non risulta mai iniziata e che non poteva essere proseguita (Cass. 21 maggio 2007 n. 11788 e 7 febbraio 2006 n. 2698). Correttamente pertanto il giudice dell'impugnazione non ha proceduto all'esame nel merito della controversia, come avviene quando lo stesso lodo sia inesistente (Cass. 16 ottobre 2009 n. 22083). Invero la inesistenza del procedimento arbitrale, anche quando il lodo sia nullo per violazione del contraddittorio, comporta la mancanza di una o più domande nei limiti delle quali il giudice dell'impugnazione possa decidere il giudizio in rescissorio (sui limiti del processo rescissorio, di recente, Cass. 8 ottobre 2010 n. 20880).

Correttamente quindi la sentenza della Corte d'appello ha accolto l'impugnazione senza decidere nel merito la controversia.

9 - Le spese relative al presente giudizio di legittimità seguono la soccombenza, e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali relative al presente giudizio di legittimità, liquidate in Euro 1.300,00, di cui Euro 1.100,00 per onorari, oltre spese generali e accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sezione Prima Civile della Corte suprema di cassazione, il 30 maggio 2012.

Depositato in Cancelleria il 14 settembre 2012

CAPITOLO X
I RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIUDIZIO STATUALE

Cassazione civile sez. VI, 06/10/2017, n. 23473

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SCALDAFERRI Andrea - Presidente -
Dott. BISOGNI Giacinto - Consigliere -
Dott. ACIERNO Maria - rel. Consigliere -
Dott. DI MARZIO Mauro - Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso 8522-2014 proposto da:
J.P., elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la Cancelleria della CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato GIANCARLO DE MARTINI;
- ricorrente -

contro
S.P.;
- intimato -

avverso il lodo non definitivo del COLLEGIO ARBITRALE di GENOVA, depositato il 03/02/2014;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 12/06/2017 dal Consigliere Dott. MARIA ACIERNO.

RAGIONI DELLA DECISIONE
In data 04/07/2012 S.P. e J.P. hanno stipulato un contratto di affitto d'azienda contenente una clausola compromissoria di arbitrato rituale per la composizione delle controversie riguardanti la formazione,

l'interpretazione e l'esecuzione del contratto medesimo nonché la futura gestione dell'azienda.
Con domanda del 14/11/2013 S.P. ha promosso procedimento arbitrale nei confronti di J.P., chiedendo la risoluzione del contratto per mancato pagamento dei canoni dell'azienda concessa in affitto nonché il versamento della somma relativa ai canoni impagati.
Con lodo non definitivo del 03/02/2014 l'arbitro unico, pronunciandosi sulle eccezioni di incompetenza e improcedibilità sollevate in via pregiudiziale dalla parte resistente, ha dichiarato la propria competenza a decidere su tutte le domande formulate dalle parti ed inerenti il contratto di affitto di azienda, dichiarandosi contestualmente incompetente, in favore dell'autorità giudiziaria ordinaria, relativamente alle domande ed eccezioni formulate dalle parti ed aventi ad oggetto il contratto di locazione dei locali ove si svolge l'azienda affittata.
Avverso suddetto lodo J.P. propone ricorso ex artt. 45 e 47 c.p.c. sulla base di due motivi, chiedendo che venga dichiarata l'incompetenza dell'arbitro e la conseguente competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria relativamente alla controversia sulla determinazione del canone di locazione immobiliare e alla controversia sulla determinazione del canone come presupposto di fondatezza della domanda di manleva, espletata da S.P. contro J.P.. Non è stata depositata memoria.
Non svolge difese l'intimato.
Il regolamento di competenza è inammissibile per l'assorbente rilievo che investe una pronuncia sulla competenza resa non da un giudice ordinario ma da un arbitro. Non può dubitarsi, invero, che avverso il lodo arbitrale siano proponibili solamente i mezzi di impugnazione previsti ad hoc dalla legge processuale (art. 827 c.p.c.), con esclusione di tutti gli altri, ivi compreso il regolamento di competenza (Cass. n. 19268/2012). All'art. 819 ter c.p.c., comma 1, ove è prevista l'esperibilità del regolamento di competenza, è detto chiaramente che "la sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione di arbitrato, è impugnabile a norma degli artt. 42 e 43". Il comma 2, citato art., a sua volta, esclude espressamente l'applicabilità nei rapporti tra arbitrato e processo di "regole corrispondenti agli artt. 44,45,48,50 e 295 c.p.c.". Pertanto, nei casi di incompetenza dell'arbitro - perché si tratta di questioni non compromettibili, di questioni che non hanno formato oggetto di compromesso, ovvero, ancora, di casi di nullità della convenzione arbitrale - l'unico mezzo esperibile dalla parte è l'impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 827 c.p.c..
In conclusione, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile. Non occorre provvedere in ordine alle spese del presente giudizio, non essendosi costituita la parte intimata.

P.Q.M.
La Corte dichiara il ricorso inammissibile.
Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti dell'ulteriore importo a titolo contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 12 giugno 2017.
Depositato in Cancelleria il 6 ottobre 2017

Cassazione civile sez. un., 26/10/2020, n. 23418

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. TIRELLI Francesco - Primo Presidente f.f. -
Dott. VIRGILIO Biagio - Presidente di Sez. -
Dott. DE STEFANO Franco - Consigliere -
Dott. DORONZO Adriana - Consigliere -
Dott. VALITUTTI Antonio - Consigliere -
Dott. ACIERNO Maria - Consigliere -
Dott. STALLA Giacomo Maria - Consigliere -
Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -
Dott. VINCENTI Enzo - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso 12917/2014 proposto da:
Agenzia di Scommesse Albignasego S.r.l., (già Euganea Betting S.r.l.), + ALTRI OMESSI, tutte in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in Roma, Foro Traiano n. 1/a, presso lo STUDIO LEGALE SATTA ROMANO & ASSOCIATI, rappresentate e difese dagli avvocati LATTANZI FILIPPO, SATTA FILIPPO e ROMANO ANNA;
- ricorrenti -

Snaitech S.p.a. (già Snai S.p.a., già Agenzia Ippica Monteverde S.r.l. Unipersonale, incorporante Agenzia Ippica Monteverde S.r.l.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Arenula n. 16, presso lo studio dell'avvocato SBORDONI STEFANO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati LATTANZI FILIPPO, ROMANO ANNA e SATTA FILIPPO;
- ricorrente successivo -

contro
Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero della Politiche Agricole Alimentari e Forestali, in persona dei rispettivi Ministri pro tempore, elettivamente domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;
- controricorrenti e ricorrenti incidentali -

Agenzia Scommesse Sestri Levante di Bo.Ma. & C. S.a.s. (già Agenzia Ippica di Pe. & C. S.n.c.), + ALTRI

OMESSI, tutte in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in Roma, Via F. Denza n. 20, presso lo studio dell'avvocato ROSA LAURA, rappresentate e difese dagli avvocati MODENA FRANCO e CORDEIRO GUERRA ROBERTO;
- controricorrenti all'incidentale -

Agenzia Scommesse Sestri Levante di Bo.Ma. & C. S.a.s. (già Agenzia Ippica di Pe. & C. S.n.c.), + ALTRI OMESSI, tutte in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in Roma, Via F. Denza n. 20, presso lo studio dell'avvocato ROSA LAURA, rappresentate e difese dagli avvocati MODENA FRANCO e CORDEIRO GUERRA ROBERTO;
- controricorrenti e ricorrenti incidentali -

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero della Politiche Agricole Alimentari e Forestali, in persona dei rispettivi Ministri pro tempore, elettivamente domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;
- controricorrenti all'incidentale -

Sisal Entertainment S.p.a. (già Sisal Match Point S.p.a., nella qualità di avente causa di Agenzia Ippica Bolzano S.a.s., + ALTRI OMESSI, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Panama n. 58, presso lo studio dell'avvocato MEDUGNO LUIGI, che le rappresenta e difende unitamente all'avvocato LAUTERI ANNALISA;
- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro
Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero della Politiche Agricole Alimentari e Forestali, in persona dei rispettivi Ministri pro tempore, elettivamente domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;
- controricorrenti all'incidentale -

GE.CO. S.r.l., + ALTRI OMESSI, tutte in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in Roma, Via Sebino n. 16, presso lo studio dell'avvocato MAZZONI ERMINIA, che le rappresenta e difende unitamente all'avvocato ABBAMONTE ANDREA;
- ricorrenti successivi -

contro
Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero della Politiche Agricole Alimentari e Forestali, in persona dei rispettivi Ministri pro tempore, elettivamente domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;
- controricorrenti e ricorrenti incidentali -

Ippica Civitavecchia S.r.l. (già Ippica Civitavecchia di P. & C. S.n.c.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via del Viminale n. 43, presso lo studio dell'avvocato LORENZONI LIVIA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato VASI GIORGIO;
- ricorrente successivo -

contro
Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero della Politiche Agricole Alimentari e Forestali, in persona dei rispettivi Ministri pro tempore, Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (successore ex lege dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato - AAMS), in persona del Direttore Generale pro tempore, elettivamente domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;
- controricorrenti e ricorrenti incidentali -

contro
Ippica Civitavecchia S.r.l. (già Ippica Civitavecchia di P. & C. S.n.c.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via del Viminale n. 43, presso lo studio dell'avvocato LORENZONI LIVIA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato VASI GIORGIO;
- controricorrente all'incidentale -

Agenzia Ippica SA.CO.I.RO S.n.c., + ALTRI OMESSI, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in Roma, Foro Traiano 1/A, presso lo Studio Satta Romano & Associati, rappresentate e difese dagli avvocati ROMANO ANNA, SATTA FILIPPO e LATTANZI FILIPPO;
- ricorrenti successivi -

contro
Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero della Politiche Agricole Alimentari e Forestali, in persona dei rispettivi Ministri pro tempore, elettivamente domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;
- controricorrenti -

Agenzia Scommesse Como di B.A. e C. S.n.c. (già Schiavio Casagrande & C. s.n.c.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via del Viminale 43, presso lo studio dell'avvocato LORENZONI FABIO, che la rappresenta e difende;
- ricorrente successivo -

contro
Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero della Politiche Agricole Alimentari e Forestali, in persona dei rispettivi Ministri pro tempore, Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (successore ex lege

dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato - AAMS), in persona del Direttore Generale pro tempore, elettivamente domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;
- controricorrenti e ricorrenti incidentali -

G.A.I.T. S.R.L. (già G.A.I.T. Gestione Agenzia Ippica Terni s.n.c. di G.P. & C.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Piazza dei Caprettari 70, presso lo studio dell'avvocato IAIONE MASSIMILIANO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato LATTANZI FILIPPO;
- ricorrente successivo -

contro
Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero della Politiche Agricole Alimentari e Forestali, in persona dei rispettivi Ministri pro tempore, elettivamente domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;
- controricorrenti e ricorrenti incidentali -

avverso la sentenza n. 6260/2013 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 21/11/2013.
Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 22/09/2020 dal Consigliere Dott. ENZO VINCENTI;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SANLORENZO Rita, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso;
uditi gli avvocati L.F. in proprio e per delega degli avvocati Andrea Abbamonte ed Erminia Mazzone, Massimiliano Iaione, Giorgio Vasi, Annalisa Lauteri, Luigi Medugno, Dionisi F. per delega orale dell'avvocato Stefano Sbordoni, Franco Modena e Pio Marrone per l'Avvocatura Generale dello Stato.

FATTI DI CAUSA
1. - Il Ministero delle finanze, con bando pubblicato in data 11 maggio 2000, indisse una procedura di evidenza pubblica al fine dell'attribuzione di 671 concessioni per l'esercizio dei servizi di raccolta e di gestione delle scommesse ippiche al totalizzatore nazionale ed a quota fissa sulle corse dei cavalli, della durata di sei anni, rinnovabili per altri sei.
All'esito della aggiudicazione della gara, 171 imprese concessionarie (di seguito anche soltanto agenzie) - dolendosi che, sin dal 1999, il settore del gioco delle scommesse ippiche aveva registrato, di fatto, il venir meno del monopolio statale a causa del diffondersi del gioco clandestino e della costituzione di una rete di bookmakers esteri, i quali operavano telematicamente o tramite internet, in assenza, dunque, del controllo statale e senza soggezione ad imposizione fiscale, altresì deducendo che era imputabile al Ministero delle finanze, in particolare, il ritardo dell'avvio del sistema delle scommesse a quota fissa e di quello di raccolta delle scommesse per via telefonica o telematica - avanzarono domanda di arbitrato nei confronti del

Ministero delle finanze e del Ministero delle politiche agricole e forestali, chiedendo di accertare le predette trasformazioni del mercato delle scommesse ippiche, il dedotto anzidetto ritardo e, quindi, l'inadempimento alle obbligazioni assunte, con conseguente non debenza delle prestazioni patrimoniali a carico di esse agenzie, ai sensi dell'art. 1460 c.c..

Con successiva memoria, le medesime agenzie chiesero la condanna dei Ministeri anche all'adempimento delle obbligazioni assunte e rimaste inadempiute, nonché al risarcimento del danno per l'inadempimento delle clausole contrattuali denunciate e per l'impedimento ad accettare scommesse a quota fissa e nel raccogliere scommesse per via telefonica e telematica.

2. - Il collegio arbitrale adito, con lodo reso il 26 maggio 2003 e notificato il successivo 9 dicembre, respinte le eccezioni preliminari dei Ministeri convenuti, ne accertò la responsabilità, in forza di un "obbligo di garanzia assunto implicitamente", per i pregiudizi "derivati ai concessionari dalla presenza di operatori clandestini ed illegali", nonché per il ritardo nell'avvio dei sistemi di scommesse a quota fissa e per via telefonica e telematica, con conseguente loro condanna al risarcimento dei danni in favore delle agenzie attrici, con facoltà di quest'ultime "di trattenere quanto loro riconosciuto, a tale titolo, dai c.d. minimi garantiti, cui sono tenute per convenzione"; inoltre, in parziale accoglimento delle domande dei Ministeri, dichiarò che le agenzie ippiche erano tenute "a corrispondere i minimi garantiti", nei limiti del residuo di quanto dovuto a titolo di danni dai Ministeri.

3. - Il lodo arbitrale veniva impugnato dal Ministero dell'economia e delle finanze (già Ministero delle finanze) e dal Ministero delle politiche agricole dinanzi alla Corte d'appello di Roma, la quale, con sentenza del 21 novembre 2013, ne dichiarava la nullità, ritenendo che la controversia appartenesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

3.1. - La Corte territoriale, preliminarmente (e per quanto ancora rileva), reputava infondate le censure, proposte dai Ministeri, concernenti: a) la nullità della clausola compromissoria di cui al disciplinare di concessione, in ragione della possibilità per il solo concessionario, e non per le pubbliche amministrazioni, di declinare la competenza arbitrale, assumendo che la stessa amministrazione aveva rinunciato a tale facoltà nel modello-tipo di convenzione; b) l'omessa pronuncia sul difetto di legittimazione passiva del Ministero dell'economia dopo la devoluzione del rapporto all'Agenzia delle entrate e poi all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, non essendo la prima subentrata nel rapporto concessorio in questione, mentre la seconda era succeduta a titolo particolare, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., con prosecuzione del processo tra le parti originarie, non essendo la clausola compromissoria divenuta inefficace per il soggetto subentrante.

3.2. - La Corte di appello osservava, quindi, che il collegio arbitrale, nonostante avesse escluso la responsabilità delle amministrazioni per "un preteso contrasto delle c.d. "reti illegali"", aveva invece ravvisato una alterazione dell'equilibrio contrattuale "perché non considerata l'incidenza del fenomeno ai fini della determinazione del minimo garantito, in sede di offerta durante la gara per la concessione", da doversi "valutare in rapporto all'effettiva portata della riserva di esclusiva".

Tuttavia - argomentava ancora la Corte di merito -, in materia di concessioni amministrative sussisteva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo là dove si controverta "di poteri discrezionali della P.A." e

la "determinazione del canone di concessione è espressione di un potere autoritativo-discrezionale incidente sul regime del rapporto concessorio nei cui confronti il privato non può che vantare un interesse legittimo". Nel caso di specie, dunque, era da ritenersi sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, giacché si controverteva "del contenuto della concessione in termini di garanzia di svolgimento dell'attività in regime di monopolio e dell'equilibrio contrattuale in relazione al prezzo della concessione, contestandosi all'Amministrazione di non aver valutato al riguardo la presenza di reti clandestine incidenti sul ricavato medio delle scommesse".

Analogamente - concludeva la Corte d'appello -, appartenevano alla giurisdizione del giudice amministrativo anche le domande, concernenti la fase esecutiva del rapporto concessorio, "riguardanti un preteso inadempimento dell'obbligo di consentire l'accettazione delle scommesse, per via telefonica e telematica, e l'accettazione di alcuni tipi di scommesse".

4. - Questa sentenza è stata oggetto di plurime impugnazioni.

4.1. - Hanno proposto autonomo ricorso la Ge.Co. s.r.l. e altre sei agenzie (in epigrafe indicate), affidando le sorti dell'impugnazione a due motivi. Ad esso hanno resistito con controricorso gli intimati Ministero dell'economia e delle finanze e Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali (di seguito anche soltanto Ministeri), proponendo, inoltre, ricorso incidentale condizionato sulla base di due motivi.

4.2. - Hanno altresì proposto autonomo ricorso l'Agenzia di Scommesse Albignasego s.r.l. (già Euganea Betting s.r.l.) e altre settantasette agenzie (in epigrafe indicate), affidato a tre motivi, cui resistono i Ministeri con controricorso, proponendo anche ricorso incidentale condizionato sulla base di due motivi; a quest'ultimo ricorso resistono con controricorso l'Agenzia Scommesse Sestri Levante di Bo.Ma. & C. s.a.s. (già Agenzia Ippica Pe. & C. s.n.c.) e altre sedici agenzie e i soci di due agenzie sciolte (come in epigrafe indicati).

Nel medesimo giudizio l'Agenzia Scommesse Sestri Levante di Bo.Ma. & C. s.a.s. e altre sedici agenzie e i soci di due agenzie sciolte hanno proposto ulteriore controricorso con annesso ricorso incidentale sulla base di due motivi, cui resistono i Ministeri con controricorso.

Sempre nello stesso giudizio ha proposto ricorso incidentale, sulla base di due motivi, anche la Sisal Entertainment S.p.A. (già Sisal Macht Point S.p.A. e quale avente causa di dieci agenzie, in epigrafe indicate), basato su due motivi, cui resistono i Ministeri con controricorso.

4.3. - Ha proposto ricorso autonomo - non solo nei confronti dei Ministeri, ma anche nei confronti dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli - la Ippica Civitavecchia s.r.l. (già Ippica di P. & C. s.n.c.), affidato a tre motivi, cui resistono Ministeri, nonché l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, con controricorso e ricorso incidentale condizionato basato su due motivi, cui la predetta società resiste con controricorso.

4.4. - La Agenzia Ippica SA.CO.I.RO. s.n.c. e altre sette agenzie (in epigrafe indicate) hanno proposto ricorso denominato "incidentale", sulla base di tre motivi, cui resistono i Ministeri con controricorso.

4.5. - Ha proposto autonomo ricorso - non solo nei confronti dei Ministeri, ma anche nei confronti dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli - l'Agenzia Scommesse Como di B.A. e C. s.n.c. (già Schiavio Casagrande & C. s.n.c.), affidato a tre motivi, cui resistono i Ministeri, nonché l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, con controricorso e ricorso incidentale condizionato basato su due motivi.

4.6. - Ha, infine, proposto ricorso autonomo la G.A.I.T. s.r.l. (già G.A.I.T. Gestione Agenzia Ippica Terni s.n.c. di G.P. & C.), affidando l'impugnazione a tre motivi, cui resistono i Ministeri con controricorso e ricorso incidentale condizionato sulla base di due motivi.

4.7. - In prossimità dell'udienza dell'11 dicembre 2019, dinanzi alla Prima Sezione civile, hanno depositato memoria: l'Agenzia di Scommesse Albignasego s.r.l. e altri; la Snaitech S.p.A. (già Agenzia Ippica Monteverde s.r.l. unipersonale, ricorrente unitamente alla Agenzia Albignasego s.r.l. e altri), che si è costituita con un nuovo difensore; la Ippica Civitavecchia s.r.l., che si è costituita con un nuovo difensore; la Sisal Entertainment S.p.A.; l'Agenzia Scommesse Sestri Levante di Bo.Ma. & C. s.a.s. e altri; nonché i Ministeri e l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, controricorrenti e ricorrenti incidentali.

Il pubblico ministero ha depositato conclusioni scritte, ai sensi dell'art. 380 bis.1 c.p.c., chiedendo la rimessione della causa alle Sezioni unite per ragioni di giurisdizione o, in subordine, il rigetto del ricorso principale e l'assorbimento dell'incidentale condizionato.

4.8. - I ricorsi sono stati assegnati a queste Sezioni Unite a seguito di ordinanza interlocutoria n. 1706 del 24 gennaio 2020 emessa dalla Prima Sezione civile.

4.9. - In prossimità dell'udienza dinanzi a queste Sezioni Unite hanno depositato memoria la GE.CO. s.r.l. e altre sei agenzie, nonché ulteriore memoria l'Agenzia di Scommesse Albignasego s.r.l. e altre settantasette agenzie, la Sisal Entertainment S.p.A., i Ministeri con l'Agenzia delle dogane e dei monopoli.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Le questioni preliminari.

1.1. - Occorre, anzitutto, procedere, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., alla riunione dei ricorsi promossi avverso la medesima sentenza.

Il ricorso proposto dall'Agenzia di Scommesse Albignasego s.r.l. e altre settantasette agenzie deve essere qualificato come principale, mentre i ricorsi, autonomi o già denominati "incidentali", della GE.CO. s.r.l. e altre sei agenzie, dell'Agenzia Scommesse Sestri Levante di Bo.Ma. & C. s.a.s. e sedici agenzie e i soci di due agenzie sciolte, della Sisal Entertainment S.p.A., della Ippica Civitavecchia s.r.l., dell'Agenzia Ippica SA.CO.I.RO. s.n.c. e altre sette agenzie, dell'Agenzia Scommesse Como di B.A. e C. s.n.c. (già Schiavio Casagrande & C. s.n.c.) e della G.A.I.T. s.r.l. (già G.A.I.T. Gestione Agenzia Ippica Terni s.n.c. di G.P. & C.), devono tutti essere convertiti in ricorsi incidentali, anche ove non presentati in tale forma (tra le altre, Cass., 4 dicembre 2014, n. 25662).

Ciò in quanto trattasi di ricorsi notificati successivamente all'impugnazione promossa dall'Agenzia di Scommesse Albignasego s.r.l. e altre settantasette agenzie, il cui procedimento notificatorio si è perfezionato (con la ricezione dell'atto da parte dei destinatari) in data 26 maggio 2014 e, dunque, precedentemente al perfezionamento della notificazione effettuata dalla GE.CO. s.r.l. e altre sei agenzie (che risulta essere quello più tempestivo rispetto al perfezionamento della notificazione dei ricorsi delle restanti agenzie impugnanti), avutosi il 29 maggio 2014.

1.2. - Ancora in via preliminare, va ritenuto che la comunicazione dell'avviso di fissazione dell'udienza di discussione del 22 settembre 2020 nei confronti della ricorrente Agenzia Scommesse COMO di B.A. e C. s.n.c. (già Schiavio Casagrande & C. s.n.c.) ha prodotto i suoi effetti legali.

Occorre a tal riguardo rammentare che la mancata consegna all'avvocato della comunicazione di cancelleria inviatagli a mezzo posta elettronica certificata (c.d. P.E.C.), ove sia imputabile allo stesso destinatario, produce l'effetto che la comunicazione sarà eseguita esclusivamente mediante deposito in cancelleria, ai sensi del D.L. n. 179 del 2012, art. 16, comma 6, u.p., convertito, con modificazioni, nella L. n. 221 del 2012. Nella specie, la mancata consegna della comunicazione via P.E.C. dell'avviso dell'udienza del 22 settembre 2020 al difensore della Agenzia Scommesse COMO ha dato come esito "errore 5.1.1. (...) indirizzo non valido. Il messaggio è stato rifiutato dal sistema" (cfr. relativa ricevuta). Posto che l'indirizzo P.E.C. del destinatario utilizzato ai fini della comunicazione anzidetta (fabiolorenzoni.ordineavvocatiroma.org) risulta cancellato sul registro di cui al D.M. n. 44 del 2001, gestito dal Ministero della giustizia (ReGindE), detto esito è riconducibile (secondo la specifica 5.1.1) a situazione di "indirizzo non attivo", quale evento imputabile allo stesso destinatario dell'avviso, con la conseguenza che è da reputarsi valida la comunicazione effettuata mediante deposito in cancelleria.

1.3. - Sempre preliminarmente, va dichiarata l'inammissibilità per tardività (eccepita dai Ministeri, ma costituente, comunque, vizio processuale rilevabile d'ufficio) dei ricorsi autonomamente proposti dalla Agenzia Scommesse COMO di B.A. e C. s.n.c. (già Schiavio Casagrande & C. s.n.c.) e della G.A.I.T. s.r.l. (già G.A.I.T. Gestione Agenzia Ippica Terni s.n.c. di G.P. & C.), entrambe rappresentate e difese, nel giudizio dinanzi alla Corte di appello di Roma, dagli avvocati Satta e L. (cfr. p. 5 della sentenza di appello).

È orientamento consolidato di questa Corte quello per cui, atteso il principio di unità dell'impugnazione - in base al quale l'impugnazione proposta per prima determina la pendenza dell'unico processo nel quale sono destinate a confluire, sotto pena di decadenza, per essere decise simultaneamente, tutte le eventuali impugnazioni successive della stessa sentenza, le quali, pertanto, hanno sempre carattere incidentale -, nei procedimenti con pluralità di parti, avvenuta ad istanza di una di esse la notificazione del ricorso per cassazione, le altre parti, cui questo sia stato notificato, devono proporre, a pena di decadenza, i loro eventuali ricorsi avverso la medesima sentenza nello stesso procedimento e perciò nella forma delle impugnazioni incidentali; ne consegue che il ricorso proposto irritualmente in forma autonoma da chi, in forza degli artt. 333 e 371 c.p.c., avrebbe potuto proporre soltanto impugnazione incidentale, per convertirsi in quest'ultima, deve averne i requisiti temporali, onde la conversione risulta ammissibile solo se la notificazione del relativo atto non ecceda il termine di quaranta giorni da quello dell'impugnazione principale. Nè la decadenza conseguente alla mancata osservanza di detto termine può ritenersi superata dall'eventuale osservanza del termine "esterno" di cui agli artt. 325 o 327 c.p.c., atteso che la tardività o la tempestività, rispetto a quest'ultimo, assume rilievo ai soli fini della determinazione della sorte dell'impugnazione stessa in caso di inammissibilità di quella principale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 334 c.p.c. (tra le tante, Cass., S.U., 25 giugno 2002, n. 9232; Cass., 30 dicembre 2009, n. 27887; Cass., 7 novembre 2013, n. 25054; Cass., 16 luglio 2014, n. 16221; Cass., S.U., 20 marzo 2017, n. 7074; Cass., 19 dicembre 2019, n. 33809).

Come detto, la notificazione del ricorso principale della Albignasego s.r.l. e altri GE.CO. s.r.l. e altri è stata effettuata nei confronti dell'Agenzia Scommesse COMO di B.A. e C. s.n.c. (già Schiavio Casagrande & C. s.n.c.) e della G.A.I.T. s.r.l. (già G.A.I.T. Gestione Agenzia Ippica Terni s.n.c. di G.P. & C.), come sopra rappresentate e difese, presso lo studio dell'avvocato L. domiciliatario (cfr. relata di notifica allegata al ricorso) e si è perfezionata il 26 maggio 2014 (come da ricevuta di ritorno depositata in atti); di conseguenza, il ricorso - che è stato da ciascuna di dette parti proposto irritualmente in forma autonoma - avrebbe dovuto essere spedito per la notificazione, al fine di potersi reputare tempestivo come ricorso incidentale, entro il 7 luglio 2014 (termine così prorogato ai sensi dell'art. 155 c.p.c., comma 5).

Dalle rispettive relazioni di notificazione (in atti) risulta che il ricorso dell'Agenzia Scommesse COMO s.n.c. è stato spedito per la notifica il 18 luglio 2014, mentre il ricorso della G.A.I.T. s.r.l. è stato spedito per la notifica il 30 dicembre 2014; entrambi i ricorsi sono stati notificati ben oltre il termine di quaranta giorni dalla notificazione del ricorso principale.

1.4. - In via ancora preliminare, i Ministeri e l'Agenzia delle dogane e dei monopoli eccepiscono, altresì, l'inammissibilità del ricorso proposto dalla Ippica Civitavecchia s.r.l. (già Ippica di P. & C. s.n.c.) nei confronti dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli (già Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato), in quanto parte mai evocata in giudizio.

L'eccezione (che deduce un vizio processuale comunque suscettibile di rilievo officioso, in quanto concernente la regolare costituzione del contraddittorio in fase di impugnazione) è fondata.

L'Agenzia delle dogane e dei monopoli (già Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato) non risulta, in base alla sentenza impugnata, esser stata parte del giudizio di appello, né, del resto, risulta evocata nel giudizio arbitrale.

La ricorrente Ippica Civitavecchia s.r.l. non spende, però, alcuna, necessaria, allegazione a sostegno dell'evocazione in giudizio della Agenzia delle dogane e dei monopoli, mancando del tutto di fornire ragione e giustificazione (ancor prima della prova, anch'essa affatto carente) della impugnazione nei confronti di soggetto che non è stato parte del giudizio di merito (in tal senso, argomento si trae - tra le tante - da Cass., 26 settembre 2019, n. 24050). Omissione che si palesa ancor più significativa nel caso in esame in cui, per contro, i Ministeri hanno proposto impugnazione incidentale condizionata censurando (con il secondo motivo: pp. 43/53 del controricorso/ricorso incidentale) proprio la mancata partecipazione a detto giudizio dell'Agenzia delle entrate e, quindi, della Amministrazione autonoma dei monopoli, poi Agenzia delle dogane e dei monopoli, adducendo, tra l'altro, la non applicabilità dell'art. 111 c.p.c. e, dunque, la posizione di successore particolare della parte estromessa già prima del giudizio arbitrale, imponendo l'esame di tale motivo anche accertamenti fattuali e non solo un giudizio di interpretazione delle norme di immediata applicazione alla fattispecie.

Trova, dunque, applicazione il principio per cui la qualità di parte legittimata a proporre (nella specie) ricorso per cassazione, come a resistervi, spetta ai soggetti che abbiano formalmente assunto la veste di parte nel previo giudizio di merito, con la conseguenza che va dichiarata inammissibile l'impugnazione proposta contro soggetti diversi da quelli che sono stati parti nel suddetto giudizio (tra le altre, Cass., 16 gennaio 2012, n. 520). E ciò a prescindere dalla correttezza e dalla corrispondenza della individuazione formale della parte

ad opera della sentenza impugnata rispetto alle risultanze processuali, nonché dalla titolarità del rapporto sostanziale (Cass., 19 febbraio 2013, n. 4011); profili, questi, che possono, semmai, dar luogo soltanto a censure avverso la sentenza oggetto di impugnazione e non già alla diretta evocazione in sede di impugnazione di soggetto che non sia stato già parte del giudizio.

2. - I ricorsi delle Agenzie Ippiche.

2.1. - Il ricorso principale dell'Agenzia di Scommesse Albignasego s.r.l. e altre settantasette agenzie propone tre motivi.

A) Con il primo motivo mezzo è denunciata la violazione e falsa applicazione dell'art. 817 c.p.c..

Si sostiene che le amministrazioni convenute non avrebbero sollevato in sede di giudizio arbitrale alcuna difesa "con riferimento alla questione della non compromettibilità in arbitri della controversia". Tale questione sarebbe stata sollevata per la prima volta soltanto in sede di impugnazione per nullità del lodo (peraltro, erroneamente rubricata sotto i nn. 3 e 7 dell'art. 829 c.p.c. e non già ai sensi del n. 4 della medesima norma, come invece avrebbe dovuto qualificarsi la censura), deducendosi la violazione dell'art. 103 Cost., L. n. 1034 del 1971, art. 5 e L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 2, per essersi gli arbitri pronunciati "su questioni inerenti interessi legittimi o di mero fatto" e non già diritti soggettivi e, dunque, "su questioni non compromettibili e, quindi, estranee al perimetro di cognizione individuato dalla clausola compromissoria". Di qui, la violazione dell'art. 817 c.p.c., in difetto di tempestiva eccezione sulla esorbitanza del giudizio arbitrale dai limiti del compromesso della clausola compromissoria.

B) Con il secondo mezzo è denunciata violazione e falsa applicazione della L. n. 1034 del 1971, art. 5,L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 2, D.Lgs. n. 104 del 2010, artt. 7, 12 e art. 133, comma 1, lett. c), nonché dell'art. 15 della convenzione accessiva alla concessione.

Si argomenta in ordine alla appartenenza della controversia alla cognizione del giudice ordinario, in quanto a "contenuto meramente patrimoniale" o, comunque, inerente a diritti soggettivi nella materia dei servizi pubblici e, quindi, compromettibile in arbitri anche se da attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, poiché si trattava di pretese patrimoniali azionate da "concessionari del pubblico servizio di raccolta di scommesse in esecuzione del rapporto convenzionale pacificamente paritetico". In particolare, le agenzie concessionarie avevano dedotto l'inadempimento dell'amministrazione sotto due profili: 1) "in relazione al mutato contesto sociale ed economico venutosi a creare nel mondo delle scommesse ippiche seguito dello svilupparsi delle reti clandestine illegali e della presenza di operatori stranieri che ha determinato il venir meno del regime di monopolio statale e, quindi, di esclusiva, sotteso al sistema delle concessioni stesse"; 2) per i "ripetuti ritardi nell'attivazione delle scommesse a quota fissa, telefonica o in via telematica".

La controversia, nel suo complesso, non riguardava, quindi, la misura del canone di concessione, nè la legittimità di alcun atto e/o provvedimento amministrativo: le attrici, infatti, non avevano azionato alcuna "pretesa finalizzata all'attivazione di poteri pubblicistici di controllo", né di rideterminazione del c.d. minimo garantito, che, peraltro, non era frutto di determinazione unilaterale da parte delle amministrazioni concedenti, bensì risultanza "delle proposte negoziali degli operatori economici concorrenti". Ciò che veniva in rilievo era, invece, "la posizione paritetica - di diritto soggettivo - vantata dalle agenzie rispetto a

comportamenti dell'amministrazione, che avevano passivamente consentito l'ingresso di operatori clandestini in un mercato così predeterminato, così garantito, da consentire l'accesso legittimo - ad esso solo in regime di concessione onerosa".

Sostengono, quindi, le ricorrenti di aver chiesto agli arbitri una pronuncia che potesse ripristinare l'equilibrio convenzionale che era stato alterato in quanto le condizioni economiche offerte in gara erano divenute eccessivamente onerose a causa del venir meno del carattere di esclusività del mercato di riferimento (per la crescente diffusione del gioco clandestino e per l'ingresso nel mercato italiano di imprese estere di accettazione delle scommesse non soggette ad imposizione fiscale e prelievo); mercato che le amministrazioni concedenti avrebbero dovuto garantire e preservare giacché costituente il presupposto determinante nella formulazione della proposta negoziale da parte dei concessionari.

Di qui, pertanto, la richiesta che, previo accertamento dell'inadempimento dei concedenti, alle agenzie ippiche attrici fosse riconosciuto il "danno derivante dalla perdita di corrispettivo dovuto allo sviamento della clientela verso reti parallele di accettazione, su un mercato la cui riserva di esclusiva non era stata rigorosamente controllata".

C) Con il terzo mezzo è dedotta violazione e falsa applicazione della L. n. 1034 del 1971, art. 5,L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 2, D.Lgs. n. 104 del 2010, artt. 7, 12 e art. 133, comma 1, lett. c), nonché del D.P.R. n. 169 del 1998, art. 4 e dell'art. 2, comma 1, della concessione.

Le ricorrenti, in sostanza, ribadiscono, in relazione a diverso capo del lodo avente ad oggetto altro dedotto inadempimento, le critiche in precedenza svolte con il secondo motivo di ricorso.

Si precisa che la Corte d'appello avrebbe erroneamente esteso le considerazioni relative allo squilibrio contrattuale per l'alterazione della posizione di esclusiva nel mercato nazionale delle scommesse ippiche alle doglianze concernenti la "fase esecutiva, con cui si lamenta la non compromettibilità in arbitri di ulteriori questioni esaminate con il lodo impugnato e riguardanti un preteso inadempimento dell'obbligo di consentire l'accettazione delle scommesse, per via telefonica e telematica, e l'accettazione di alcuni tipi di scommesse".

Si sarebbe, infatti, trattato di "obblighi previsti direttamente dalla legge in capo all'amministrazione e poi espressamente dedotte in convenzione", rispetto ai quali le agenzie vantavano non già posizioni di interesse legittimo o di mero fatto, bensì di diritto soggettivo e, dunque, attinenti a questioni compromettibili in arbitrato.

2.2. - Il ricorso incidentale della GE.CO. s.r.l. e altre sei agenzie propone due motivi.

A) Con il primo motivo mezzo è denunciata la violazione e falsa applicazione dell'art. 817 c.p.c.: le censure sono del medesimo tenore di quelle avanzate nel ricorso principale dell'Agenzia di Scommesse Albignasego s.r.l. e altri.

B) Con il secondo mezzo è dedotta violazione falsa applicazione della L. n. 1034 del 1971, art. 5,L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 2, D.Lgs. n. 104 del 2010, artt. 7, 12 e art. 133, comma 1, lett. c), nonché dell'art. 15 della convenzione accessiva alla concessione: anche in questo caso le doglianze sono sovrapponibili a quelle sviluppate nel secondo motivo del ricorso principale.

2.3. - Il ricorso incidentale dell'Agenzia Scommesse Sestri Levante di Bo.Ma. & C. s.a.s. e sedici agenzie e i soci di due agenzie sciolte propone 2 motivi.

A) Con il primo mezzo è dedotta la "sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario e conseguente compromettibilità per arbitri della controversia (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1)".

I ricorrenti argomentano, in base al c.d. *petitum* sostanziale, sulla distinzione tra fase di aggiudicazione della concessione (in procedura di evidenza pubblica) e fase esecutiva del rapporto concessorio (cui ricondurre la presente controversia), quest'ultima a carattere paritetico e, dunque, devoluta alla cognizione del giudice ordinario.

Si nega che vi sia stata una determinazione autoritativa del canone concessorio, frutto invece della determinazione pattizia; né, comunque, avendo i concessionari contestato l'esercizio di potere amministrativo.

B) Con il secondo mezzo è prospettata "violazione di legge (L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6, comma 2, applicabile *ratione temporis* - abrogato dal numero 23 del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e sostituito del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 12 - in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3): sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ma controversia concernente una situazione giuridica di diritto soggettivo e conseguente compromettibilità per arbitri della controversia".

Si argomenta in ordine alla sussistenza di una posizione di diritto soggettivo, pur nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di concessione di pubblici servizi (ma con riferimento al D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. a), come da giurisprudenza amministrativa citata in ricorso), tale da consentire, in base all'allora della L. n. 205 del 2000, vigente art. 6, comma 2, il ricorso agli arbitri.

2.4. - Il ricorso incidentale della Sisal Entertainment S.p.A. propone due motivi.

A) Con il primo mezzo è prospettata, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione o falsa applicazione del combinato disposto dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 4) e art. 817 c.p.c.: le censure sono del medesimo tenore di quelle avanzate nel ricorso principale dell'Agenzia di Scommesse Albignasego s.r.l. e altri.

B) Con il secondo mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 1 e 3, violazione o falsa applicazione della L. n. 1034 del 1971, art. 5,L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 2, D.Lgs. n. 104 del 2010, artt. 7, 12 e art. 133, comma 1, lett. c), nonché dell'art. 15 della convenzione accessiva alla concessione: anche in questo caso le doglianze sono sovrapponibili a quelle del ricorso principale, anche con riferimento al terzo motivo ivi proposto.

La ricorrente precisa che le contestazioni mosse alle amministrazioni evocate in giudizio avevano riguardo ad "accadimenti sopravvenuti rispetto alla procedure di gara e, quindi, alla determinazione del minimo garantito" e, dunque, attenendo essi alla fase di esecuzione rapporto negoziale nascente dalla convenzione, "non avrebbero potuto essere considerati (...) nella predisposizione delle offerte in sede di gara per l'affidamento delle concessioni".

Sarebbe, quindi, erronea la conclusione raggiunta dalla Corte territoriale, non concernendo il giudizio arbitrale "la determinazione del canone di concessione (...) bensì la sua non doverosità in ragione, cumulativamente o alternativamente, del sopravvenuto squilibrio contrattuale e/o dell'inadempimento da parte delle amministrazioni alle obbligazioni assunte", là dove peraltro il minimo garantito non era stato determinato in modo unilaterale dalle stesse amministrazioni.

Pertanto, l'azione era volta ad "ottenere l'accertamento del mutamento della situazione fattuale che ha condotto alla definizione dei profili negoziali del rapporto tra le parti e l'accertamento della responsabilità dell'amministrazione per inadempimento alle obbligazioni assunte" e veniva, quindi, in rilievo una posizione di diritto soggettivo che, "ponendosi di fronte ad un comportamento dell'amministrazione nella veste di parte negoziale e non di "autorità", soggiaceva alla giurisdizione ordinaria e, quindi, ben poteva essere conosciuto da un collegio arbitrale".

Coerenti rispetto a siffatta *causa petendi* erano, dunque, le pretese azionate, avendo le agenzie ippiche chiesto la "dichiarazione di non debenza delle prestazioni patrimoniali poste a loro carico (principalmente, il versamento del canone garantito) e, ulteriormente, la condanna dei ministeri convenuti al risarcimento del danno causato".

2.5. - Il ricorso incidentale della Ippica Civitavecchia s.r.l. (già Ippica di P. & C. s.n.c.) propone tre motivi.

A) Con il primo mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4, "violazione falsa applicazione dell'art. 817 c.p.c. e art. 829 c.p.c., n. 4, nel disposto *ratione temporis* applicabile al giudizio del precedente grado": le censure sono del medesimo tenore di quelle avanzate nel ricorso principale dell'Agenzia di Scommesse Albignasego s.r.l. e altri.

B) Con il secondo mezzo è dedotta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1, "violazione e/o erronea interpretazione della L. n. 1034 del 1971, art. 5, L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 2 (ora trasfusi nel D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 7). Erronea negazione della giurisdizione arbitrale".

La ricorrente sostiene che le pretese azionate nel giudizio arbitrale non riguardavano la rideterminazione del "prezzo" della concessione, costituito dal minimo garantito, nè sollecitavano la repressione dei fenomeni del gioco clandestino e della raccolta parallela delle scommesse, bensì - assumendo detti fenomeni quali fatti di obiettivo inadempimento della parte concedente o comunque fatti presupposti dalle regole contrattuali del rapporto concessorio - si faceva valere il rimedio civilistico della inesattezza esecutiva (per squilibrio sinallagmatico) della prestazione e, dunque, del risarcimento del danno. Trattavasi, quindi, di pretese aventi natura di diritto soggettivo, in un contesto paritetico con il concessionario, da inquadrarsi negli ordinari schemi di obbligo-pretesa caratterizzanti fase prettamente esecutiva del rapporto concessorio. Di qui, la compromettibilità della controversia per arbitri, pur sussistendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessione di pubblici servizi.

C) Con il terzo mezzo è prospettata, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1, "violazione della L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 2, sotto ulteriore profilo" (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1).

Con esso si sostiene che le argomentazioni svolte nel secondo motivo valgono (a fortiori) a censurare la sentenza della Corte di appello in riferimento alla dedotta "responsabilità per la ritardata attivazione di

talune formule di scommessa (scommesse a quota fissa e mediante mezzi telefonici/telematici)", venendo in rilievo "una pura e semplice contestazione di inesattezza esecutiva ad una regola contrattuale" che si richiamava ad obblighi di concessione già stabiliti per legge (D.P.R. n. 169 del 1998, art. 4). Di qui, la piena compromettibilità in arbitri della controversia pur devoluta la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

2.6. - Il ricorso incidentale della Agenzia Ippica SA.CO.I.RO. s.n.c. ed altre sette agenzie propone tre motivi, con i quali sono sviluppate censure del tutto sovrapponibili a quelle veicolate dal ricorso principale dell'Agenzia di Scommesse Albignasego s.r.l. e altri.

3. - La decisione sui ricorsi, principale e incidentali, delle Agenzie Ippiche.

3.1. - Tutti i ricorsi, tranne quello dell'Agenzia Scommesse Sestri Levante di Bo.Ma. & C. s.a.s. e altri, censurano, con analoghe argomentazioni, la mancata proposizione, in sede di giudizio arbitrale, della questione della non compromettibilità in arbitri della controversia; donde, la dedotta violazione dell'art. 817 c.p.c. (o anche dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 4), per aver la Corte d'appello pronunciato in difetto di tempestiva eccezione sulla esorbitanza del giudizio arbitrale dai limiti del compromesso della clausola compromissoria.

3.1.1. - Il motivo, comune ai vari ricorsi, è infondato.

Questa Corte, a Sezioni Unite, pur nel contesto dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale si riteneva che, anche nell'arbitrato rituale, la relativa pronunzia avesse natura di atto di autonomia privata e, pertanto, il compromesso si configurasse quale deroga alla giurisdizione - con la conseguenza che il contrasto sulla non deferibilità agli arbitri di una controversia per essere questa devoluta, per legge, alla giurisdizione di legittimità o esclusiva del giudice amministrativo costituiva questione, non già di giurisdizione in senso tecnico, ma di merito, in quanto inerente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria (orientamento inaugurato da Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527) -, ebbero ad enunciare il principio per cui la questione circa la non deferibilità ad arbitri della controversia, per essere la stessa riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo, proposta (non già in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, ma) come motivo di ricorso avverso la sentenza della corte d'appello che abbia pronunciato sull'impugnazione del lodo, si configura come questione di giurisdizione, e deve pertanto essere esaminata in quanto tale, atteso che l'espressione "motivi attinenti alla giurisdizione", di cui dell'art. 360 c.p.c., n. 1, richiamato dall'art. 374 c.p.c., nella delimitazione di uno degli ambiti di competenza delle sezioni unite, deve ritenersi comprensiva dell'ipotesi in cui si tratti di risolvere un problema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in funzione dell'accertamento della compromettibilità ad arbitri, e quindi della validità del compromesso o della clausola compromissoria (Cass., S.U., 29 aprile 2004, n. 8212).

Si precisò, quindi, che l'anzidetta questione non può essere dichiarata inammissibile (proprio perché concernente una questione di merito attinente all'esistenza ed alla validità del compromesso), ma deve essere esaminata e decisa, atteso che in siffatta ipotesi un problema di giurisdizione resta comunque ineludibile nel giudizio di impugnazione del lodo arbitrale: la corte d'appello investita dell'impugnazione è infatti giudice della propria giurisdizione in relazione all'eventuale passaggio dalla fase rescindente a quella rescissoria, postulando la decisione positiva sul punto l'affermazione della compromettibilità della controversia ad

arbitri, per non essere la stessa riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo (Cass., S.U., 20 aprile 2006, n. 9162; Cass., S.U., 19 maggio 2008, n. 12640).

L'orientamento sulla natura privatistica dell'arbitrato rituale è successivamente mutato (a partire dalla sentenza n. 24153 del 25 ottobre 2013 di questa Sezioni Unite; più di recente, si veda Cass., S.U., 30 ottobre 2019, n. 27847), essendo attualmente *jus receptum* il principio per cui l'attività degli arbitri rituali, anche alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla L. 5 gennaio 1994, n. 25 e dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione.

Ne consegue che, in ragione della anzidetta natura (giurisdizionale) dell'arbitrato rituale, rimane valido, a maggior ragione, il principio, più risalente, secondo cui il giudice dell'impugnazione del lodo arbitrale è tenuto, anche d'ufficio, ad esaminare e decidere la questione di giurisdizione che venga in rilievo a fronte di una lite compromessa in arbitri, come, nella specie (peraltro, anche su eccezione di parte), ha correttamente operato la Corte territoriale.

3.2. - Tutti i ricorsi, principale e incidentali, censurano la sentenza della Corte d'appello che ha ritenuto devoluta alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo la controversia compromessa in arbitri e, quindi, la non compromettibilità della stessa. Le ragioni di censura - sviluppate in un unico motivo o in due motivi tra loro connessi, come innanzi illustrati - intendono accreditare la tesi della appartenenza della lite al giudice ordinario ovvero alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su diritti soggettivi e, di conseguenza, la facoltà di comprometterla in arbitrato rituale, ai sensi della L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 2 (poi trasfuso nell'art. 12 c.p.a.).

3.3. - I motivi sono fondati alla luce del principio - al quale il Collegio intende dare continuità - secondo cui, in tema di concessioni di pubblici servizi, le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto successiva all'aggiudicazione sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario - riguardante le indennità, i canoni e altri corrispettivi -, al quale spetta di giudicare sulle questioni inerenti all'adempimento e/o all'inadempimento della concessione (e sui relativi effetti e conseguenze: come si vedrà, anche di natura risarcitoria) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo; resta ferma, invece, la giurisdizione del giudice amministrativo nei casi in cui non si verta nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti, ossia allorquando l'amministrazione, sia pure successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento, mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio o di eventuali altri poteri riconosciuti dalla legge, o comunque adotti atti autoritativi in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. n. 241 del 1990, oltre che nei casi tassativamente previsti, come quello di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a. (Cass., S.U., 18 dicembre 2018, n. 32728; Cass., S.U., 8 luglio 2019, n. 18267; Cass., S.U., 18 dicembre 2019, n. 33691).

Ne consegue che dette controversie appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario - a prescindere dalla portata e dal momento di efficacia della disposizione di cui alla L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 2 (poi trasfuso nell'art. 12 c.p.a.) - possono essere compromesse in arbitrato rituale.

3.3.1. - Giova rammentare gli argomenti spesi dalle pronunce sopra citate (e, segnatamente, da Cass., S.U., n. 18267/2019) a sostegno dell'orientamento espressivo del principio di diritto dianzi ribadito, siccome atto a superare, in una logica di evoluzione del "diritto vivente", la posizione tradizionale assunta dalla giurisprudenza di questa Corte sulla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5 - in tema di concessioni "di beni o di servizi", poi estesa ai "servizi pubblici", di cui all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. -, secondo cui la giurisdizione amministrativa esclusiva aveva una tendenziale *vis expansiva* a tutta la fase esecutiva del rapporto, pure in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento dell'autorità pubblica, essendovi comprese le controversie coinvolgenti il contenuto del rapporto concessorio nel suo aspetto genetico e funzionale, anche riguardanti la violazione degli obblighi nascenti dal medesimo rapporto (ad es., in tema di adempimento e di risoluzione), ad eccezione soltanto delle controversie "di contenuto meramente patrimoniale", senza alcuna implicazione sul contenuto della concessione, così riduttivamente intesa la salvezza della giurisdizione ordinaria sulle controversie concernenti "indennità, canoni e altri corrispettivi", non estensibile, pertanto, ai casi in cui veniva in rilievo l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione del dovuto.

Diversamente dall'orientamento tradizionale, la giurisprudenza più recente di questa Corte ha posto in rilievo come, (anche) nelle concessioni di pubblici servizi, lo "spartiacque" delle giurisdizioni, quella amministrativa esclusiva e quella ordinaria, debba rinvenirsi nella stipulazione del contratto o nell'aggiudicazione definitiva, trovando ciò fondamento nella stessa norma costituzionale di riparto (art. 103 Cost.), che consente di affidare la materia dei pubblici servizi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo" (Corte Cost., sent. n. 204 del 2004), il quale, in linea di principio (salvo, dunque, tipizzati interventi autoritativi del concedente anche nella fase successiva all'aggiudicazione), è da escludere allorquando, esaurita la fase pubblicistica della scelta del concessionario e sorto il "vincolo" contrattuale, venga in contestazione la delimitazione del contenuto del rapporto, gli adempimenti delle obbligazioni contrattuali e i relativi effetti. Ciò che trova conferma nello stesso art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., che non solo mantiene intatta la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie concernenti "indennità, canoni e altri corrispettivi", ma tipizza, altresì, le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quelle che costituiscono espressione dell'esercizio di poteri autoritativi (inerenti sia alla fase anteriore che a quella successiva alla stipulazione del contratto), quali sono quelle "relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore (...)".

Inoltre, l'evoluzione della giurisprudenza in materia ha trovato fertile humus nella disciplina di settore recata dal diritto Eurounitario, in forza della quale "la distanza tra le figure dell'appalto e della concessione si è andata riducendo fino a dissolversi, costituendo ormai entrambe "contratti a titolo oneroso"", come reso

manifesto, più di recente, del D.Lgs. n. 50 del 2016, artt. 106 e 108, che, in attuazione della direttiva n. 2014/23/UE, configurano cause di modifica e di risoluzione del contratto di concessione (anche per inadempimento) sulla falsariga di quanto previsto per la modifica e la risoluzione del contratto di appalto. Questo non significa "che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva" (Corte Cost. n. 43 del 2011), in relazione ai quali è prevista la giurisdizione esclusiva, a norma dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., sempre che detti poteri (in particolare, di autotutela) siano tipizzati dalla legge nazionale in senso compatibile con la legislazione Eurounitaria (cfr. del D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 176, in rapporto alla direttiva n. 2014/23/UE).

Là dove, però, si controverta sull'accertamento dell'adempimento o dell'inadempimento delle parti alle obbligazioni assunte nell'ambito del rapporto concessorio, anche ai fini del risarcimento del danno, non trova rilievo alcun controllo sull'esercizio del potere pubblico, in relazione ai parametri di legittimità dell'azione amministrativa provvedimentale, essendo al giudice di merito richiesto di valutare la sussistenza, o meno, dei fatti di inadempimento dedotti a fondamento delle pretese e di qualificarli giuridicamente, per trarne le conseguenze sul piano privatistico, vertendosi in tema di diritti soggettivi vantati in posizione di parità dal privato nei confronti dell'ente pubblico o parificato.

Per radicare la giurisdizione esclusiva, infatti, non è sufficiente la mera attinenza della controversia con una determinata materia, occorrendo pur sempre che la controversia abbia ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri.

Sicché, per dirimere la questione di giurisdizione, nessun rilievo può avere la necessità che per decidere sul fatto (inadempimento) dedotto come causa del danno il giudice (ordinario) debba conoscere e valutare il contenuto delle obbligazioni cristallizzate nell'atto convenzionale presupposto, poiché non è la mera occasionalità del collegamento con il potere pubblico (di cui è espressione l'atto concessorio) a determinare il radicamento della giurisdizione (Cass. SU 5 giugno 2018, n. 14434; 11 luglio 2017, n. 17110). Non si capirebbe, altrimenti, la ragione della riserva al giudice ordinario delle controversie in tema di "indennità, canoni e altri corrispettivi", che ugualmente rivelano un collegamento indiretto con l'atto concessorio (e quindi con il potere pubblico) e tuttavia inidoneo a far radicare la giurisdizione esclusiva.

La tradizionale interpretazione riduttiva della predetta (e oggettivamente ampia) riserva alla giurisdizione ordinaria - che comunque non ha precluso (e non preclude) al giudice di conoscere e interpretare incidentalmente l'atto amministrativo (R.D. 20 marzo 1865, n. 2248, ex art. 5, all. E), nonché di valutare il contenuto e la disciplina del rapporto di concessione - deve, quindi, tenere conto del decisivo rilievo attribuito (a partire dalla citata sentenza n. 204 del 2004 del Giudice delle leggi) al criterio del concreto collegamento con il potere, quale presupposto costituzionalmente imprescindibile per radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Diversamente opinando si dovrebbe concludere che al giudice ordinario, pur fornito di giurisdizione, sarebbe precluso di somministrare una tutela effettiva alla parte che chieda il pagamento di indennità e altri corrispettivi in conseguenza dell'altrui inadempimento, essendogli inibito di esaminare il contenuto del

rapporto concessorio e dovendo arrestarsi in presenza di atti amministrativi privi di rilievo provvedimentale, esito questo non condivisibile, a norma dell'art. 24 Cost. e art. 113 Cost., comma 2.

3.4. - Occorre, pertanto, muovere dall'esame della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio (ossia la *causa petendi*) con le pretese azionate dalle agenzie ippiche dinanzi al collegio arbitrale, essendo il c.d. *petitum* sostanziale - da individuarsi in base ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione - il criterio orientativo della delibazione che questa Corte regolatrice è tenuta a compiere in punto di riparto di giurisdizione (tra le tante, Cass., S.U., 31 luglio 2018, n. 20350).

3.5. - Dette pretese sono contestualizzate, anzitutto, nel quadro normativo ordinamentale che regolava l'assetto del sistema delle scommesse sulle corse dei cavalli al tempo dell'affidamento in concessione alle imprese attrici del relativo servizio.

A tal riguardo, della L. n. 662 del 1996, art. 3, comma 77, aveva riservato ai Ministeri delle finanze e delle risorse agricole l'organizzazione e la gestione dei giochi e delle scommesse relativi alle corse dei cavalli" (già riservata esclusivamente all'UNIRE: della L. n. 315 del 1942, art. 2 e del D.Lgs. n. 496 del 1948, art. 6), potendo i riservatari "provvedervi direttamente ovvero a mezzo di enti pubblici, società o allibratori da essi individuati". Tale disposizione ha avuto effetto con l'entrata in vigore del regolamento recato dal D.P.R. n. 169 del 1998, il quale - nel ribadire la riserva di esclusiva ministeriale sull'esercizio delle scommesse sulle corse di cavalli (art. 1, comma 2) - ha poi dettato la disciplina "quadro" volta a regolare l'attribuzione da parte dei ministeri delle finanze e delle politiche agricole, mediante "gara da espletare secondo la normativa comunitaria", delle concessioni, di durata di sei anni (rinnovabili una sola volta), "per l'esercizio delle scommesse sulle corse dei cavalli, a totalizzatore e a quota fissa (...) a persone fisiche e società con idonei e comprovati requisiti anche in ordine alla solidità finanziaria" (art. 2), stabilendo, tra i criteri di attribuzione (art. 2, comma 1, lett. a), b), d) ed e)), quelli della "efficienza della gestione dei singoli punti di accettazione delle scommesse", del "potenziamento della rete di raccolta ed accettazione delle scommesse", "di scaglioni retributivi decrescenti che consentano maggiori ricavi iniziali per il concessionario in funzione dei costi di avviamento", della "garanzia della libertà di concorrenza e di mercato mediante la previsione di parametri volti ad impedire l'abuso di posizioni dominanti".

Le scommesse consentite (art. 4) erano quelle "al totalizzatore nazionale" (ossia "le scommesse il cui ammontare complessivo, detratto l'importo del prelievo, è ripartito tra gli scommettitori vincenti") o "a quota fissa" (cioè quelle "per le quali la somma da riscuotere, in caso di vincita, è previamente concordata tra lo scommettitore e il gestore delle scommesse"); la tipologia delle scommesse effettuabili, "anche a mezzo telefonico o telematico", era, quindi, rimessa ad apposito decreto ministeriale (stesso art. 4, comma 5).

Il D.P.R. n. 169 del 1998, rinviava ancora ad un decreto del Ministro delle finanze, di concerto con il Ministro per le politiche agricole, l'individuazione delle "quote di prelievo sull'introito lordo delle scommesse sulle corse dei cavalli da destinare all'UNIRE, al fine di garantire l'espletamento dei suoi compiti istituzionali" (art. 12).

Erano, quindi, emanati due decreti del Ministro delle finanze in pari data (15 giugno 1998); l'uno per la "Individuazione delle tipologie di scommesse effettuabili sulle corse di cavalli" e l'altro per la

"Rideterminazione delle quote di prelievo sull'introito lordo delle scommesse sulle corse dei cavalli a favore dell'UNIRE" (poi sostituito dal D.M. 15 febbraio 1999), tra loro interdipendenti funzionalmente, giacché i vari tipi di scommesse individuate (sia tra quelle consentite al "totalizzatore nazionale", sia tra quelle permesse a "quota fissa") costituivano il referente su cui era stabilita la percentuale di prelievo sull'introito lordo delle scommesse, di quel determinato tipo, raccolte.

Infine, l'art. 11 del citato D.P.R., riservava obbligatoriamente al giudizio di apposita commissione nominata dal Ministro delle finanze, di concerto con il Ministro per le politiche agricole, la soluzione delle controversie relative interpretazione e all'esecuzione "delle disposizioni del presente regolamento, ad eccezione di quelle relative all'applicazione degli artt. 2 e 3", ossia le controversie concernenti il rapporto concessorio (attribuzione, decadenza e revoca delle concessioni).

Nella descritta cornice normativa è stato, quindi, bandito il "pubblico incanto per l'attribuzione di 671 concessioni per l'esercizio delle scommesse ippiche al totalizzatore nazionale e a quota fissa" (in atti depositato) che (art. 1) rimetteva alle disposizioni contenute in apposito schema di "convenzione" (in precedenza approvato dal ministero delle finanze, in conformità al D.P.R. n. 169 del 1998) la regolamentazione del "rapporto di concessione" e dell'"esercizio dell'attività concessa", altresì richiedendo, tra le modalità di partecipazione alla gara (art. 2), che l'impresa indicasse "l'importo offerto al Ministero delle finanze quale minimo garantito annuo di cui all'art. 5 dello Schema di Convenzione", giacché l'aggiudicazione della gara era in base al "criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di ammontare dell'importo minimo garantito annuo" (art. 3).

La convenzione - "parte integrante sostanziale della concessione per l'esercizio delle scommesse ippiche a quota fissa e al totalizzatore" (art. 1), in conformità alla disciplina quadro dettata dal D.P.R. n. 169 del 1998 (alla cui stregua erano modulati gli "Obblighi e divieti per il concessionario": art. 3) - consentiva, anzitutto, l'accettazione delle scommesse "anche a mezzo telefonico, nel rispetto delle condizioni stabilite dall'art. 4, comma 5, del regolamento" (innanzi rammentate).

Era, quindi, stabilito quale fosse il "corrispettivo del concessionario" (art. 4), calcolato, in riferimento all'esercizio delle attività relative alle scommesse a totalizzatore, in forza di aliquote a scalare "sulle quote di prelievo sull'introito lordo" determinate dai D.M. 15 giugno 1998 e D.M. 15 febbraio 1999 (in precedenza ricordati), emanati ai sensi del D.P.R. n. 169 del 1998, art. 12.

Per contro, il concessionario era tenuto al versamento di un "minimo garantito annuo" (art. 5), la cui determinazione era effettuata prendendo "a riferimento l'ammontare medio della raccolta del concessionario stesso nell'ultimo triennio, ridotto del 25%". L'obbligo del pagamento" del minimo garantito - come fatto palese dallo stesso art. 5 della convenzione - operava in corrispondenza alle "quote di prelievo" stabilite autoritativamente, dovendo il Ministero delle finanze monitorare i relativi introiti ai fini di una eventuale dilazione del versamento dello stesso minimo garantito da parte del concessionario nel "caso in cui le quote versate risultino inferiori al suddetto minimo garantito annuo".

3.6. - Nel delineato contesto si collocano, quindi, le domande proposte dalle agenzie concessionarie dinanzi al collegio arbitrale, il cui giudizio, "secondo diritto", è stato attivato in base all'art. 15 della citata convenzione, avente ad oggetto "(t)utte le controversie tra i Ministeri delle finanze e delle politiche agricole

e forestali ed il concessionario, nascenti dalla esecuzione, interpretazione e risoluzione della presente convenzione".

I quesiti arbitrali (cfr. in atti domanda di arbitrato notificata nel luglio 2001) sono declinati sulla premessa, parte integrante delle ragioni a fondamento delle pretese azionate, che "l'intero mondo delle scommesse sulle corse di cavalli sia di fatto e di diritto riservato in via esclusiva allo Stato, il quale poi in concreto le gestisce attraverso propri concessionari". Soltanto l'esistenza di un siffatto regime di monopolio - si afferma - consentirebbe allo Stato, per un verso, la pianificazione della relativa attività e l'imposizione di una disciplina, "non negoziabile", concernente, anzitutto, la ripartizione del gettito delle scommesse e al concessionario, per altro verso, di avere come "esattamente determinabili", dapprima, "il rischio d'impresa che va ad assumere" e, quindi, l'impegno "per esercitare un'impresa i cui confini e le cui condizioni sono fissate dallo Stato stesso, nella veste di concedente".

Le attrici hanno, quindi, dedotto che, tra il 1999 il 2001, sarebbe venuta meno la premessa anzidetta per due ragioni di fondo: il livello insostenibile raggiunto dal fenomeno del gioco clandestino delle scommesse e l'ingresso nel mercato italiano di molte imprese di raccolta di scommesse di nazionalità estera, con una propria rete di accettazione, in particolare tramite Internet.

Si sarebbe creata, pertanto, "una rete di accettazione delle scommesse parallela a quella creata dei Ministeri concedenti", equivalente alla rete ufficiale, che ha inciso "in maniera determinante sui presupposti in base ai quali concedenti hanno bandito le gare, determinati soggetti vi hanno partecipato e hanno presentato offerte economiche che, giudicate come più convenienti, hanno portato all'aggiudicazione".

Le imprese concessionarie hanno, quindi, osservato che "le offerte presentate in sede di gara si fondavano sulla garanzia che esistesse e permanesse un sistema di concessioni con carattere di esclusività nell'ambito del territorio comunale di riferimento, deputato ad assorbire integralmente il mercato delle scommesse ippiche". In assenza di tale "garanzia implicita" sarebbero state "(a)ltre e radicalmente diverse... le offerte economiche presentate in gara", essendosi le agenzie trovate, invece, contro "ogni ragionevole" previsione ad operare non più "in condizioni di esclusiva nel loro ambito territoriale", ma dovendo far fronte ad "una situazione di concorrenza assolutamente impropria".

Di qui, la tutela azionata in sede arbitrale attraverso una "domanda giudiziale che, accertato lo sconvolgimento del rapporto tra concedente amministrazione ed agenzie concessionari, dovuto agli imponenti fatti sopravvenuti, riconduc(esse) ad equilibrio ed equità le posizioni delle parti". Inoltre, le attrice hanno evidenziato che la mancata attivazione, da parte dei convenuti ministeri, della possibilità di accettare scommesse ippiche a quota fissa, nonché di scommesse "anche per telefono o per via telematica", costituiva un inadempimento causativo di pregiudizio economico.

Con i quesiti (rilevanti ai fini della delibazione in punto di giurisdizione; cfr. lodo, in atti, p. 5) le attrici hanno chiesto agli arbitri che: a) fosse dichiarato "che, a causa della radicale diversità tra la rete di accettazione delle scommesse sportive realmente esistente e quella definita con atti normativi provenienti dai concedenti, sono mutati in modo rilevante i presupposti che hanno indotto le agenzie istanti a partecipare alla gara ed a sottoscrivere il contratto"; b) fosse dichiarato "che, per esclusiva responsabilità dei concedenti, i concessionari non possono accettare scommesse a quota fissa, nel raccogliere scommesse per via telefonica e

telematica"; c) fossero i ministeri convenuti dichiarati "inadempienti alle obbligazioni assunte" e, quindi, condanni "all'adempimento" e, comunque, "al risarcimento dei danni derivati... dall'inadempimento".
Il pronunciato lodo arbitrale ha accertato esservi stata una alterazione dell'"equilibrio contrattuale a seguito del mutamento del quadro economico" (cfr. p. 46) e ritenuto (cfr. p. 50) sussistente l'inadempimento delle amministrazioni convenute "rispetto alla garanzia da esse implicitamente fornita in ordine alla tenuta di un sistema di concessioni con carattere di esclusività nell'ambito del territorio nazionale di riferimento", così da affermarne la responsabilità per i pregiudizi "derivati ai concessionari dalla presenza di operatori clandestini ed illegali", nonché per il ritardo nell'avvio dei sistemi di scommesse a quota fissa e per via telefonica e telematica, con conseguente loro condanna al risarcimento dei danni in favore delle agenzie attrici, con facoltà di quest'ultime "di trattenere quanto loro riconosciuto, a tale titolo, dai c.d. minimi garantiti, cui sono tenute per convenzione". Inoltre, in parziale accoglimento delle domande dei Ministeri, ha dichiarato che le agenzie ippiche erano tenute "a corrispondere i minimi garantiti", nei limiti del residuo di quanto dovuto a titolo di danni dai Ministeri.
3.7. - Il *petitum* sostanziale che permea le pretese azionate in sede arbitrale dalle agenzie investe certamente il rapporto concessorio, ma nella fase della sua attuazione - a valle, dunque, dell'affidamento del servizio -, venendo in discussione profili che non attengono all'esercizio di autorità amministrativa tipica incidente sullo stesso momento funzionale della concessione.
Nella specie, le domande giudiziali non debordano dal perimetro segnato dalla trama dei reciproci diritti e obblighi nascenti dalla convenzione - quale atto accessorio, ma pur sempre autonomo rispetto alla concessione (Cass., S.U., n. 33691 del 2019, citata) e radicante un rapporto giuridico paritetico - siccome definito compiutamente, attraverso l'interpretazione del regolamento negoziale rimessa al giudice adito, nella sua portata complessiva, da cui se ne sono fatte discendere le relative conseguenze giuridiche effettuali, in ragione dell'affermata inattuazione del programma obbligatorio (anche in termini di dedotta eccessività onerosità della prestazione) recato dalla stessa convenzione.
Da un lato, l'esistenza di una riserva di esclusiva del settore delle scommesse ippiche in capo alle amministrazioni concedenti, assunta (la detta riserva) a presupposto giuridico dell'affidamento in concessione del servizio come emergente dall'assetto normativo in precedenza illustrato (cfr. p. 3.3.1., che precede), e, dall'altro lato, l'alterazione dell'equilibrio contrattuale per l'incidenza nella realtà del mercato di riferimento - inteso, questa volta, nella sua dimensione socio economica - di sopravvenuti fattori disfunzionali e affatto anomali pregiudicanti l'anzidetta riserva di esclusiva (la cui corrispondenza al vero è questione che non rileva in questa sede, in quanto di merito e non di giurisdizione), sono i termini che, in primo luogo, hanno concorso a definire la cornice entro la quale ha trovato posizione il contenuto effettivo delle reciproche obbligazioni sostanzianti il rapporto giuridico convenzionale (a carattere paritetico), senza, però, che tanto abbia dato luogo a contestazione dell'esercizio di poteri autoritativi da parte delle amministrazioni concedenti.
Le agenzie, infatti, non hanno avanzato, neppure in via incidentale, una qualche richiesta di accertamento della illegittimità di provvedimenti comunque afferenti alla concessione del servizio, né, tantomeno, del cattivo esercizio da parte dello Stato dei poteri, più generali ed erga omnes, di conservazione dell'ordine e

della sicurezza pubblica a tutela della collettività, là dove la correlazione tra la delineata cornice giuridica (assetto normativo sulla riserva di esclusiva) e fattuale (disfunzione del mercato delle scommesse incidente sull'equilibrio contrattuale) e il contenuto della convenzione accessiva alle concessioni viene - come poc'anzi evidenziato - a colorare la sostanza delle pretese attoree di un significato ben diverso rispetto derivante dalla presenza attiva di poteri pubblici conformativi del rapporto giuridico in contestazione nella presente controversia.

L'azione giudiziale non ha investito, infatti, la determinazione del canone della concessione (ritenuto, dalla Corte territoriale, "espressione di un potere autoritativo-discrezionale incidente sul regime del rapporto concessorio nei cui confronti il privato non può che vantare un interesse legittimo"), il quale - come in precedenza illustrato - era, nella specie, stabilito, anzitutto, attraverso l'individuazione delle "quote di prelievo sull'introito lordo delle scommesse" rimessa dal D.P.R. n. 169 del 1998, ad apposito decreto del Ministero delle finanze (nella specie, il D.M. 15 giugno 1998 e poi il D.M. 15 febbraio 1999). Unitamente alle quote di prelievo (autoritativamente determinate) incidenti sull'introito lordo della raccolta delle scommesse, era posto, convenzionalmente, a carico del concessionario l'obbligo di versare un "minimo garantito annuo" (art. 5 della convenzione), il cui importo, tuttavia, non è stato frutto di intervento unilaterale ed autoritativo della parte pubblica concedente, bensì "offerto al Ministero delle finanze" dagli aspiranti concessionari ai fini di aggiudicarsi la gara, la quale si basava sul "criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di ammontare dell'importo minimo garantito annuo".

Meccanismo complessivo, questo (quote di prelievo e minimo garantito), la cui portata, come definita dalla normativa di rango secondario e da quella derivante da provvedimenti amministrativi, non risulta incisa dalle domande attoree, volte non già a ridefinire i termini (an e quantum) del canone concessorio cui erano tenute le stesse agenzie concessionarie, ma a conseguire - come detto - il risarcimento del danno patito a causa della (dedotta) alterazione dell'equilibrio contrattuale, la quale, però, veniva ad incidere negativamente soltanto sul corrispettivo stabilito in favore del concessionario (art. 4 della convenzione), in quanto unico elemento del sinallagma convenzionale "corrispettivo/minimo garantito" che, infine, sarebbe stato vulnerato nella fase di attuazione del rapporto concessorio.

E, del resto, conforto di ciò - ossia, anzitutto, della non incidenza delle pretese attoree sulla determinazione del canone concessorio - proviene dalla stessa pronuncia arbitrale, che - accogliendo la domanda riconvenzionale dei ministeri convenuti - ha condannato le agenzie ippiche a corrispondere alle amministrazioni concedenti, comunque, il "minimo garantito annuo" come disciplinato e dovuto convenzionalmente, seppure ammettendo la compensazione del relativo importo con quelli risarcitori riconosciuti alle stesse agenzie.

In siffatto contesto, pertanto, vanno considerate le conseguenze giuridiche effettuali che i concessionari hanno dedotto e preteso come discendenti dall'inattuazione di un programma obbligatorio così scolpito, tra cui il rimedio del risarcimento del danno che, nell'ambito della responsabilità di natura contrattuale (che qui rileva), in quanto correlantesi in modo indefettibile alla patologia funzionale del regolamento negoziale, non può, come tale, non ritenersi ricompreso, per omologia o, comunque, assimilazione, in quella dimensione che contempla "indennità, canoni e corrispettivi", quale elementi anch'essi di un rapporto giuridico

paritetico (la cui fonte è, pertanto, un regolamento a carattere negoziale) e che, dunque, esprimono la sintesi - solo esemplificativa - di tutte ciò che, di quel rapporto, si pone sul piano della relativa attuazione (in termini, dunque, di adempimento/inadempimento).

Le argomentazioni che precedono si prestano, infine, in modo ancor più evidente, ad annettere nello stesso ambito di giurisdizione quella porzione di controversia relativa, segnatamente, alle pretese risarcitorie avanzate dalle agenzie ippiche in ragione del dedotto inadempimento dei ministeri concedenti circa la mancata attivazione delle possibilità, per i concessionari, di accettare scommesse ippiche a quota fissa, nonché scommesse "per telefono o per via telematica", in quanto integranti obbligazioni a carico delle stesse amministrazioni (contemplate dalla convenzione in base alla normativa regolamentare di riferimento), che, come tali, andavano a definire il complessivo perimetro dei reciproci diritti e obblighi del rapporto concessorio, rilevante nella fase attuativa del rapporto medesimo.

Dunque, la posizione conflittuale delle parti di detto rapporto è tale da collocarsi, complessivamente, nell'alveo dello schema qualificatorio del binomio "obbligo-pretesa" e non già di quello "potere-interesse", così da attivare direttamente, ai sensi della L. n. 1034 del 1971, art. 5 - ora art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. - la riserva di giurisdizione del giudice ordinario sulla presente controversia in quanto sussumibile tra quelle concernenti "indennità, canoni e altri corrispettivi"; di qui, la relativa compromettibilità in arbitri a prescindere da quanto previsto dalla L. n. 205 del 2000, art. 6, comma 2 (poi trasfuso nell'art. 12 c.p.a.).

4. - I ricorsi incidentali condizionati dei Ministeri.

4.1. - Le impugnazioni incidentali condizionate propongono tutte gli stessi due motivi.

a) Con il primo mezzo è dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 3,24 e 103 Cost., art. 1418 c.c., art. 829 c.p.c., comma 1, n. 1 e della L. n. 1034 del 1934, art. 5, per avere il giudice del merito disatteso la censura di nullità del lodo, là dove esso prevedeva la facoltà di declinatoria della competenza arbitrale solo in favore dei concessionari e non della pubblica amministrazione, disattendendo così i principi affermati dalla sentenza n. 152 del 1996 della Corte costituzionale.

b) Con il secondo mezzo è denunciata la violazione e falsa applicazione degli artt. 101,102,111,808 e 810 c.p.c., D.Lgs. n. 300 del 1999, artt. 62,66,73 e 74, nonché dell'art. 4, n. 4 e art. 17 dello statuto, deliberato con provvedimento del 13 dicembre 2000, n. 4, in relazione all'art. 829 c.p.c., comma 1, nn. 1, 2, 4, 7 e 9, per non aver la Corte territoriale considerato il trasferimento, dal 1 gennaio 2001, del rapporto concessorio dal Ministero delle Finanze all'Agenzia delle entrate e, quindi, all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, litisconsorti necessari, con conseguente difetto di legittimazione passiva dei Ministeri convenuti in arbitrato, l'inopponibilità della clausola compromissoria a tali enti e l'inoperatività dell'art. 111 c.p.c., per tutte le vicende contrattuali successive alla predetta data.

4.2. - I ricorsi incidentali condizionati sono inammissibili.

La pronuncia sulla giurisdizione da parte delle Sezioni Unite presuppone la risoluzione delle questioni che, rispetto ad essa, si pongono con carattere di pregiudizialità logico-giuridica; tra queste quelle relative all'ammissibilità dell'atto di appello (Cass., S.U., 10 gennaio 2003, n. 256), all'ammissibilità e alla procedibilità del ricorso per cassazione (Cass., S.U., 22 gennaio 2002, n. 711), alla nullità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio (Cass., S.U., 28 aprile 1976, n. 1492). Non si configurano, però, come

questioni pregiudiziali alla decisione in punto di giurisdizione quelle, inerenti a rapporto processuale già correttamente radicato dinanzi al giudice munito di giurisdizione, le questioni - dedotte con i motivi di ricorso incidentale condizionato - di nullità del lodo, sia per la facoltà di declinatoria della competenza arbitrale concessa solo in favore dei concessionari e non della pubblica amministrazione, sia per il difetto di legittimazione passiva dei Ministeri convenuti in relazione a una parte del rapporto concessorio.

Ciò posto, il giudice, qualora dichiari il proprio difetto di giurisdizione, si spoglia della *potestas iudicandi* con una pronuncia in rito completamente definitoria della causa dinanzi a sé, con la conseguenza che le ulteriori statuizioni (non rientranti, per l'appunto, in quelle a carattere di pregiudizialità logico-giuridico rispetto alla pronuncia sulla giurisdizione) sono svolte soltanto *ad abundantiam*, per cui è inammissibile, per difetto di interesse, l'impugnazione nella parte in cui pretenda un sindacato anche su tali statuizioni (Cass., S.U., 20 febbraio 2007, n. 3840; Cass., S.U., 27 novembre 2019, n. 31024).

Ne deriva, pertanto, l'inammissibilità dei ricorsi incidentali condizionati proposti nei vari giudizi dai Ministeri, ben potendo essi riproporre le questioni oggetto delle relative censure dinanzi al giudice del rinvio.

5. - Conclusioni.

5.1. - Devono essere dichiarati inammissibili i ricorsi incidentali della Agenzia Scommesse COMO di B.A. e C. s.n.c. (già Schiavio Casagrande & C. s.n.c.) e della G.A.I.T. s.r.l. (già G.A.I.T. Gestione Agenzia Ippica Terni s.n.c. di G.P. & C.).

La novità della questione giustifica la compensazione delle spese del giudizio di legittimità tra le predette Agenzie e tutte le altre parti.

5.2. - Il ricorso incidentale della Ippica Civitavecchia s.r.l. (già Ippica di P. & C. s.n.c.) va dichiarato inammissibile nei soli confronti dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli (già Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato).

5.3. - Vanno dichiarati inammissibili i ricorsi incidentali condizionati del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali.

Nei casi di impugnazione respinta integralmente o dichiarata inammissibile o improcedibile, l'obbligo di versare, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, nel testo introdotto dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, non può trovare applicazione nei confronti delle Amministrazioni dello Stato che, mediante il meccanismo della prenotazione a debito, sono esentate dal pagamento delle imposte e tasse che gravano sul processo (Cass., 29 gennaio 2016, n. 1778). Ciò esime dalla pronuncia dell'attestazione richiesta dal citato art. 13, comma 1-quater, essendo la debenza del contributo unificato iniziale esclusa dalla legge in modo assoluto e definitivo (Cass., S.U., 20 febbraio 2020, n. 4315).

5.4. - Devono trovare accoglimento - per quanto di ragione, nei termini di cui in motivazione - i ricorsi proposti (nei confronti dei Ministeri anzidetti) dalle restanti Agenzie ippiche in epigrafe indicate, con conseguente declaratoria della giurisdizione del giudice ordinario e, quindi, sussistenza della competenza degli arbitri dinanzi ai quali la causa dalle stesse Agenzie è stata proposta.

Ne consegue la cassazione della sentenza impugnata e il rinvio della causa alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, che provvederà anche alla regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

a) dichiara inammissibili i ricorsi incidentali della Agenzia Scommesse COMO di B.A. e C. s.n.c. (già Schiavio Casagrande & C. s.n.c.) e della G.A.I.T. s.r.l. (già G.A.I.T. Gestione Agenzia Ippica Terni s.n.c. di G.P. & C.) e compensa interamente le spese del giudizio di legittimità tra le medesime Agenzie e tutte le altre parti.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte delle anzidette ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del citato art. 13, comma 1-bis, se dovuto;

b) dichiara inammissibile nei soli confronti dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli (già Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato) il ricorso incidentale della Ippica Civitavecchia s.r.l. (già Ippica di P. & C. s.n.c.);

c) dichiara inammissibili i ricorsi incidentali condizionati del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali;

d) accoglie, nei termini di cui in motivazione, i ricorsi delle restanti Agenzie ippiche in epigrafe indicate e dichiara la giurisdizione del giudice ordinario;

cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, ad altra sezione della Corte d'appello di Roma.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 22 settembre 2020.

Depositato in Cancelleria il 26 ottobre 2020

Corte Costituzionale, 19/07/2013, n. 223

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:
- Franco GALLO Presidente
- Luigi MAZZELLA Giudice
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "
- Giuseppe FRIGO "
- Alessandro CRISCUOLO "
- Paolo GROSSI "
- Giorgio LATTANZI "
- Aldo CAROSI "
- Marta CARTABIA "
- Sergio MATTARELLA "
- Mario Rosario MORELLI "
- Giancarlo CORAGGIO "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 819-ter, secondo comma, del codice di procedura civile, nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'articolo 50 del codice di procedura civile, promossi da un Arbitro di Bologna con ordinanza del 13 novembre 2012 e dal Tribunale ordinario di Catania con ordinanza del 26 giugno 2012, iscritte ai nn. 38 e 62 del registro ordinanze 2013 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 10 e 14 prima serie speciale, dell'anno 2013.

Visti l'atto di costituzione di R.A. nonché gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 2 luglio 2013 e nella camera di consiglio del 3 luglio 2013 il Giudice relatore Luigi Mazzella;

uditi l'avvocato Marcello Marina per R.A. e l'avvocato dello Stato Attilio Barbieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1.- Con ordinanza emessa il 13 novembre 2012 in Bologna nel corso di un arbitrato rituale tra F.F. e la E.C. s.r.l. ed iscritta al n. 38 del registro ordinanze dell'anno 2013, l'arbitro ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, 24 e 11 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 819-ter, secondo comma, del codice di procedura civile, nella parte in cui prevede che nei rapporti tra arbitrato e processo non si applichino regole corrispondenti all'art. 50 del codice di procedura civile.

Il rimettente afferma che, con atto di citazione notificato il 4 marzo 2011 alla E.C. s.r.l., il socio F.F. aveva convenuto in giudizio la predetta società davanti al Tribunale ordinario di Bologna, impugnando la delibera assembleare del 6 dicembre 2010, trascritta in pari data nel libro delle decisioni dei soci. Con sentenza del 13 dicembre 2011, detto Tribunale aveva dichiarato la propria incompetenza in ragione della clausola compromissoria contenuta nello statuto della società che rimetteva alla decisione dell'arbitro unico, tra l'altro, le controversie relative alle deliberazioni sociali concernenti interessi individuali dei soci.

L'arbitro aggiunge che F.F., con ricorso depositato nella cancelleria del Tribunale ordinario di Bologna il 10 febbraio 2012, aveva proposto domanda per la nomina dell'arbitro. Nel corso del successivo procedimento davanti all'arbitro unico designato dal Presidente del Tribunale, la E.C. s.r.l. aveva eccepito in via preliminare la decadenza della controparte dall'impugnazione della delibera assembleare per decorrenza del termine di novanta giorni stabilito dall'art. 2479-ter del codice civile.

L'arbitro a quo sostiene che, ove non fossero fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda formulata nell'atto di citazione davanti al Tribunale di Bologna, si determinerebbe inevitabilmente una pronuncia di decadenza dall'azione proposta, mediante il ricorso per la nomina dell'arbitro, solamente in data 10 febbraio 2012, quando era ormai scaduto il termine stabilito dall'art. 2479-ter del codice civile. Ma a tale salvezza si oppone l'art. 819-ter, secondo comma, cod. proc. civ., il quale stabilisce che nei rapporti tra arbitrato e processo non si applica, tra l'altro, l'art. 50 del cod. proc. Civ., in virtù del quale, quando la riassunzione davanti al giudice dichiarato competente avviene nel termine fissato, il processo continua e pertanto, al fine di verificare l'ammissibilità della domanda in relazione ai termini di decadenza cui essa sia eventualmente sottoposta, occorre far riferimento all'originario atto introduttivo della lite.

Ad avviso del rimettente, così disponendo l'art. 819-ter, secondo comma, cod. proc. civ., si pone in contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., perché irragionevolmente ed in plateale disarmonia con la vigente disciplina codicistica che regola i rapporti tra i giudici ordinari e tra questi ultimi e quelli speciali, violando il diritto di difesa delle parti e i principi del giusto processo, determina, in caso di pronuncia di diniego della competenza del giudice ordinario adito in favore dell'arbitro, l'impossibilità, nel giudizio arbitrale successivamente instaurato, di far salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda, proposta davanti al giudice ordinario.

Secondo il rimettente, la reciproca estraneità fra giudizio statuale ed arbitrato non può giustificare, in caso di passaggio dall'uno all'altro, la mancata conservazione degli effetti dell'atto introduttivo, prevista invece nei rapporti tra il giudice ordinario e quello amministrativo, in forza delle pronunce della Corte di cassazione e della Corte costituzionale.

Al riguardo, l'arbitro a quo richiama la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 4109 del 2007, la quale, in base ad una lettura costituzionalmente orientata della disciplina della materia, ha ritenuto

che nell'ordinamento processuale sia stato dato ingresso al principio della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale e, viceversa, anche in caso di pronuncia resa sulla «giurisdizione».

Il rimettente aggiunge che, successivamente, questa Corte, con sentenza n. 77 del 2007, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), nella parte in cui non prevedeva che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione, evidenziando, nella motivazione, come il vigente codice di procedura civile, nel regolare questioni di rito - ed in particolare nella disciplina relativa all'individuazione del giudice competente - si ispira al principio per cui le disposizioni processuali non sono fini a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito, senza che sia possibile sacrificare il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al «bene della vita» oggetto della loro contesa.

L'arbitro a quo ricorda, poi, come il legislatore, preso atto dei descritti arresti giurisprudenziali, sia intervenuto a regolare i rapporti tra giudici appartenenti a diverse giurisdizioni, prima con l'art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), e poi con l'art. 11 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), norme in forza delle quali oggi, nel caso in cui il giudice adito dichiari il proprio difetto di giurisdizione, se il processo sia tempestivamente riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione, «sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda».

Il rimettente afferma anche che, pur volendo riconoscere la persistente problematicità dell'esatta qualificazione dei rapporti fra la giurisdizione ordinaria e quella arbitrale, occorre considerare che questa Corte, nella sentenza n. 376 del 2001, ha chiarito che il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statuali della giurisdizione, essendo potenzialmente fungibile con quello degli organi giurisdizionali.

Inoltre, con la riforma della disciplina dell'arbitrato introdotta dal decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80), i rapporti tra arbitro e giudice ordinario sono stati inequivocabilmente ricondotti nell'ambito della «competenza», come riconosciuto dalla successiva giurisprudenza di legittimità.

Pertanto l'art. 819-ter, secondo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui prevede che non si applichi l'art. 50 c.p.c. nei rapporti tra arbitrato e processo, comportando la mancata conservazione degli effetti dell'atto introduttivo in caso di riassunzione del processo nel termine di legge, contrasterebbe con il carattere della fungibilità della giurisdizione del giudice statale con quella dell'arbitro. Infatti, ad avviso del rimettente, pur volendo qualificare il compromesso come atto di rinuncia alla giurisdizione statale, non sarebbe possibile individuare la razionalità di un assetto normativo che, a fronte della medesima domanda giudiziale svolta originariamente innanzi ad un giudice ordinario, faccia conseguire la perdita irrimediabile degli effetti sostanziali e processuali derivanti dalla domanda nel caso in cui questa venga ritenuta improponibile dal

giudice adito poiché doveva essere promossa innanzi all'arbitro ed invece escluda qualsivoglia decadenza sostanziale o processuale quando sussista il difetto di competenza o di giurisdizione in favore di altro giudice ordinario o speciale.

2.- Nel giudizio di legittimità costituzionale è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale chiede che la questione sia dichiarata manifestamente infondata.

La difesa dello Stato sostiene che nel diritto processuale positivo non si rinvengono norme che dispongano in maniera chiara la piena equiparazione della disciplina del processo davanti al giudice togato con quella del procedimento arbitrale. Anzi, il sistema continua a basarsi sulla perdurante diversità ed estraneità fra giudizio statale ed arbitrato, a differenza di quanto si può affermare rispetto ai rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Inoltre occorre considerare che il compromesso costituisce un atto di rinuncia alla giurisdizione statale, frutto di una libera scelta delle parti che presuppone necessariamente la conoscenza delle conseguenze derivanti dalla differenziazione delle discipline dei due tipi di giudizio previste dall'ordinamento, tra le quali rientra anche l'impossibilità della riassunzione della causa davanti all'arbitro in caso di dichiarazione di incompetenza resa dal giudice statale e della conseguente conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

Ad avviso del Presidente del Consiglio dei ministri, la mancata previsione della *translatio iudicii* è da ricondurre alla discrezionalità del legislatore, la quale si basa sulla non completa assimilazione del giudizio statuale e di quello arbitrale in ragione della differenza ontologica derivante dalla libera scelta delle parti che caratterizza il secondo e, pertanto, non è fonte di alcuna lesione dei parametri costituzionali evocati dal rimettente. Del resto, aggiunge l'Avvocatura generale dello Stato, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 376 del 2001, ha affermato che il giudizio di arbitrale è fungibile solo "potenzialmente" con quello degli organi giurisdizionali.

3.- Nel corso di un giudizio civile promosso da A.R. contro la R.I. s.r.l. e avente ad oggetto l'impugnazione di una delibera dell'assemblea straordinaria dei soci, il Tribunale ordinario di Catania, con ordinanza iscritta al n. 62 del registro ordinanze dell'anno 2013, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui prevede che nei rapporti tra arbitrato e processo non si applichino regole corrispondenti all'art. 50 del codice di procedura civile.

Il giudice a quo espone che la società convenuta in giudizio ha eccepito l'improponibilità della domanda e la decadenza dall'azione in ragione della presenza, nello statuto sociale, di una clausola compromissoria.

Sulla non manifesta infondatezza della questione, il rimettente svolge argomentazioni identiche a quelle contenute nell'ordinanza di rimessione pronunciata dall'arbitro di Bologna riportate sopra al punto n. 1.

Sulla rilevanza, il Tribunale ordinario di Catania afferma che la pronuncia di incompetenza del giudice adito sull'impugnativa della delibera assunta dall'assemblea straordinaria dei soci, ove non fossero fatti salvi, mediante il meccanismo offerto dall'art. 50 cod. proc. civ., gli effetti sostanziali e processuali della domanda in precedenza proposta davanti al giudice ordinario, determinerebbe comunque la decadenza dell'attrice (ai

sensi dell'art. 2377, sesto comma, cod. civ.) dal potere di impugnare la medesima delibera innanzi all'arbitro unico designando.

4.- Nel giudizio di legittimità costituzionale si è costituita A.R., la quale chiede che la norma censurata sia dichiarata costituzionalmente illegittima.

La parte sostiene, anzitutto, che la questione è rilevante, perché, ove non fossero fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta davanti al giudice ordinario, la pronuncia di incompetenza di quest'ultimo determinerebbe la decadenza dal potere di impugnare la delibera societaria davanti all'arbitro designando.

Quanto al merito, A.R. afferma che, a seguito della sentenza di questa Corte n. 77 del 2007 e di quella della Corte di cassazione n. 4109 del 2007, nel caso in cui il giudice adito dichiari il proprio difetto di giurisdizione, la regola generale oggi vigente nell'ordinamento è quella della possibilità di prosecuzione del processo davanti al giudice munito di giurisdizione con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda. Pertanto l'art. 819-ter, secondo comma, cod. proc. civ., stabilendo che nei rapporti tra arbitrato e processo non si applica l'art. 50 cod. proc. civ., contrasta con l'art. 3 Cost., sia perché tratta in modo diverso cittadini che versano in situazioni identiche, sia per carenza di ragionevolezza interna ed esterna.

Ad avviso della parte, sussiste lesione anche degli artt. 24 e 111 Cost., che assicurano ad ogni parte il diritto ad un giusto processo, così come previsto anche dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

5.- Nel giudizio di legittimità costituzionale è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale chiede che la questione sia dichiarata manifestamente inammissibile o manifestamente infondata.

La difesa dello Stato sostiene che la questione è inammissibile, perché oggetto del giudizio principale è la pregiudiziale arbitrale, onde il rimettente dovrà decidere solamente sulla competenza propria o dell'arbitro, mentre la decadenza della parte attrice dal potere di impugnazione della delibera assembleare è questione che si potrà porre nell'eventuale giudizio arbitrale successivamente instaurato.

Con riferimento al merito della questione, l'Avvocatura generale dello Stato svolge argomentazioni analoghe a quelle sostenute nell'atto di intervento nel giudizio di costituzionalità promosso dall'arbitro unico di Bologna e riportate sopra al punto n. 2.

6.- In prossimità dell'udienza di discussione, A.R. ha depositato una memoria nella quale ha ribadito la rilevanza della questione, affermando che, ove non fossero fatti salvi - mediante il meccanismo previsto dall'art. 50 cod. proc. civ. - gli effetti processuali e sostanziali della domanda proposta davanti al giudice ordinario, la pronuncia del Tribunale relativa alla devoluzione ad arbitri dell'impugnativa della delibera dell'assemblea dei soci determinerebbe la decadenza (ai sensi dell'art. 2377, sesto comma, cod. civ.) dal potere di impugnare la medesima delibera davanti all'arbitro designando. Né potrebbe opinarsi diversamente, sostenendo che a sollevare la questione dovrebbe essere proprio l'arbitro, perché questi, una volta investito del giudizio di impugnazione della delibera assembleare, si dovrebbe limitare a dichiarare l'inammissibilità della domanda per intervenuta decadenza.

Nel merito, la parte privata ripercorre l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di *translatio iudicii* tra giurisdizioni diverse e aggiunge che il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost. esige che la domanda proposta dal soggetto sia esaminata nel merito dal giudice e che il processo si concluda con una sentenza idonea a dare una risposta in ordine al bene della vita oggetto della lite.

Inoltre, con riferimento all'art. 3 Cost., ad avviso della parte debbono essere ravvisate la violazione del principio di uguaglianza in senso formale e la mancata assimilazione di categorie di soggetti omogenee, nonché la carenza di ragionevolezza interna ed esterna della norma censurata. Questa, infatti, tratta in modo diverso cittadini che versano in analoghe o identiche situazioni, ponendo in essere una disparità di trattamento non giustificata da ragionevoli motivi.

La parte privata aggiunge che il principio del giusto processo è oggi testualmente consacrato nell'art. 111 Cost. come diritto di ogni cittadino di rivolgersi alla giustizia senza timore di alchimie processuali o di decisioni di rito discrezionali che impediscano il sereno esame della vicenda portata all'attenzione del giudice.

Considerato in diritto

1.- Il Tribunale ordinario di Catania e l'arbitro di Bologna dubitano, in riferimento agli articoli 3, 24 e 111 della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, del codice di procedura civile, nella parte in cui prevede che nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti all'art. 50 dello stesso codice.

Ad avviso di entrambi i rimettenti, la norma censurata contrasterebbe con i menzionati parametri costituzionali perché, irragionevolmente e in disarmonia con la vigente disciplina del codice di rito relativa ai rapporti tra i giudici ordinari e tra questi e quelli speciali, violando il diritto di difesa e i principi del giusto processo, determina, in caso di pronuncia del giudice ordinario di diniego della propria competenza a favore di quella dell'arbitro, l'impossibilità di far salvi gli effetti sostanziali e processuali dell'originaria domanda proposta dall'attore davanti al giudice ordinario.

2.- In ragione dell'identità delle questioni sollevate, i giudizi debbono essere riuniti per essere definiti con unica decisione.

3.- Successivamente alla pronuncia dell'ordinanza di rimessione, la giurisprudenza di legittimità si è espressa, con una isolata pronuncia, nel senso che l'art. 819-ter, secondo comma, cod. proc. civ., laddove afferma che «nei rapporti tra arbitrato e processo» non si applica l'art. 50 cod. proc. civ., riguarderebbe solo il caso in cui siano gli arbitri ad escludere la loro competenza ed a riconoscere quella del giudice ordinario; allorquando, invece (come nel caso dei giudizi *a quibus*), sia il giudice togato a dichiarare la propria incompetenza a beneficio di quella degli arbitri, sarebbe possibile la riassunzione dinanzi agli arbitri nel termine fissato o, in mancanza, in quello previsto dall'art. 50, con salvezza degli effetti sostanziali della domanda (ordinanza n. 22002 del 2012).

Una simile interpretazione della norma censurata - che non costituisce diritto vivente - si basa, però, su argomentazioni fragili, fondandosi esclusivamente sulla constatazione che il secondo comma dell'art. 819-

ter menziona i rapporti «fra arbitrato e processo» e non anche quelli «fra processo e arbitrato». È evidente la debolezza dell'argomento: l'espressione utilizzata dalla norma è tale da comprendere, in generale, qualsiasi tipo di rapporto che può intercorrere, rispetto ad una stessa causa, tra arbitri e giudici. Del resto, i giudici di legittimità non hanno chiarito quale sarebbe la ratio della diversità di trattamento che discende dall'interpretazione della norma da essi fatta propria e, cioè, per quale motivo la causa potrebbe proseguire davanti all'arbitro se è il giudice a dichiarare la propria incompetenza e invece dovrebbe essere riproposta ex novo davanti al giudice ove fosse l'arbitro a dichiararsi incompetente.

L'interpretazione fornita dalla Corte di cassazione è smentita, poi, da inequivoci elementi letterali. Primo fra tutti, la rubrica della norma, intitolata, anch'essa, ai «Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria»; volendo seguire il ragionamento della citata ordinanza n. 22002 del 2012, da una simile indicazione si dovrebbe dedurre che l'intero art. 819-ter sia dedicato al caso in cui è l'arbitro a dichiarare la propria incompetenza. Al contrario, dal primo comma dell'articolo emerge chiaramente che esso tratta di aspetti relativi in generale ai rapporti tra i due soggetti e, anzi, dedica due specifiche disposizioni (il secondo ed il terzo periodo) al caso in cui è il giudice a dichiararsi incompetente. Ne deriva che il successivo secondo comma, nell'escludere l'applicabilità di una serie di norme del codice di rito in tema di competenza, ha sicuramente riguardo anche alle ipotesi in cui, appunto, la causa sia stata originariamente proposta davanti al giudice che si sia poi dichiarato incompetente. E ciò senza considerare che l'eccezione di incompetenza dell'arbitro è disciplinata specificamente dall'art. 817 cod. proc. civ., onde, se davvero la norma espressa dal secondo comma dell'art. 819-ter avesse ad oggetto esclusivamente il caso in cui l'arbitro si dichiari incompetente, sarebbe stato più logico il suo inserimento nel citato art. 817.

Si deve dunque concludere nel senso che l'art. 819-ter, secondo comma, cod. proc. civ., inibisce l'applicazione di regole corrispondenti a quelle enunciate dall'art. 50 cod. proc. civ., tanto nel caso in cui sia l'arbitro a dichiararsi incompetente a favore del giudice statale, quanto nell'ipotesi inversa.

4.- Nel merito, la questione sollevata dall'arbitro di Bologna è ammissibile e fondata.

Come già riconosciuto da questa Corte (sentenza n. 77 del 2007) gli artt. 24 e 111 Cost. attribuiscono all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi ed impongono che la disciplina dei rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi si ispiri al principio secondo cui l'individuazione del giudice munito di giurisdizione non deve sacrificare il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa. Da tale constatazione discende, tra l'altro, la conseguenza della necessità della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda nel caso in cui la parte erri nell'individuazione del giudice munito della giurisdizione.

Tali principi si impongono anche nei rapporti tra arbitri e giudici, perché la possibilità che le parti affidino la risoluzione delle loro controversie a privati invece che a giudici è la conseguenza di specifiche previsioni dell'ordinamento.

Questa Corte, al fine di verificare la sussistenza della legittimazione degli arbitri a sollevare questioni di legittimità costituzionale, ha riconosciuto che «l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini

della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie» e ha affermato che il giudizio degli arbitri «è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione» (sentenza n. 376 del 2001).

Sul piano della disciplina positiva dell'arbitrato, poi, è indubbio che, con la riforma attuata con il decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80), il legislatore ha introdotto una serie di norme che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. Anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire ad un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del *dictum* del giudice statale.

Rilevano, al riguardo: l'art. 816-quinquies (sull'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e sull'applicabilità allo stesso dell'art. 111 cod. proc. civ. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso), l'art. 819-bis (nella parte in cui presuppone la possibilità per gli arbitri di sollevare questioni di legittimità costituzionale), l'art. 824-bis (che ricollega al lodo, fin dalla sua sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria).

Anche dall'esame della disciplina sostanziale emerge che, sotto molti aspetti, l'ordinamento attribuisce alla promozione del giudizio arbitrale conseguenze analoghe a quelle dell'instaurazione della causa davanti al giudice. Infatti, il codice civile, sia in materia di prescrizione (artt. 2943 e 2945), sia in materia di trascrizione (artt. 2652, 2653, 2690, 2691), equipara espressamente alla domanda giudiziale l'atto con il quale la parte promuove il procedimento arbitrale.

Pertanto, nell'ambito di un ordinamento che riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione (ove assunta nel rispetto delle norme del codice di procedura civile) ha l'efficacia propria delle sentenze dei giudici, l'errore compiuto dall'attore nell'individuare come competente il giudice piuttosto che l'arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere, dall'organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite.

Se, quindi, il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità in materia, struttura l'ordinamento processuale in maniera tale da configurare l'arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale, è necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse.

Una di queste misure è sicuramente quella diretta a conservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta davanti al giudice o all'arbitro incompetenti, la cui necessità ai sensi dell'art. 24 Cost. sembra porsi alla stessa maniera, tanto se la parte abbia errato nello scegliere tra giudice ordinario e giudice speciale, quanto se essa abbia sbagliato nello scegliere tra giudice e arbitro. Ed invece la norma censurata, non consentendo l'applicabilità dell'art. 50 cod. proc. civ., impedisce che la causa possa proseguire davanti all'arbitro o al giudice competenti e, conseguentemente, preclude la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda.

Deve essere dichiarata, pertanto, l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 del codice di procedura civile, ferma la parte restante dello stesso art. 819-ter.
5.- La questione sollevata dal Tribunale ordinario di Catania è assorbita.

per questi motivi
LA CORTE COSTITUZIONALE
riuniti i giudizi,
dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 819-ter, secondo comma, del codice di procedura civile, nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'articolo 50 del codice di procedura civile.
Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 16 luglio 2013.
DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 19 LUG. 2013.

Cassazione civile sez. un., 28/11/2017, n. 28361

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CANZIO Giovanni - Primo Presidente -
Dott. SCHIRO' Stefano - Presidente di sez. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di sez. -
Dott. NAPPI Aniello - Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -
Dott. ARMANO Uliana - Consigliere -
Dott. D'ASCOLA Pasquale - rel. Consigliere -
Dott. BARRECA Giuseppina Luciana - Consigliere -
Dott. FALASCHI Milena - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso 15139/2015 proposto da:
COMUNE DI MONDRAGONE, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA SAN LORENZO IN LUCINA 26, presso lo studio dell'avvocato ERNESTO STICCHI DAMIANI, che lo rappresenta e difende;
- ricorrente -

contro C.O.V.I.M. S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA TERENZIO 7, presso lo STUDIO TITOMANLIO-ABBAMONTE, rappresentata e difesa dagli avvocati SERGIO TURTURIELLO, GIUSEPPE ABBAMONTE e ARMANDO DANILO PECORARO;
- controricorrente -

avverso la sentenza della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata in data 9/12/2014;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 04/04/2017 dal consigliere dott. PASQUALE D'ASCOLA;
udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale dott. FUZIO Riccardo, che ha concluso per il rigetto del ricorso;
uditi gli avvocati Francesco Mangazzo per delega dell'avvocato Ernesto Sticchi Damiani e Sergio Turturiello.

FATTI DI CAUSA

1) La controversia, si legge in principio di ricorso, concerne la richiesta da parte di COVIM s.r.l. della revisione del canone di appalto per il servizio di spazzamento e raccolta rifiuti svolto per il comune di Mondragone fra il 13 settembre 1991 e il 15 aprile 1999.

La società aveva adito un Collegio Arbitrale che si era dichiarato carente di giurisdizione in favore del giudice amministrativo.

Il Tar Campania, cui Covim si era quindi rivolta con ricorso n. 12169/2000, aveva riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario. La sentenza del Tar, recante il n. 15614 del 2007 era passata in giudicato (ricorso pag. 2).

Covim il 30 giugno 2008 notificava quindi al comune di Mondragone nuovo atto "di accesso arbitrale e contestuale nomina di arbitro".

Il lodo arbitrale, reso il 18-29 novembre 2011, rigettava l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario e condannava il Comune al pagamento dell'importo di circa 848 mila euro oltre interessi legali dal 1998.

La Corte di appello di Napoli con sentenza 9 dicembre 2014 ha rigettato l'impugnazione del lodo.

2) Il ricorso del comune di Mondragone, rivolto alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione, consta di due motivi, illustrati da memoria.

La società intimata ha resistito con controricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

3) Con il primo motivo parte ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 324 c.p.c. e art. 2909 c.c. nonché del D.L. n. 333 del 1992, art. 3.

Il Comune critica la sentenza della Corte distrettuale perché avrebbe ritenuto che la questione inerente la giurisdizione dell'Ago non sarebbe soggetta a riesame a causa del vincolo di giudicato formatosi sulla pronuncia del Tar n. 15614.

Il complesso ricorso sotto un primo profilo nega che si sia formato un vincolo di giudicato sostanziale e sostiene che il giudicato formale formatosi esclusivamente sulla giurisdizione è superato dallo *ius superveniens* che avrebbe attribuito la materia de qua al giudice amministrativo.

La doglianza è infondata: essa si scontra con il rilievo della Corte di appello secondo cui il processo instauratosi dopo al declinatoria della giurisdizione costituirebbe una naturale prosecuzione dell'unico giudizio, circostanza questa che vanifica il primo profilo di ricorso.

Parte ricorrente, consapevole della difficoltà, deduce (e lo ribadisce in memoria) che questa affermazione della Corte di appello sarebbe in "palese contraddizione" con quanto "stabilito dagli arbitri", secondo i quali l'arbitrato non configurava riassunzione del giudizio definito dal giudice amministrativo. Tale affermazione non sarebbe stata censurata davanti al giudice di appello e quindi questi ne sarebbe stato vincolato.

La doglianza è infondata, atteso che la tesi giuridica enunciata dagli arbitri non costituiva statuizione su un capo di domanda, sulla quale avrebbe potuto sorgere il dovere di impugnazione in capo alla parte totalmente vincitrice sulla questione di giurisdizione e sul merito. Trattavasi della configurazione giuridica della

questione inerente la giurisdizione, discussa in Corte di appello e qui riproposta, con il conseguente pieno potere del giudice territoriale di individuare la soluzione giuridicamente esatta per confermare la sussistenza della propria giurisdizione.

Pertanto la Corte di appello non ha commesso la violazione addebitatale allorquando, facendo leva sulla applicabilità della *transiatio iudicii* già prima dell'entrata in vigore della L. n. 69 del 2009 e citando Cass SU 4109/2007 e Corte Cost. n. 77/07, ha ritenuto che il giudizio arbitrale fosse la prosecuzione di quello instaurato davanti al Tar, con il conseguente effetto vincolante della statuizione sulla giurisdizione resa dal Tar e non impugnata dal Comune davanti al giudice amministrativo di appello.

4) Parte ricorrente, "a prescindere dagli argomenti" sopraesaminati, deduce che la Corte di appello avrebbe errato nel valutare la portata della sentenza del Tar. Espone che la Corte non avrebbe compreso che il comune aveva dimostrato che il contratto del 1993 era stato stipulato (ricorso pag. 17) nella vigenza del D.L. n. 333 del 1992, art. 3 il quale vietava imperativamente la revisione prezzo in materia di appalti, con al conseguenza che la clausola contrattuale era affetta da nullità, nullità di cui il Tar nella sentenza 15614 non era stato "chiamato ad occuparsi". Assume quindi che la Corte poteva assumere "valutazioni diverse circa la giurisdizione, come tale superabile dallo *ius superveniens*".

La tesi è infondata.

L'eventuale errore commesso dal Tar nell'affermare la giurisdizione senza tener conto della norma già entrata in vigore non avrebbe potuto essere corretto dalla Corte di appello. Quest'ultima, nel giudicare sul medesimo processo, deciso dagli arbitri ai quali il Tar aveva rimesso la causa doveva attenersi al giudicato formatosi a causa proprio della mancata impugnazione al Consiglio di Stato della sentenza 15614, organo giurisdizionale davanti al quale avrebbe dovuto essere proposta la doglianza relativa alla nullità della clausola e alla non configurabilità della giurisdizione ordinaria.

Bene ha fatto quindi la Corte di appello in primo luogo a rilevare che si era formato il giudicato e in secondo luogo ad osservare che la nullità della clausola pattizia poteva semmai rilevare per la decisione sul merito della pretesa e non ai fini della giurisdizione.

Invano parte ricorrente osserva in proposito che le Sezioni Unite, giudice del fatto, potrebbero correggere tale decisione perché la statuizione sulla giurisdizione si fonda sulla qualificazione del rapporto dedotto in giudizio.

Nel caso in esame il *dictum* della Corte partenopea non fa leva sulla qualificazione del rapporto, ma sulla constatazione che la questione di giurisdizione è caduta in giudicato in forza dell'ineccepibile rilievo che la nullità della clausola di revisione prezzi poteva incidere, in ipotesi, sull'esistenza del diritto (il c.d. "merito") e non sulla qualificazione della pretesa, già chiara nella sua individuazione.

5) Il secondo motivo denuncia la violazione del D.Lgs. n. 163 del 2006, artt. 253 e 244. Parte ricorrente critica la Corte di appello perché avrebbe conferito natura processuale alla normativa di portata sostanziale che aveva escluso la revisione prezzi salvo alcune esclusioni. Assume che secondo l'art. 5 c.p.c., che sarebbe stato violato, la giurisdizione si determina al momento della domanda. Invoca pertanto l'art 244 che stabiliva la giurisdizione amministrativa in materia di revisione prezzi e la continuità normativa successiva. Di qui

trae l'erroneità dell'affermazione della Corte d'appello secondo la quale le norme sopravvenute al 2008 non potrebbero essere rilevanti.
La censura è priva di fondamento perché torna scontrarsi con la circostanza che in relazione all'unitario giudizio, l'affermazione sulla giurisdizione resa dal Tar, non impugnata, non può essere ridiscussa, quand'anche errata per la mancata o errata considerazione di norme vigenti, diffusamente illustrate soprattutto in memoria conclusiva.
6) Discende da quanto esposto il rigetto del ricorso e la condanna alla refusione delle spese di lite, liquidate in dispositivo, in relazione al valore della controversia.
Va dato atto della sussistenza delle condizioni per il raddoppio del contributo unificato.

P.Q.M.
La Corte rigetta il ricorso.
Condanna parte ricorrente alla refusione a controparte delle spese di lite liquidate in Euro 7.000 (settemila) per compenso, 200 per esborsi, oltre accessori di legge, rimborso delle spese generali (15%).
Dà atto della sussistenza delle condizioni di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, per il versamento di ulteriore importo a titolo di contributo unificato.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite civili, il 4 aprile 2017.
Depositato il 28 novembre 2017

Corte giustizia UE grande sezione, 10/02/2009, n. 185

Nel procedimento C-185/07,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi degli artt. 68 CE e 234 CE, dalla House of Lords (Regno Unito), con decisione 28 marzo 2007, pervenuta in cancelleria il 2 aprile 2007, nella causa
Allianz Spa, già Riunione Adriatica di Sicurtà Spa,
Generali Assicurazioni Generali SpA
contro
West Tankers Inc.,

LA CORTE (Grande Sezione),
composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts e A. Ó Caoimh, presidenti di sezione, dai sigg. P. Kuris, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, J. Klucka (relatore), E. Levits e L. Bay Larsen, giudici,
avvocato generale: sig.ra J. Kokott
cancelliere: sig.ra K. Sztranc-Slawiczek, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 10 giugno 2008,
considerate le osservazioni presentate:
- per l'Allianz Spa, già Riunione Adriatica di Sicurtà Spa, e per la Generali Assicurazioni Generali SpA, dal sig. S. Males, QC, assistito dal sig. S. Masters, barrister;
- per la West Tankers Inc., dal sig. I. Chetwood, solicitor, assistito dai sigg. T. Brenton e D. Bailey, barristers;
- per il governo del Regno Unito, dalle sig.re V. Jackson e S. Behzadi-Spencer, in qualità di agenti, assistite dai sigg. V. Veeder e A. Layton, QC;
- per il governo francese, dal sig. G. de Bergues e dalla sig.ra A.-L. During, in qualità di agenti;
- per la Commissione delle Comunità europee, dalla sig.ra A.-M. Rouchaud-Joët e dal sig. M. Wilderspin, in qualità di agenti,
sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 4 settembre 2008,
ha pronunciato la seguente

Sentenza
1 La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione del regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2001, L 12, pag. 1).
2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, l'Allianz Spa, già Riunione Adriatica di Sicurtà SpA (in prosieguo: l'«Allianz»), e la Generali Assicurazioni Generali SpA (in

prosieguo: la «Generali») e, dall'altro, la West Tankers Inc. (in prosieguo: la «West Tankers»), vertente sulla sussistenza della responsabilità extracontrattuale a carico della West Tankers.

Contesto normativo

Il diritto internazionale

3 La Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, firmata a New York il 10 giugno 1958 (Raccolta dei trattati delle Nazioni Unite, vol. 330, pag. 3; in prosieguo: la «Convenzione di New York»), stabilisce al suo art. II, n. 3, quanto segue:

«Il tribunale di uno Stato contraente, cui sia sottoposta una controversia su una questione per la quale le parti hanno concluso un accordo secondo il presente articolo, rinvierà le medesime, a domanda d'una di esse, a un arbitrato, sempreché non riscontri che il detto accordo sia caduco, inoperante o non sia suscettivo d'essere applicato».

Il diritto comunitario

4 Ai sensi del venticinquesimo 'considerando' del regolamento n. 44/2001:

«Il rispetto degli impegni internazionali assunti dagli Stati membri implica che il presente regolamento non incida sulle convenzioni alle quali gli Stati membri aderiscono e che riguardano materie speciali».

5 L'art. 1, nn. 1 e 2, di tale regolamento enuncia:

«1. Il presente regolamento si applica in materia civile e commerciale, indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale. Esso non concerne, in particolare, la materia fiscale, doganale ed amministrativa.

2. Sono esclusi dal campo di applicazione del presente regolamento:

(...)

d) l'arbitrato».

6 L'art. 5 del detto regolamento dispone:

«La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro:

(...)

3) in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire;

(...)».

Il diritto nazionale

7 L'art. 37, n. 1, del Supreme Court Act (legge sulla Corte suprema) del 1981 dispone:

«La High Court è competente a pronunciare un'ingiunzione, con ordinanza provvisoria o definitiva, in tutti i casi in cui essa lo ritenga giusto ed opportuno (...)».

8 L'Arbitration Act (legge sull'arbitrato) del 1996 prevede al suo art. 44, intitolato «Poteri giurisdizionali che possono essere esercitati in ausilio al procedimento arbitrale», quanto segue:

«1) Salvo diverso accordo tra le parti, al giudice è riconosciuto, ai fini del procedimento arbitrale e in relazione ad esso, lo stesso potere di emettere ingiunzioni, nelle materie di seguito elencate, che ad esso compete ai fini del procedimento giudiziario e in relazione ad esso.

2) Tali materie sono le seguenti:
(...)
e) la concessione di un'ingiunzione provvisoria (...)».

Causa principale e questione pregiudiziale

9 Nell'agosto 2000 la Front Comor, una nave appartenente alla West Tankers e noleggiata dalla Erg Petroli SpA (in prosieguo: la «Erg»), a Siracusa (Italia), urtava contro un molo di proprietà della Erg, causando danni. Il contratto di noleggio sottostava al diritto inglese e conteneva una clausola che prevedeva un arbitrato (in prosieguo: l'«accordo arbitrale») a Londra (Regno Unito).

10 La Erg si rivolgeva ai suoi assicuratori, l'Allianz e la Generali, per ottenere un'indennità nei limiti della sua copertura assicurativa e avviava, a Londra, un procedimento arbitrale contro la West Tankers per la parte eccedente. La West Tankers contestava la sua responsabilità per i danni causati dall'urto.

11 Dopo aver versato alla Erg, in base alle polizze assicurative, l'indennità per il danno da essa subito, il 30 luglio 2003 l'Allianz e la Generali intentavano dinanzi al Tribunale di Siracusa un'azione avverso la West Tankers per il recupero delle somme versate alla Erg. Esse si basavano sul loro diritto di surrogazione legale nei diritti della Erg, ai sensi dell'art. 1916 del codice civile italiano. La West Tankers sollevava un'eccezione di incompetenza di tale giudice fondata sull'esistenza dell'accordo arbitrale.

12 Parallelamente la West Tankers dava inizio, il 10 settembre 2004, a un procedimento dinanzi alla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) (Regno Unito), chiedendo che fosse dichiarato che la controversia tra essa stessa, da un lato, e l'Allianz e la Generali, dall'altro, doveva essere sottoposta all'arbitrato in forza dell'accordo arbitrale contenuto nel contratto di noleggio. La West Tankers chiedeva altresì la pronuncia di un provvedimento inibitorio che vietasse all'Allianz e alla Generali di ricorrere ad un procedimento diverso da quello arbitrale e di proseguire il procedimento avviato dinanzi al Tribunale di Siracusa (in prosieguo: l'«anti-suit injunction»).

13 Con decisione 21 marzo 2005, la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) accoglieva le domande della West Tankers e pronunciava l'anti-suit injunction chiesta nei confronti della Allianz e della Generali. Queste ultime impugnavano tale pronuncia dinanzi alla House of Lords. Esse rilevavano che la pronuncia di una siffatta ingiunzione violava il regolamento n. 44/2001.

14 La House of Lords si è anzitutto riferita alle sentenze 9 dicembre 2003, causa C-116/02, Gasser (Racc. pag. I-14693), e 27 aprile 2004, causa C-159/02, Turner (Racc. pag. I-3565), che avrebbero sostanzialmente dichiarato che un provvedimento inibitorio che vieti ad una parte di avviare o proseguire un procedimento dinanzi ad un giudice di uno Stato membro non può essere compatibile con il sistema stabilito dal regolamento n. 44/2001, quand'anche esso fosse pronunciato dal giudice competente ai sensi di tale regolamento. Ciò sarebbe dovuto al fatto che detto regolamento fornisce un insieme completo di disposizioni uniformi sull'attribuzione di competenze agli organi giurisdizionali degli Stati membri, che devono avere reciproca fiducia nella corretta applicazione di dette regole.

15 Tuttavia, secondo la House of Lords, questo principio non potrebbe essere esteso all'arbitrato, che in base all'art. 1, n. 2, lett. d), del regolamento n. 44/2001 sarebbe completamente escluso dall'ambito di

applicazione di quest'ultimo. In tale materia non esisterebbe un insieme di regole comunitarie uniformi, condizione necessaria affinché la fiducia reciproca tra gli organi giurisdizionali degli Stati membri possa instaurarsi ed operare. Inoltre, dalla sentenza 25 luglio 1991, causa C-190/89, Rich (Racc. pag. I-3855), risulta che l'esclusione operata all'art. 1, n. 2, lett. d), del regolamento n. 44/2001 si applica non soltanto ai procedimenti arbitrali in quanto tali, ma altresì ai procedimenti giudiziari aventi ad oggetto l'arbitrato. La sentenza 17 novembre 1998, causa C-391/95, Van Uden (Racc. pag. I-7091) avrebbe precisato che l'arbitrato costituisce oggetto di un procedimento quando quest'ultimo è diretto a salvaguardare il diritto di comporre la controversia mediante arbitrato, fattispecie che corrisponde a quella della causa principale.

16 La House of Lords afferma inoltre che, poiché l'intera materia arbitrale si trova al di fuori dell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, l'ingiunzione indirizzata alla Allianz e alla Generali, che vieta loro di ricorrere ad un procedimento diverso dall'arbitrato e di proseguire il procedimento dinanzi al Tribunale di Siracusa, non potrebbe violare il detto regolamento.

17 Infine, la House of Lords rileva che i giudici del Regno Unito emettono anti-suit injunctions da numerosi anni. Tale prassi sarebbe secondo la stessa un mezzo efficace per il giudice della sede dell'arbitrato che esercita il suo controllo su quest'ultimo, in quanto favorisce la certezza giuridica riducendo le possibilità di conflitto tra il lodo arbitrale e la pronuncia di un giudice nazionale. Inoltre, se detta prassi fosse altresì adottata dai giudici degli altri Stati membri, essa contribuirebbe alla competitività della Comunità europea rispetto ai centri mondiali di arbitrato quali New York, le Bermuda e Singapore.

18 Pertanto, la House of Lords ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se sia compatibile con il regolamento (CE) n. 44/2001 il fatto che il giudice di uno Stato membro emetta un divieto indirizzato ad un soggetto di intraprendere o continuare un procedimento in un altro Stato membro, in base al fatto che tale procedimento viola un accordo arbitrale».

Sulla questione pregiudiziale

19 Con la sua questione la House of Lords chiede, in sostanza, se l'adozione, da parte di un giudice di uno Stato membro, di un provvedimento inibitorio diretto a vietare ad una persona di avviare o proseguire un procedimento dinanzi ai giudici di un altro Stato membro, per il motivo che un siffatto procedimento violerebbe un accordo arbitrale, sia incompatibile con il regolamento n. 44/2001, anche se l'art. 1, n. 2, lett. d), di detto regolamento esclude l'arbitrato dall'ambito di applicazione del medesimo.

20 Una anti-suit injunction, come quella di cui alla causa principale, può essere indirizzata all'attore, attuale o potenziale, di un procedimento giudiziario all'estero. Come ha sottolineato l'avvocato generale al paragrafo 14 delle sue conclusioni, nel caso in cui il destinatario di una siffatta ingiunzione non vi ottemperi, egli si espone ad azioni giudiziarie per oltraggio alla Corte, sanzionabile con pene che vanno fino alla detenzione o alla confisca dei beni.

21 Sia la West Tankers sia il governo del Regno Unito ritengono che un'ingiunzione siffatta non può essere incompatibile con il regolamento n. 44/2001, in quanto l'art. 1, n. 2, lett. d), di quest'ultimo esclude l'arbitrato dal suo ambito di applicazione.

22 Al riguardo si deve ricordare che, per stabilire se una controversia rientri nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, deve essere preso in considerazione soltanto l'oggetto del procedimento (sentenza Rich, cit., punto 26). Più precisamente, l'appartenenza all'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001 è determinata dalla natura dei diritti che il procedimento in parola mira a tutelare (sentenza Van Uden, cit., punto 33).

23 Un procedimento, come quello del caso di specie, che si conclude con l'adozione di una anti-suit injunction, non può pertanto rientrare nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001.

24 Tuttavia, pur non rientrando nell'ambito di applicazione di tale regolamento, un procedimento può avere conseguenze che ne pregiudicano l'effetto utile, vale a dire può impedire la realizzazione degli obiettivi di unificazione delle norme sui conflitti di competenza in materia civile e commerciale e la libera circolazione delle decisioni in questa stessa materia. Ciò si verifica in particolare quando un tale procedimento impedisce ad un giudice di un altro Stato membro di esercitare le competenze che gli sono attribuite in forza del regolamento n. 44/2001.

25 Occorre dunque esaminare se il procedimento avviato dalla Allianz e dalla Generali contro la West Tankers dinanzi al Tribunale di Siracusa rientri esso stesso nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001 e, successivamente, quali siano gli effetti dell'anti-suit injunction su tale procedimento.

26 Al riguardo si deve considerare, come osserva l'avvocato generale ai paragrafi 53 e 54 delle sue conclusioni, che se in base all'oggetto della controversia, vale a dire in base alla natura dei diritti da tutelare in un procedimento, quali quelli a fondamento di una domanda di risarcimento danni, tale procedimento rientra nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, altresì vi rientra una questione preliminare riguardante l'applicabilità e, in particolare, la validità di un accordo arbitrale. Tale conclusione è avvalorata dal punto 35 della relazione in merito all'adesione della Repubblica ellenica alla convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'osservanza delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 1972, L 299, pag. 32; in prosieguo: la «Convenzione di Bruxelles»), presentata dai sigg. Evrigenis e Kerameus (JO 1986, C 298, pag. 1). Esso indica che il controllo incidentale della validità della clausola arbitrale, richiesto da una parte per contestare la competenza della giurisdizione dinanzi alla quale è intentata la causa conformemente alla Convenzione di Bruxelles, rientra nell'ambito di applicazione di quest'ultima.

27 Ne consegue che l'eccezione di incompetenza sollevata dalla West Tankers dinanzi al Tribunale di Siracusa, basata sull'esistenza di un accordo arbitrale e comprendente la questione della validità di quest'ultimo, rientra nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, e che quindi spetta esclusivamente a tale giudice statuire su tale eccezione e sulla propria competenza ai sensi degli artt. 1, n. 2, lett. d), e 5, punto 3, di tale regolamento.

28 Pertanto, il fatto di impedire, mediante una anti-suit injunction, ad un giudice di uno Stato membro, di regola competente per dirimere una controversia ai sensi dell'art. 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001, di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. d), di tale regolamento, sull'applicabilità stessa di quest'ultimo alla controversia dinanzi ad esso, equivale necessariamente a togliergli il potere di statuire sulla propria competenza in forza del regolamento n. 44/2001.

29 Ne consegue, anzitutto, che una anti-suit injunction, come quella di cui alla causa principale, non rispetta, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 57 delle sue conclusioni, il principio generale risultante dalla giurisprudenza della Corte relativa alla Convenzione di Bruxelles, secondo cui ciascun giudice adito accerta esso stesso, in forza delle disposizioni ad esso applicabili, la propria competenza a pronunciarsi sulla controversia ad esso sottoposta (v., in tal senso, sentenza Gasser, cit., punti 48 e 49). Al riguardo si deve ricordare che il regolamento n. 44/2001 non autorizza, salvo limitate eccezioni, senza pertinenza con la causa principale, il sindacato della competenza di un giudice di uno Stato membro da parte di un giudice di un altro Stato membro (sentenze 27 giugno 1991, causa C-351/89, Overseas Union Insurance e a., Racc. pag. 3317, punto 24, e Turner, cit., punto 26). Tale competenza è determinata direttamente dalle norme stabilite da detto regolamento, tra cui quelle riguardanti il suo ambito di applicazione. Un giudice di uno Stato membro non è quindi in nessun caso più qualificato a pronunciarsi sulla competenza rispetto a un giudice di un altro Stato membro (citate sentenze Overseas Union Insurance e a., punto 23, e Gasser, punto 48).

30 Inoltre, ostacolando un giudice di un altro Stato membro nell'esercizio dei poteri che il regolamento n. 44/2001 gli attribuisce, vale a dire nel decidere, in base alle norme che definiscono l'ambito di applicazione per materia del regolamento n. 44/2001, tra cui il suo art. 1, n. 2, lett. d), se il detto regolamento sia applicabile, una siffatta anti-suit injunction va, allo stesso tempo, in senso opposto alla fiducia che gli Stati membri accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie e sulla quale è fondato il sistema di competenze del regolamento n. 44/2001 (v., in tal senso, sentenza Turner, cit., punto 24).

31 Infine, se attraverso una anti-suit injunction fosse impedito al Tribunale di Siracusa di esaminare esso stesso la questione preliminare di validità o di applicabilità dell'accordo arbitrale, una parte potrebbe sottrarsi al procedimento limitandosi ad eccepire detto accordo e il ricorrente, che considerasse quest'ultimo caduco, inoperante o inapplicabile, si vedrebbe in tal modo impedire l'accesso al giudice nazionale da lui adito ai sensi dell'art. 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 e sarebbe pertanto privato di una forma di tutela giurisdizionale alla quale ha diritto.

32 Di conseguenza, una anti-suit injunction, quale quella di cui alla causa principale, è incompatibile con il regolamento n. 44/2001.

33 Tale conclusione è avvalorata dall'art. II, n. 3, della Convenzione di New York, secondo la quale spetta al tribunale di uno Stato contraente, investito di una controversia riguardante una questione rispetto alla quale le parti hanno concluso un accordo arbitrale, rimettere le parti, su domanda di una di esse, dinanzi al tribunale arbitrale, a meno che accerti che il detto accordo è caduco, inoperante o inapplicabile.

34 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, la questione sollevata deve essere risolta nel senso che l'emissione, da parte di un giudice di uno Stato membro, di un provvedimento inibitorio diretto a vietare ad una persona di avviare o proseguire un procedimento dinanzi ai giudici di un altro Stato membro, per il motivo che tale procedimento violerebbe un accordo arbitrale, è incompatibile con il regolamento n. 44/2001.

Sulle spese

35 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

L'emissione, da parte di un giudice di uno Stato membro, di un provvedimento inibitorio diretto a vietare ad una persona di avviare o proseguire un procedimento dinanzi ai giudici di un altro Stato membro, per il motivo che tale procedimento violerebbe un accordo arbitrale, è incompatibile con il regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

Corte giustizia UE grande sezione, 13/05/2015, n. 536

Nella causa C-536/13,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania), con decisione del 10 ottobre 2013, pervenuta in cancelleria il 14 ottobre 2013, nel procedimento
«Gazprom» OAO
con l'intervento di:
Lietuvos Respublika,

LA CORTE (Grande Sezione),
composta da V. Skouris, presidente, K. Lenaerts, vicepresidente, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešic, L. Bay Larsen, A. Ó Caoimh e J.-C. Bonichot, presidenti di sezione, E. Levits, M. Safjan (relatore), M. Berger, A. Prechal, E. Jarašiunas e C. G. Fernlund, giudici,
avvocato generale: M. Wathelet
cancelliere: M. Aleksejev, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 30 settembre 2014,
considerate le osservazioni presentate:
- per la «Gazprom» OAO, da R. Audzevicius, advokatas;
- per il governo lituano, da A. A. Petraviciene, A. Svinkunaite e D. Kriauciunas, in qualità di agenti, assistiti da V. Bernatonis e A. Šekštelo, advokatai;
- per il governo tedesco, da T. Henze e J. Kemper, in qualità di agenti;
- per il governo spagnolo, da A. Rubio González, in qualità di agente;
- per il governo francese, da F.-X. Bréchot, G. de Bergues e D. Colas, in qualità di agenti;
- per il governo austriaco, da C. Pesendorfer, in qualità di agente;
- per il governo del Regno Unito, da M. Holt, in qualità di agente, assistito da B. Kennelly, barrister;
- per la Confederazione svizzera, da M. Jametti, M. Schöll e D. Klingele, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da A.-M. Rouchaud-Joët e A. Steiblyte, in qualità di agenti,
sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 4 dicembre 2014,
ha pronunciato la seguente

Sentenza
1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2001, L 12, pag. 1).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di un ricorso proposto dalla «Gazprom» OAO (in prosieguo: la «Gazprom»), società con sede a Mosca (Federazione russa), avverso il diniego di riconoscimento e di esecuzione in Lituania di un lodo arbitrale reso il 31 luglio 2012.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

3 Il regolamento n. 44/2001 è stato abrogato dal regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU L 351, pag. 1), applicabile dal 10 gennaio 2015. Tuttavia, il regolamento n. 44/2001 continua ad applicarsi a fattispecie come quelle oggetto del procedimento principale.

4 Dal considerando 2 del regolamento n. 44/2001 emergeva che quest'ultimo era volto, nell'interesse del buon funzionamento del mercato interno, ad adottare «disposizioni che consentano di unificare le norme sui conflitti di competenza in materia civile e commerciale e di semplificare le formalità affinché le decisioni emesse dagli Stati membri vincolati dal presente regolamento siano riconosciute ed eseguite in modo rapido e semplice».

5 I considerando 7 e 11 di detto regolamento enunciavano quanto segue:

«(7) Si deve includere nel campo d'applicazione del presente regolamento la parte essenziale della materia civile e commerciale, esclusi alcuni settori ben definiti.

(...)

(11) Le norme sulla competenza devono presentare un alto grado di prevedibilità ed articolarsi intorno al principio della competenza del giudice del domicilio del convenuto, la quale deve valere in ogni ipotesi salvo in alcuni casi rigorosamente determinati, nei quali la materia del contendere o l'autonomia delle parti giustifichi un diverso criterio di collegamento (...)».

6 L'articolo 1, paragrafi 1 e 2, lettera d), di detto regolamento, collocato nel capo I, intitolato «Campo d'applicazione», disponeva quanto segue:

«1. Il presente regolamento si applica in materia civile e commerciale, indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale. Esso non concerne, in particolare, la materia fiscale, doganale ed amministrativa.

2. Sono esclusi dal campo di applicazione del presente regolamento:

(...)

d) l'arbitrato».

7 L'articolo 71, paragrafo 1, del regolamento n. 44/2001 così disponeva:

«Il presente regolamento lascia impregiudicate le convenzioni, di cui gli Stati membri siano parti contraenti, che disciplinano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materie particolari».

Diritto lituano

8 Il capo X della parte II del secondo libro del codice civile è intitolato «Inchiesta sulle attività di una persona giuridica» e comprende gli articoli da 2.124 a 2.131.

9 L'articolo 2.124 del codice civile, intitolato «Oggetto dell'inchiesta sulle attività di una persona giuridica», dispone quanto segue:

«Le persone di cui all'articolo 2.125 (...) hanno la facoltà di chiedere al giudice di nominare esperti che esaminino se una persona giuridica o gli organi amministrativi di una persona giuridica o i suoi membri abbiano agito in modo corretto e, nel caso di constatazione di attività inappropriate, di applicare le misure specificate all'articolo 2.131 (...)».

10 Ai sensi dell'articolo 2.125, paragrafo 1, punto 1, di detto codice, uno o più azionisti che detengano almeno 1/10 delle azioni della persona giuridica possono presentare tale ricorso.

11 Le misure previste all'articolo 2.131 di questo stesso codice includono, in particolare, l'annullamento delle decisioni adottate dagli organi amministrativi della persona giuridica, l'esclusione o la sospensione temporanea dei poteri dei membri dei suoi organi e la possibilità di obbligare la persona giuridica ad intraprendere o meno talune azioni.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

12 Dalla decisione di rinvio e dal fascicolo a disposizione della Corte risulta che, alla data dei fatti di cui al procedimento principale, i principali azionisti della «Lietuvos dujos» AB (in prosieguo: la «Lietuvos dujos») erano la E.ON Ruhrgas International GmbH, società di diritto tedesco titolare del 38,91% del capitale sociale, la Gazprom, che deteneva il 37,1% del capitale sociale, e lo Stato lituano che ne deteneva il 17,7%.

13 Il 24 marzo 2004 la Gazprom ha concluso un patto fra azionisti (in prosieguo: il «patto fra azionisti») con la E.ON Ruhrgas International GmbH e lo State Property Fund (Fondo dei beni dello Stato), che agiva per conto della Lietuvos Respublika (Repubblica di Lituania), il quale è stato sostituito successivamente dalla Lietuvos Respublikos energetikos ministerija (Ministero per l'Energia della Repubblica di Lituania; in prosieguo: la «ministerija»). Tale patto fra azionisti conteneva, all'articolo 7.14, una clausola compromissoria secondo cui «[o]gni domanda, controversia o obiezione relativa al presente patto, o alla violazione, alla validità, all'efficacia o alla risoluzione del medesimo, è sottoposta ad arbitrato».

14 Il 25 marzo 2011, la Lietuvos Respublika, rappresentata dalla ministerija, ha depositato dinanzi al Vilniaus apygardos teismas (tribunale regionale di Vilnius) un ricorso in cui si chiedeva l'apertura di un'inchiesta sulle attività di una persona giuridica.

15 Questo ricorso riguardava la Lietuvos dujos nonché il sig. Valentukevicius, direttore generale della società, e i sigg. Golubev e Seleznev, cittadini russi membri del suo consiglio di amministrazione, nominati dalla Gazprom. Con il citato ricorso, la ministerija ha anche chiesto l'applicazione di talune misure correttive previste dall'articolo 2.131 del codice civile lituano, se tale inchiesta avesse stabilito che le attività della società stessa o delle persone citate erano inappropriate.

16 Ritenendo che tale ricorso violasse la clausola compromissoria prevista all'articolo 7.14 del patto fra azionisti, il 29 agosto 2011 la Gazprom ha presentato presso l'istituto arbitrale della camera di commercio di Stoccolma una domanda di arbitrato nei confronti della ministerija.

17 La Gazprom ha chiesto in particolare al collegio arbitrale costituito dall'istituto arbitrale della camera di commercio di Stoccolma di ordinare alla ministerija di porre fine all'esame della controversia pendente dinanzi al Vilniaus apygardos teismas.

18 Con lodo del 31 luglio 2012, detto collegio arbitrale ha rilevato la violazione parziale della clausola compromissoria contenuta nel patto fra azionisti e ha ingiunto alla ministerija, in particolare, di ritirare o ridurre talune delle domande presentate dinanzi a detto giudice (in prosieguo: il «lodo arbitrale del 31 luglio 2012»).

19 Con ordinanza del 3 settembre 2012, il Vilniaus apygardos teismas ha ordinato l'apertura di un'inchiesta sulle attività della Lietuvos dujos. Ha altresì rilevato che la domanda di inchiesta sulle attività di una persona giuridica rientrava nella propria competenza e in virtù del diritto lituano non poteva costituire oggetto di arbitrato.

20 La Lietuvos dujos nonché i sigg. Valentukevicius, Golubev e Seleznev hanno impugnato tale decisione dinanzi al Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello della Lituania). Inoltre la Gazprom, nell'ambito di un altro procedimento, ha adito questo stesso giudice chiedendo il riconoscimento e l'esecuzione in Lituania del lodo arbitrale del 31 luglio 2012.

21 Con una prima ordinanza del 17 dicembre 2012, il Lietuvos apeliacinis teismas ha respinto quest'ultima domanda. Il giudice lituano ha ritenuto, da un lato, che il collegio arbitrale che aveva emesso il citato lodo arbitrale non potesse decidere su una questione già sollevata dinanzi al Vilniaus apygardos teismas ed esaminata da quest'ultimo e, dall'altro lato, che, pronunciandosi su tale questione, il collegio arbitrale non avesse rispettato l'articolo V, paragrafo 2, lettera a), della convenzione concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere conclusa a New York il 10 giugno 1958 (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 330, pag. 3; in prosieguo la «convenzione di New York»).

22 Inoltre, il Lietuvos apeliacinis teismas ha rilevato che, con il lodo arbitrale del 31 luglio 2012, di cui sono stati chiesti il riconoscimento e l'esecuzione, detto collegio arbitrale non solo ha limitato la capacità della ministerija di agire dinanzi al giudice lituano per l'avvio di un'inchiesta sulle attività di una persona giuridica, ma ha altresì negato a questo giudice nazionale il potere, di cui dispone, di pronunciarsi sulla propria competenza. In tal modo, lo stesso collegio arbitrale avrebbe violato la sovranità nazionale della Repubblica di Lituania, in contrasto con l'ordine pubblico lituano e internazionale. Secondo il Lietuvos apeliacinis teismas, il diniego di riconoscimento del lodo era fondato anche sull'articolo V, paragrafo 2, lettera b), della citata convenzione.

23 Con una seconda ordinanza del 21 febbraio 2013, il Lietuvos apeliacinis teismas ha respinto l'appello della Lietuvos dujos nonché dei sigg. Valentukevicius, Golubev e Seleznev avverso la decisione del Vilniaus apygardos teismas, del 3 settembre 2012, di avviare un'inchiesta sulle attività della Lietuvos dujos. Ha inoltre confermato la competenza dei giudici lituani ad esaminare la controversia.

24 Le due ordinanze della Lietuvos apeliacinis teismas, del 17 dicembre 2012 e del 21 febbraio 2013, sono state entrambe oggetto di ricorso per cassazione dinanzi alla Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania). Quest'ultima ha deciso, con ordinanza del 20 novembre 2013, di sospendere il giudizio sul ricorso avverso la seconda di tali ordinanze, fino alla decisione del ricorso concernente il riconoscimento e l'esecuzione del lodo arbitrale del 31 luglio 2012.

25 Il giudice del rinvio si chiede, alla luce della giurisprudenza della Corte in materia e dell'articolo 71 del regolamento n. 44/2001, se il riconoscimento e l'esecuzione del citato lodo arbitrale, da lui qualificato come «anti-suit injunction», possano essere negati in base al rilievo che, in seguito ad un tale riconoscimento e a una tale esecuzione, l'esercizio da parte di un giudice lituano del potere di pronunciarsi sulla propria competenza a decidere della domanda di avvio di un'inchiesta sulle attività di una persona giuridica risulterebbe limitato.

26 Alla luce di quanto sopra, il Lietuvos Aukščiausiasis Teismas ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le questioni pregiudiziali che seguono:

«1) Qualora un collegio arbitrale pronunci una "anti-suit injunction" che vieta ad una parte di presentare determinate domande dinanzi ad un giudice di uno Stato membro, il quale, ai sensi delle norme sulla competenza del regolamento [n. 44/2001], è competente a conoscere il merito della causa civile, se il giudice dello Stato membro abbia il diritto di negare il riconoscimento di un simile lodo arbitrale perché esso limita il diritto del giudice di pronunciarsi esso stesso sulla propria competenza a conoscere della causa, ai sensi delle norme sulla competenza del regolamento [n. 44/2001].

2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se ciò valga anche nel caso in cui la "anti-suit injunction" pronunciata dal collegio arbitrale imponga ad una parte del procedimento di limitare le sue domande in una causa pendente in un altro Stato membro, sulla quale il giudice di quest'ultimo Stato membro è competente ai sensi delle norme sulla competenza del regolamento n. 44/2001.

3) Se un giudice nazionale, che intenda garantire la prevalenza del diritto dell'Unione europea e la piena applicazione del regolamento [n. 44/2001], possa negare il riconoscimento del lodo di un organo arbitrale qualora esso limiti il diritto del giudice nazionale di pronunciarsi sulla propria competenza e sui propri poteri, in una causa che rientra nell'ambito di applicazione del regolamento [n. 44/2001]».

Sulle questioni pregiudiziali

27 Con le sue questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il regolamento n. 44/2001 debba essere interpretato nel senso che osta a che il giudice di uno Stato membro riconosca ed esegua, o a che detto giudice si rifiuti di riconoscere ed eseguire, un lodo arbitrale che vieti ad una parte di proporre talune domande dinanzi ad un giudice di tale Stato membro.

28 Occorre anzitutto precisare che detto regolamento, all'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), esclude l'arbitrato dal proprio ambito di applicazione.

29 Per stabilire se una controversia rientri nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, deve essere preso in considerazione soltanto l'oggetto di tale controversia (sentenza Rich, C-190/89, EU:C:1991:319, punto 26).

30 Per quanto concerne l'oggetto del procedimento principale, occorre precisare che dalla decisione di rinvio si ricava che il Lietuvos Aukščiausiasis Teismas è investito di un ricorso avverso l'ordinanza del Lietuvos apeliacinis teismas che ha negato il riconoscimento e l'esecuzione del lodo arbitrale, qualificato dal giudice di rinvio come «anti-suit injunction», con cui un collegio arbitrale ha ingiunto alla ministerija di ritirare o ridurre talune delle domande formulate dinanzi ai giudici lituani. Parallelamente, il giudice del rinvio è anche investito di un ricorso avverso un'ordinanza del Lietuvos apeliacinis teismas che ha confermato la decisione del Vilniaus apygardos teismas di avviare un'inchiesta sulle attività della Lietuvos dujos, che, secondo il giudice del rinvio, rientra nella materia civile ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, del regolamento n. 44/2001.
31 Secondo il giudice del rinvio, un lodo arbitrale che vieti ad una parte di presentare talune domande dinanzi ad un giudice nazionale potrebbe pregiudicare l'effetto utile del regolamento n. 44/2001, nel senso che potrebbe limitare l'esercizio, da parte di un tale giudice, del potere di pronunciarsi esso stesso sulla propria competenza ad esaminare una controversia rientrante nell'ambito di applicazione di detto regolamento.
32 A tal proposito, è opportuno ricordare che la Corte, nella sua sentenza Allianz e Generali Assicurazioni Generali (C-185/07, EU:C:2009:69), ha ritenuto che un provvedimento inibitorio emesso da parte di un giudice di uno Stato membro che vieti ad una persona di ricorrere ad un procedimento diverso dall'arbitrato nonché di continuare il procedimento dinanzi ad un giudice di un altro Stato membro, competente ai sensi del regolamento n. 44/2001, è incompatibile con detto regolamento.
33 Infatti, un provvedimento inibitorio emesso da un giudice di uno Stato membro che obblighi la parte di un arbitrato a non continuare un procedimento dinanzi ad un giudice di un altro Stato membro non rispetta il principio generale elaborato dalla giurisprudenza della Corte secondo cui ciascun giudice adito accerta esso stesso, in forza delle disposizioni applicabili, la propria competenza a pronunciarsi sulla controversia sottopostagli. Al riguardo si deve ricordare che il regolamento n. 44/2001 non autorizza, salvo limitate eccezioni, il sindacato della competenza di un giudice di uno Stato membro da parte di un giudice di un altro Stato membro. Tale competenza è determinata direttamente dalle norme stabilite da detto regolamento, tra cui quelle riguardanti il suo ambito di applicazione. Un giudice di uno Stato membro non è quindi in nessun caso più qualificato a pronunciarsi sulla competenza del giudice di un altro Stato membro (v. la sentenza Allianz e Generali Assicurazioni Generali, C-185/07, EU:C:2009:69, punto 29).
34 In particolare, la Corte ha ritenuto che un ostacolo, attraverso un tale provvedimento inibitorio, all'esercizio da parte di un giudice di uno Stato membro dei poteri che lo stesso regolamento gli attribuisce vada in senso opposto alla fiducia che gli Stati membri accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie e possa impedire, al ricorrente che considerasse un accordo arbitrale caduco, inoperante o inapplicabile, l'accesso al giudice nazionale da lui nondimeno adito (v., in tal senso, sentenza Allianz e Generali Assicurazioni Generali, C-185/07, EU:C:2009:69, punti 30 e 31).
35 Nella presente causa, tuttavia, il giudice del rinvio interroga la Corte non sulla compatibilità con il regolamento n. 44/2001 di un tale provvedimento inibitorio emesso da un giudice di uno Stato membro, ma sulla compatibilità con tale regolamento dell'eventuale riconoscimento ed esecuzione, da parte di un giudice di uno Stato membro, di un lodo arbitrale che contenga un provvedimento inibitorio che obbliga

una parte di un procedimento arbitrale a ridurre la portata delle domande formulate nell'ambito di un procedimento pendente dinanzi a un giudice di questo stesso Stato membro.

36 A tal proposito, occorre innanzitutto ricordare che, come indicato al punto 28 della presente sentenza, l'arbitrato non rientra nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, il quale si limita a disciplinare i conflitti di competenza tra gli organi giurisdizionali degli Stati membri. Poiché i collegi arbitrali non sono organi giurisdizionali statali, non si configura, nel procedimento principale, un tale conflitto ai sensi di detto regolamento.

37 In secondo luogo, riguardo al principio di reciproca fiducia, che gli Stati membri accordano ai rispettivi sistemi giuridici e alle rispettive istituzioni giudiziarie, il quale si traduce nell'armonizzazione delle regole di competenza degli organi giurisdizionali, sulla base del sistema stabilito dal regolamento n. 44/2001, occorre rilevare che, nelle circostanze del procedimento principale, poiché il provvedimento inibitorio è stato pronunciato da un collegio arbitrale, non si configura una violazione di detto principio per l'ingerenza di un giudice di uno Stato membro nella competenza di un giudice di un altro Stato membro.

38 Analogamente, in tali circostanze, il divieto emesso da un collegio arbitrale e rivolto ad una parte di presentare talune domande dinanzi ad un giudice di uno Stato membro non può privare questa parte della protezione giurisdizionale cui si fa riferimento al punto 34 della presente sentenza, dato che, nell'ambito della procedura di riconoscimento ed esecuzione di tale lodo arbitrale, da un lato, detta parte potrebbe opporsi a questo riconoscimento e a questa esecuzione e, dall'altro, il giudice adito dovrebbe determinare, sulla base del diritto processuale nazionale e del diritto internazionale applicabili, se si debba o meno procedere al riconoscimento e all'esecuzione di tale lodo arbitrale.

39 Così, in dette circostanze, né il citato lodo arbitrale, né la decisione con cui, se del caso, il giudice di uno Stato membro lo riconosce, sono idonei a pregiudicare la reciproca fiducia tra i giudici dei diversi Stati membri su cui si fonda il regolamento n. 44/2001.

40 Infine, a differenza del provvedimento inibitorio contestato nel procedimento che ha dato luogo alla sentenza Allianz e Generali Assicurazioni Generali (C-185/07, EU:C:2009:69, punto 20), il mancato rispetto del lodo arbitrale del 31 luglio 2012 da parte della ministerija nell'ambito del procedimento relativo all'avvio di un'inchiesta sulle attività di una persona giuridica non comporta l'irrogazione, contro quest'ultima, di sanzioni da parte di un giudice di un altro Stato membro. Ne consegue che gli effetti giuridici di un lodo arbitrale quale quello di cui al procedimento principale si distinguono dagli effetti del provvedimento inibitorio di cui al procedimento che ha dato luogo alla citata sentenza.

41 Pertanto, la procedura di riconoscimento ed esecuzione di un lodo arbitrale quale quello di cui al procedimento principale è regolata dal diritto nazionale e dal diritto internazionale applicabili nello Stato membro in cui tale riconoscimento e tale esecuzione sono richiesti, e non dal regolamento n. 44/2001.

42 Nelle circostanze di cui al procedimento principale, quindi, l'eventuale limitazione dei poteri attribuiti ad un giudice di uno Stato membro investito di una controversia parallela di pronunciarsi sulla propria competenza potrebbe derivare unicamente dal riconoscimento e dall'esecuzione da parte di un giudice dello stesso Stato membro di un lodo arbitrale, come quello di cui al procedimento principale, ai sensi del diritto

processuale di tale Stato membro e, se del caso, della convenzione di New York, che regolano questa materia esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001.

43 Poiché la convenzione di New York disciplina un settore escluso dall'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, essa non è relativa, segnatamente, ad una «materia particolare», ai sensi dell'articolo 71, paragrafo 1, di detto regolamento. Infatti, l'articolo 71 di detto regolamento disciplina solamente i rapporti tra lo stesso e le convenzioni relative alle materie particolari che rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001 (v., in tal senso, sentenza TNT Express Nederland, C-533/08, EU:C:2010:243, punti 48 e 51).

44 Come emerge dall'insieme delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che il regolamento n. 44/2001 dev'essere interpretato nel senso che non osta a che il giudice di uno Stato membro riconosca ed esegua, né a che si rifiuti di riconoscere ed eseguire, un lodo arbitrale che vieti ad una parte di presentare talune domande dinanzi ad un giudice di tale Stato membro, in quanto detto regolamento non disciplina il riconoscimento e l'esecuzione, in uno Stato membro, di un lodo arbitrale emesso da un collegio arbitrale in un altro Stato membro.

Sulle spese

45 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

Il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale dev'essere interpretato nel senso che non osta a che il giudice di uno Stato membro riconosca ed esegua, né a che si rifiuti di riconoscere ed eseguire, un lodo arbitrale che vieti ad una parte di presentare talune domande dinanzi ad un giudice di tale Stato membro, in quanto detto regolamento non disciplina il riconoscimento e l'esecuzione, in uno Stato membro, di un lodo arbitrale emesso da un collegio arbitrale in un altro Stato membro.

CAPITOLO XI
LO SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE

Cassazione civile sez. I, 04/05/2011, n. 9761

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CARNEVALE Corrado - Presidente -
Dott. SALMÈ Giuseppe - Consigliere -
Dott. DOGLIOTTI Massimo - Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo - rel. Consigliere -
Dott. MERCOLINO Guido - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso 30996/2005 proposto da:
MAZZON COSTRUZIONI GENERALI S.N.C. (C.F. (OMISSIS)), in persona dei legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEL VIMINALE 43, presso l'avvocato LORENZONI Fabio, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato in SARTORATO GUIDO, giusta procura a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
T.G., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ILDEBRANDO GOIRAN 23, presso l'avvocato GEROMEL DONATELLA, rappresentato e difeso dall'avvocato BETTANIN Giuseppe, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrente -

e contro
PROGRAMMA CASA S.R.L.;
- intimati -

avverso la sentenza n. 2055/2004 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 25/11/2004;
udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 11/04/2011 dal Consigliere Dott. CARLO DE CHIARA;
udito, per la ricorrente, l'Avvocato GUIDO MELONI, per delega, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;
udito, per il controricorrente, l'Avvocato GEROMEL, per delega, che ha chiesto il rigetto del ricorso;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GAMBARDELLA Vincenzo, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il sig. T.G.B. impugnò davanti alla Corte d'appello di Venezia, con citazione del 27 giugno 1992, il lodo arbitrale rituale pronunciato il 19 aprile 1992 in controversia che lo opponeva alle società Mazzon Costruzioni Generali s.n.c. e Programma Casa s.r.l.. Gli arbitri avevano respinto la sua pretesa di restituzione del doppio della caparra di L. 130.000.000 a seguito di recesso da contratto preliminare di compravendita immobiliare.

La Corte d'appello, con sentenza non definitiva, accolse l'impugnazione e dichiarò la nullità del lodo. Ritenne che, pur avendo le parti, alla prima riunione davanti al collegio arbitrale, concordato, su proposta degli arbitri, di seguire le regole del processo del lavoro, tuttavia poi gli arbitri avevano emesso il lodo in violazione dell'art. 429 c.p.c., non essendovi stata udienza di discussione con lettura del dispositivo della decisione.

La s.n.c. Mazzon Costruzioni Generali ha quindi proposto ricorso per cassazione per quattro motivi, cui il solo intimato sig. T. ha resistito con controricorso. La ricorrente ha presentato anche memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo di ricorso, denunciando violazione dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 7, in relazione all'art. 816 c.p.c., comma 2, si deduce che, stando al testo del verbale della prima riunione con gli arbitri - che recita: "si propone alle parti di osservare (...) le regole dettate dal codice di procedura civile per il rito del lavoro" - quelle regole dovevano valere soltanto per l'attività delle parti, non anche per gli atti degli arbitri, qual è la lettura del dispositivo in udienza.

1.1. - Il motivo è inammissibile.

La questione dei destinatari della regola dell'applicazione del rito del lavoro è questione di interpretazione del relativo accordo. La Corte d'appello ha interpretato l'accordo nel senso che quella regola era riferita anche agli arbitri. La critica di tale affermazione avrebbe richiesto l'articolazione di puntuali censure di violazione dei criteri ermeneutici dei negozi o di vizio di motivazione, che invece la ricorrente non svolge.

2. - Con il secondo motivo, denunciando violazione dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 1, in relazione all'art. 816 c.p.c., commi 2 e 3, si deduce (a) che la decisione di applicare le norme del rito del lavoro era stata presa dagli arbitri, non dalle parti, e comunque (b) era successiva all'inizio del procedimento arbitrale, diversamente da quanto stabilito dal cit. art. 816, comma 2.

2.1 - Il motivo è inammissibile sotto il primo profilo, dato che la Corte d'appello ha ritenuto invece l'esistenza di un accordo fra le parti, e la contestazione di tale statuizione in fatto avrebbe richiesto la deduzione - ancora una volta mancante - di una censura di vizio di motivazione.

Sotto il secondo profilo è infondato, perché deve ritenersi, accogliendo il suggerimento di parte della dottrina, che l'accordo delle parti sulle norme da osservare nel procedimento arbitrale possa intervenire anche dopo l'inizio del procedimento stesso, purché ricorra anche l'assenso degli arbitri.

È affermazione generalmente condivisa, infatti, che il limite temporale dell'inizio del procedimento sia posto dall'art. 816 c.p.c., comma 2, nell'interesse degli arbitri, i quali è giusto che sappiano prima di accettare l'incarico - momento cui generalmente si fa risalire, appunto, l'inizio del procedimento arbitrale - quali regole procedurali sono chiamati ad applicare, essendo tale informazione rilevante in vista della decisione se accettare o meno.

Se così è, dunque la norma richiamata ha carattere dispositivo, è cioè derogabile con l'assenso degli interessati, ossia degli arbitri.

Nel caso in esame questo assenso ricorreva, dato che furono gli stessi arbitri a proporre alle parti, che accettarono, di seguire le regole del processo del lavoro.

3. - Con il terzo motivo, denunciando vizio di motivazione, si deduce che l'accordo faceva comunque "salve le modifiche al rito del lavoro ritenute necessarie dal Collegio", e si censurano le seguenti affermazioni della Corte d'appello: a) l'affermazione secondo cui l'inciso in questione "fa probabile riferimento a quelle modifiche che nella stessa frase vengono successivamente introdotte dalla locuzione "in particolare" ossia alla "concessione di termini per il deposito di ben quattro memorie", che "è evidente modifica delle norme che governano il processo del lavoro"; b) l'affermazione secondo cui "non v'è traccia nella fattispecie di un divisamento del Collegio che abbia ritenuto necessario, non si vede in vista di quale cogente esigenza, omettere la discussione orale e la lettura del dispositivo in udienza, che sono tra l'altro peculiarità particolarmente qualificanti del rito del lavoro".

La ricorrente coglie una contraddizione fra la prima e la seconda affermazione, e comunque uno scarso approfondimento da parte dei giudici, dato che già nel regolamento di cui trattasi, stabilito alla prima udienza, era prevista la possibilità di una memoria di replica alla conclusionale ("Verrà in ogni caso concesso, alla chiusura della fase istruttoria, un termine per la precisazione delle conclusioni, nonché ulteriori termini per il deposito di memorie conclusionali e di replica", si legge nell'accordo): il che renderebbe all'evidenza chiara l'esclusione, sin da allora, della discussione orale, espressamente sostituita dalla conclusionale di replica.

3.1. - Il motivo è inammissibile perché contiene una censura di merito. Lo scambio di memorie di replica alle conclusionali, infatti, non è in contrasto logico con la celebrazione dell'udienza di discussione, tanto che entrambi i passaggi processuali erano previsti nel rito ordinario (art. 190 c.p.c.) anteriore alle modifiche introdotte dalla L. 24 novembre 1990, n. 353.

4. - Con il quarto motivo, denunciando violazione dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 7, in relazione all'art. 816, c.p.c., si sostiene che l'obbligo di seguire le regole del processo del lavoro non era comunque previsto a pena

di nullità, tanto più che quelle regole potevano addirittura essere modificate dagli arbitri nel corso del procedimento.

4.1. - Il motivo è inammissibile alla stessa maniera del primo.

Anche a questo proposito, invero, il giudice di merito ha ritenuto che la volontà delle parti era di prevedere il rispetto del rito del lavoro comprese le sanzioni di nullità in esso rientranti;

occorreva, dunque, per contrastare tale accertamento in fatto, la deduzione della violazione di criteri ermeneutici dei contratti o una censura di vizio di motivazione, che invece mancano.

5. - Il ricorso va in conclusione respinto. Le spese processuali, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente alle spese processuali, liquidate in Euro 4.200,00, di cui Euro 4.000,00 per onorari, oltre spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 11 aprile 2011.

Depositato in Cancelleria il 4 maggio 2011

Cassazione civile sez. I, 21/02/2019, n. 5243

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Presidente -
Dott. SAMBITO Maria Giovanna C. - Consigliere -
Dott. MARULLI Marco - rel. Consigliere -
Dott. TERRUSI Francesco - Consigliere -
Dott. DE MARZO Giuseppe - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso 4234/2014 proposto da:
A.M., in proprio, elettivamente domiciliato in Roma, Via G. Borsi, n.4, presso lo studio dell'avvocato Scafarelli Federica, rappresentato e difeso dall'avvocato Casa Federico, giusta procura in calce all'atto di costituzione;
FIN.COS S.p.a., in persona del legale rappresentante A.M., elettivamente domiciliata in Roma, Via Degli Scipioni n.268/A, presso lo studio dell'avvocato Frattarelli Piero, rappresentata e difesa dall'avvocato Cavarzere Annunciata, giusta procura a margine del ricorso;
- ricorrenti -

contro
Semilcos S.r.l. in liquidazione in concordato preventivo, in persona del liquidatore pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Vescovio n.21, presso lo studio dell'avvocato Manferoce Tommaso che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Tonelato Alessandra, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrente -

contro
S.A., in proprio e nella qualità di liquidatore e Semilcos S.r.l. in liquidazione (già Semilcos S.p.a.), in persona del liquidatore e legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliati in Roma, Via Gavinana n.2, presso lo studio dell'avvocato Ferrari Marco Paolo che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato Nevoni Roberto, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrenti -

contro
Concordato Preventivo Semilcos Srl in Liquidazione;
- intimato -

avverso la sentenza n. 2346/2013 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 09/10/2013;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 13/12/2018 dal cons. Dott. MARULLI MARCO.

FATTI DI CAUSA

1. A.M. e la Fin Cos s.p.a. ricorrono a questa Corte onde sentir cassare l'epigrafata sentenza con cui la Corte d'Appello di Venezia che ha respinto l'impugnazione proposta dei medesimi avverso il lodo arbitrale pronunciato a definizione della controversia che li aveva opposti ad S.A. e alla Semicos s.r.l. in merito al preteso inadempimento di taluni obblighi scaturiti dall'accordo 23.12.2009 con cui l' A. ed il Semila, già contitolari del gruppo immobiliare Fin Cos, avevano deciso di separare le rispettive attività attribuendo al primo il controllo della Fin Cos s.p.a. ed al secondo il controllo della Semilcos s.r.l..
Il mezzo così proposto, fatto valere anche nei confronti del Concordato preventivo Semilcos s.r.l. in liquidazione, si vale di sei motivi di ricorso ai quali resistono gli intimati con controricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

2.1. Il ricorso - che non va soggetto alla preclusione eccepita dal Concordato ai sensi dell'art. 360-bis c.p.c., n. 1, giacché, pur se non si mancherà talora di dichiararne l'impronunciabilità in rito, non ne ricorrono tuttavia i presupposti in relazione all'intero concerto delle doglianze ricorrenti - al primo motivo lamenta in capo all'impugnata decisione un vizio di "carenza e/o assenza di motivazione", nonché la violazione dell'art. 1362 c.c., in quanto la Corte d'Appello - nel respingere il primo motivo di impugnazione del lodo motivato sull'assunto che gli arbitri, violando in tal modo l'art. 829, comma 1, nn. 4 e 10, avrebbero errato nel ritenere che parti del citato accordo 23.12.2009 erano solo l' A. ed il S. e non le rispettive società - da un lato, "non ne spiega le ragioni, limitandosi a ripercorrere l'iter argomentativo contenuto nel lodo arbitrale", sicché "in tal modo non è dato sapere per quale ragione l'interpretazione offerta dal Collegio arbitrale sia immune da vizi logici" e "non è quindi individuabile il criterio logico posto a fondamento della decisione"; dall'altro disattende la norma ermeneutica dato che i paciscenti, sottoscrivendo l'accordo, avevano "in realtà agito non solo a titolo personale, ma anche quali legali rappresentanti e soci delle rispettive società", sicché esso "doveva essere infatti interpretato secondo i criteri di cui all'art. 1362 c.c. e ss. considerando parti dello stesso sia le persone fisiche che le società da loro rappresentate".
2.2. Il motivo è per entrambe le allegazioni operate inammissibile. 2.3. La denuncia motivazionale si sottrae all'attuale statuto di ricorribilità per cassazione del vizio di motivazione, atteso che secondo la lezione nomofilattica dispensata dalle SS.UU. (Cass., Sez U, 7/04/2014 nn. 8053 e 8055) la riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione, conseguente alla novella dell'art. 360 c.p.c.,

comma 1, n. 5, - cui la prima lagnanza rimanda pur in difetto di enunciazione del parametro violato - operata dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, comma 1, lett. b), convertito dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, ha comportato una rimodulazione del vizio motivazionale denunciabile per cassazione nel senso che esso può essere ora dedotto - salvo che non si tramuti in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé - nel solo caso di omesso esame di un "fatto storico", che abbia formato oggetto di discussione e che appaia "decisivo" ai fini di una diversa soluzione della controversia, con conseguente espunzione dall'area della sua attuale perseguibilità del vizio inteso a lamentare invece, come appunto qui, una mera carenza motivazionale.

2.4. Parimenti inammissibile si rivela pure il denunciato errore di diritto, posto che, concretando l'interpretazione del contratto un tipico accertamento di fatto affidato al giudice del merito che sfugge al controllo di legittimità (Cass., Sez. 3, 14/07/2016, n. 14355), la censurabilità in questa sede per violazione dei canoni interpretativi della decisione di appello che abbia rigettato il relativo motivo di impugnazione - dal momento che in tal caso essa può essere censurata solo per vizi propri della sentenza medesima e non per vizi del lodo, spettando al giudice di legittimità verificare soltanto che la corte d'appello abbia esaminato la questione interpretativa e abbia dato motivazione adeguata e corretta della soluzione adottata (Cass., Sez. 1, 10/09/2012, n. 15086) - non si sottrae alle regole che sovrintendono alla ricorribilità per cassazione dell'errore ermeneutico (Cass., Sez. 3, 28/11/2017, n. 28319) e se, pertanto la censura non si indichi, come appunto qui, oltre al canone violato, anche il luogo ed il modo di tale violazione, essa si risolve solo nel postulare una diversa ed alternativa interpretazione e nell'indiretta perorazione alla rinnovazione del sindacato di fatto.

3.1. Con il secondo motivo di ricorso oggetto di lagnanza è il capo dell'impugnata decisione che aveva respinto il secondo motivo di impugnazione del lodo - con cui gli impugnanti ne avevano eccepito la nullità per violazione dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 1, sull'assunto che le società con accordo in deroga in data 5.10.2010 avessero concorso a modificare la convenzione di arbitrato relativamente alla nomina del presidente, quantunque non ne fossero parte - incorrendo nel vizio di "omessa e/o carente motivazione", nonché nella violazione dell'art. 1321 c.c., posto che, da un lato, la motivazione al riguardo adottata dal decidente ("una volta che parti del giudizio arbitrale erano, oltre ai contraenti originari anche le rispettive società di cui questi ultimi erano legali rappresentanti, in forza delle disposizioni degli artt. 1381 e 1411 c.c., ogni modifica del procedimento non poteva che essere concordata, fra tutte le parti del giudizio") "è palesemente erronea così come è erroneo ritenere che la motivazione stessa sia immune da critiche"; dall'altro "sembra di poter affermare... che i principi di diritto in tema di modifica di un contratto escludano che il potere di riforma dell'atto negoziale sia conferito a terzi, diversi dalle parti contraenti" e, dunque, erroneamente il giudice del gravame ha ritenuto che le parti avessero stabilito semplicemente una regola attuativa del procedimento arbitrale... mentre in realtà hanno proceduto alla modifica sostanziale, di una norma dell'accordo nel quale era inserita la clausola compromissoria".

3.2. Come le precedenti anche le allegazioni in esame si espongono ad un preliminare rilievo di inammissibilità.

3.3. Quanto alla denunciata violazione motivazionale, essa soggiace alla preclusione nascente dal nuovo dettato dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, cui si è già fatto esteso richiamo riguardo all'analogo rilievo accampato con il primo motivo di ricorso.

3.4. Il lamentato errore di diritto - pur potendo in astratto osservarsi che la tesi propugnata, non condurrebbe al risultato sperato poiché non sarebbe revocabile in dubbio la perdurante legittimazione degli originari stipulanti, dovendosi invero la nozione di nullità di cui all'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 1, riferire a tutti i casi di radicale inidoneità del negozio compromissorio a produrre i suoi effetti (Cass., Sez. 1, 29/04/2004, n. 8206) - si offre a pari declaratoria per palese difetto di autosufficienza, dal momento che non essendo riprodotto nei suoi esatti termini il tenore della citata pattuizione di modifica la Corte non è in grado di controllare *ex actis* la veridicità di tale asserzione prima di esaminare la fondatezza nel merito.

4.1. Con il terzo motivo di ricorso gli impugnanti si dolgono di quanto pronunciato dal giudice del gravame in ordine al terzo motivo di impugnazione del lodo - di cui si era eccepita la nullità a mente dell'art. 829 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 11 avendo il collegio arbitrale pronunciato anche nei confronti delle società, sebbene avesse ritenuto che parti della convenzione di arbitrato fossero solo le persone fisiche - che risulterebbe, perciò, affetto da "carente e contraddittoria motivazione" e da violazione di legge, perché l'assunto enunciato al riguardo dal decidente ("il collegio arbitrale... ha affermato che dette società potevano far valere nel giudizio arbitrale le reciproche pretese... nei soli limiti dell'art. 1381 c.c. e art. 1411 c.c.... Pure tale scelta interpretativa appare logicamente argomentata e coerente con la scelta esegetica di fondo in ordine ai limiti soggettivi dell'accordo del 23.12.09, non può ritenersi affetta da contraddittorietà e non appare sindacabile in questa sede") da un lato, costituisce "una mera asserzione di "stile" in quanto non è dato capire per quale ragioni la scelta interpretativa del Collegio arbitrale sarebbe stata coerente e non contraddittoria"; dall'altro, si oppone all'art. 816-quinquies c.p.c., dovendosi invero rilevare "che il terzo partecipante all'arbitrato deve prestare il proprio consenso e non solo per partecipare, ma per divenire destinatario di provvedimenti decisionali a suo carico o suo favore" e che nella specie la Fin.Cos "aveva accettato di divenire destinatario di provvedimenti decisionali emessi dal Collegio arbitrale solo in qualità di parte ma non in qualità di terzo".

4.2. Anche il sopradetto motivo va soggetto a preventiva declaratoria di inammissibilità; quanto al vizio motivazionale, per le considerazioni già sviluppate innanzi, non essendo qui neppure ravvisabile, laddove il motivo alimenta, allegando in rubrica una generica "violazione di legge", il sospetto che il decidente, così pronunciando, sia caduto in contraddizione, quel "contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili" che giustifica la sindacabilità in questa sede dell'anomalia motivazionale quale violazione di legge costituzionalmente rilevante, l'efficacia nei confronti delle società delle pattuizioni contenute nell'accordo 23.12.2009 costituendo infatti naturale riflesso dell'inquadramento giuridico della specie nella disciplina del contratto a favore di terzo e nella promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo, alla cui fase stipulativa i terzi sono per definizione estranei; quanto alla violazione di legge, perché l'allegazione, oltre a prospettare, in principio, una questione nuova, non scrutinabile in questa sede, non avendo essa formato oggetto di disamina dal giudice del gravame, e ciò quantunque già il lodo ne offrisse pretesto, è frutto di un'impropria estensione della norma processuale agli aspetti sostanziali della fattispecie, non essendo all'evidenza sovrapponibile la posizione del terzo che intervenga nel giudizio arbitrale o che vi sia chiamato con quella

del terzo che vi prende parte in quanto beneficiario della prestazione altrui o in quanto obbligato per effetto della promessa altrui.

5.1. Con il quarto e quinto motivo di ricorso gli impugnanti denunciano la "carenza e la contraddittorietà" della motivazione con cui la Corte d'Appello, violando altresì l'art. 1362 c.c., ha respinto il quarto ed il quinto motivo di impugnazione del lodo rispettivamente intesi a far dichiarare la nullità di esso ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 11, per aver il collegio arbitrale escluso l'inadempimento della Semilcos e per aver invece ritenuto possibile pronunciare una condanna in suo favore deducendo che, così determinandosi, il decidente da un lato ha "incredibilmente statuito che bene ha fatto il collegio arbitrale a non pronunciarsi nei confronti di Semilcos in quanto l'accordo 23/12/2009 doveva intendersi stipulato solo dalle persone fisiche per cui la società non c'entrano nulla", dopo aver riconosciuto di detto accordo l'efficacia vincolante nei confronti di Fin.Cos (quarto motivo); dall'altro "non si spiega allora come mai la società Semilcos s.r.l., pur non essendo parte dell'accordo ma solo terza intervenuta nel procedimento arbitrale possa essere destinataria di un provvedimento decisionale degli arbitri... mentre lo stesso trattamento, al contrario, non può essere riservato alla società Fin.Cos s.p.a. pure giudicata terza rispetto all'accordo 23/12/2009 e solo intervenuta, come l'altra, nel procedimento arbitrale" (quinto motivo).

5.2. Espunto il riferimento all'errore di diritto, giacché all'enunciazione contenutane nella rubrica, non ne segue alcuna illustrazione, il vizio motivazionale resta assorbito, per quanto sopra detto, dalla preclusione ora derivante dall'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, e questo non senza pure dire che, ove ne fosse ancora consentita la declinazione, non sarebbe in ogni caso scrutinabile per difetto di autosufficienza non essendo riprodotti i passaggi del lodo oggetto di denuncia.

6.1. Il sesto motivo di ricorso rinnova, nei termini già visti in relazione al quarto ed al quinto motivo di ricorso, la denuncia motivazionale, allegando altresì la violazione dell'art. 816-bis c.p.c. nella parte in cui la Corte territoriale rigettando l'analogo motivo di gravame - con cui era stata eccepita la nullità in relazione all'art. 829 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 10, avendo gli arbitri giudicato tardiva l'eccezione di compensazione sollevata da Fin.Cos in quanto contenuta solo nella comparsa conclusionale - ha ritenuto di confermarne la statuizione quantunque, contrariamente a quanto affermato, il collegio arbitrale avesse "accertato l'esistenza di tali crediti in modo specifico" e non risultasse "che il collegio arbitrale avesse fissato prima dell'avvio del procedimento stesso le regole di svolgimento del processo" in modo che si potessero ritenere vigenti le regole della cognizione ordinaria con le relative preclusioni.

6.2. Ribadito quanto alla denuncia motivazionale ciò che al riguardo si è già detto più volte, neppure fondata può reputarsi la doglianza in diritto, essendo convinzione di questa Corte che "in tema di arbitrato, qualora le parti non abbiano determinato, nel compromesso o nella clausola compromissoria, le regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo che ritengano più opportuno, anche discostandosi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, con l'unico limite del rispetto dell'inderogabile principio del contraddittorio, posto dall'art. 101 c.p.c., il quale, tuttavia, va opportunamente adattato al giudizio arbitrale, nel senso che deve essere offerta alle parti, al fine di consentire loro un'adeguata attività difensiva, la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di esaminare ed analizzare le prove e le risultanze del processo, anche dopo il compimento dell'istruttoria e fino al momento della chiusura

della trattazione, nonché di presentare memorie e repliche e conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse". E poiché gli arbitri come riferisce la Semilcos avevano ritenuto non opponibile l'eccezione rilevandone l'intempestività "quanto meno nel senso di consentire l'ampio contraddittorio", l'adesione che il giudice del gravame ha inteso prestare a questa statuizione si allinea al visto principio di diritto e non si presta perciò ad essere censurata.

7. Il ricorso va dunque respinto.

8. Le spese seguono la soccombenza. Doppio contributo.

P.Q.M.

Respinge il ricorso e condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in Euro 14200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre al 15% per spese generali ed accessori di legge in favore di Semilcos s.r.l. in liquidazione in concordato preventivo ed in Euro 15200,00, di cui Euro 200.00 per esborsi, oltre al 15% per spese generali ed accessori di legge in solido in favore di S.A. e Semilcos S.r.l. in liquidazione.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dei ricorrenti dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della sezione prima civile il giorno, il 13 dicembre 2018.

Depositato in Cancelleria il 21 febbraio 2019

Cassazione civile sez. I, 07/09/2020, n. 18600

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Presidente -
Dott. SAMBITO Maria Giovanna C. - Consigliere -
Dott. PARISE Clotilde - rel. Consigliere -
Dott. MARULLI Marco - Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso 23195/2014 proposto da:
F.P., B.D., F.A., G.D., elettivamente domiciliati in Roma, Piazza Sallustio n. 9, presso lo studio dell'avvocato Palermo Gianfranco, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato Rossetti Aldo, giusta procura a margine del ricorso;
- ricorrenti -

contro
Trasolini S.r.l., nella qualità di incorporante della Piana delle Ginestre s.r.l., elettivamente domiciliata in Roma, Via Buccari n. 11, presso lo studio dell'avvocato Tomassini Andrea, rappresentata e difesa dall'avvocato Tomassini Franco, giusta procura a margine del controricorso e ricorso incidentale;
- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro
F.P., B.D., F.A., G.D., elettivamente domiciliati in Roma, Piazza Sallustio n. 9, presso lo studio dell'avvocato Palermo Gianfranco, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato Rossetti Aldo, giusta procura in calce al controricorso al ricorso incidentale;
- controricorrenti al ricorso incidentale -

avverso la sentenza n. 3961/2014 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 11/06/2014;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 22/06/2020 dal cons. Dott. PARISE CLOTILDE.

FATTI DI CAUSA

1. Con sentenza n. 3961/2014 pubblicata l'11-6-2014 la Corte d'appello di Roma ha dichiarato inammissibile l'impugnazione principale proposta da F.P., B.D., F.A. e G.D. e l'impugnazione incidentale proposta da Trasolini s.r.l. avverso il lodo arbitrale pronunciato in data 21/11/2013, con il quale era stata accolta, sia pure in parte, la domanda della Trasolini s.r.l., era stata dichiarata la risoluzione ai sensi dell'art. 1489 c.c. del contratto preliminare di vendita di un fondo situato nel Comune di Velletri e i promittenti venditori erano stati condannati alla restituzione degli acconti versati dalla promissaria acquirente, pari a Euro 500.000, ed al risarcimento del danno liquidato in Euro 404.587, oltre accessori e spese. La Corte territoriale ha ritenuto che con l'impugnazione principale, nonostante il formale richiamo delle ipotesi di cui all'art. 829 c.p.c., nn. 9 e 11 in realtà erano state svolte censure inerenti violazioni di regole di diritto relative al merito, non consentite *ratione temporis*. Ha ritenuto inammissibile anche l'impugnazione incidentale, in quanto non era ancorata a motivi di nullità del lodo di cui all'art. 829 c.p.c., ma a vizi di motivazione.

2. Avverso questa sentenza F.P., B.D., F.A. e G.D. propongono ricorso, affidato a cinque motivi, nei confronti della Trasolini s.r.l., che resiste con controricorso e propone ricorso incidentale con un solo motivo.

3. Il ricorso è stato fissato per l'adunanza in camera di consiglio ai sensi dell'art. 375 c.p.c., u.c. e art. 380 bis 1 c.p.c.. Le parti ricorrenti hanno depositato memoria illustrativa.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso principale i ricorrenti lamentano "Violazione di norme di legge: art. 828 c.p.c., comma 1, art. 830 c.p.c., comma 1, artt. 342 e 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4". Deducono di aver proposto le censure mediante distinti e concorrenti motivi, come era dato leggere alle pag. 39 e seguenti dell'atto di impugnazione del lodo, il cui contenuto letterale, nel rispetto del principio di autosufficienza, riportano nel ricorso. Ad avviso dei ricorrenti, la Corte d'appello erroneamente ha ritenuto che il procedimento di impugnazione promosso dagli "appellanti" potesse essere definito senza procedere all'esame di ciascuno dei singoli motivi in quanto non sarebbe stato operato dagli "appellanti" alcun riferimento, "sia pure generico ed approssimativo alle ipotesi di nullità tassativamente contemplate dall'art. 829 c.p.c.". Lamentano l'omesso giudizio di controllo, effettivo e concreto, sul contenuto della loro articolata impugnazione, da parte della Corte territoriale.

2. Con il secondo motivo i ricorrenti principali lamentano "Violazione di norma di legge: art. 829 c.p.c., n. 9, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4". Allegano che con il motivo n. 6, alle pag. 51-55 dell'atto di "appello", avevano censurato la decisione arbitrale per avere dato ingresso a una tardiva domanda di tipo risarcitorio - avente ad oggetto un asserito "lucro cessante" per impossibilità di edificazione del terreno come libero da pesi e vincoli - a fronte della quale i ricorrenti avevano dichiarato, a verbale di udienza arbitrale in data 23.7.2013, di non accettare il contraddittorio, ritenendo inammissibile la suddetta domanda, stante la sua genericità, ed irritualmente proposta in quanto introduttiva di un nuovo *petitum* e di una nuova *causa*

petendi. Inoltre deducono di aver censurato, con il motivo 6, la decisione arbitrale per avere accolto detta domanda, disponendo una consulenza tecnica di ufficio di carattere palesemente ed inammissibilmente esplorativo. Si dolgono, dunque, dell'omessa analisi della suddetta specifica censura, che costituiva il nucleo centrale dell'impugnazione, mentre la Corte di Appello di Roma ha ritenuto di poterla considerare ininfluente, affermando che "il principio del contraddittorio si riassume essenzialmente nel compimento di quanto previsto dalla legge per assicurare la preventiva audizione di entrambe le parti".

3. I primi due motivi, da esaminarsi congiuntamente per la loro connessione, sono in parte inammissibili e in parte infondati.

Premesso che la clausola compromissoria, prevista all'art. 16 del contratto preliminare di vendita di data 16-1-2008, è stata stipulata successivamente al 2 marzo 2006 e non sono, pertanto, deducibili violazioni di norme di diritto sostanziale (Cass. S.U. 9284/2016), la doglianza di cui al primo motivo è espressa genericamente, nella parte in cui non risulta specificato quale profilo di impugnazione non sia stato, in tesi, esaminato e, soprattutto, quale sia stato il vulnus derivatone. Identiche considerazioni valgono per la denunciata violazione dell'art. 112 c.p.c., richiamata, peraltro, con mero riferimento all'asserita "specificità" dei motivi di gravame (pag. n. 46 ricorso), senza nulla aggiungere, nè precisare in ordine alla ratio decidendi della sentenza impugnata, secondo la quale nessuna delle censure è riconducibile alle ipotesi di nullità tassativamente previste dall'art. 829 c.p.c..

L'atto di impugnazione è stato esaminato dalla Corte d'appello, che ha distinto le varie parti di detto atto, riassunto le articolate censure ivi espresse, e dato anche conto della questione della domanda "nuova", relativa al risarcimento danno per mancato guadagno e non solo per danno emergente, che i ricorrenti principali assumono essere stata l'originaria domanda proposta dalla promissaria acquirente (secondo motivo). I giudici di merito hanno ritenuto che non si fosse verificata alcuna violazione del principio del contraddittorio, riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 829 c.p.c., n. 9 e le critiche espresse al riguardo dai ricorrenti principali sono prive di fondamento.

Segnatamente, non risulta che nella procedura arbitrale di cui trattasi le parti abbiano previsto l'applicazione delle forme del giudizio ordinario, né risulta che le parti, titolari delle posizioni sostanziali e, insieme agli arbitri, del procedimento, rimanendo tuttavia le sole depositarie della capacità di prescrivere forme a condizione di validità del lodo, abbiano così voluto e infine imposto anche agli arbitri un calendario scandito da preclusioni. Pertanto la questione della violazione del contraddittorio deve essere esaminata non sotto il profilo della violazione, sul piano formale, di una prescrizione preordinata alla realizzazione di tale principio, ma nell'ambito di una ricerca volta all'accertamento di una effettiva lesione della possibilità di dedurre e di contraddire, onde verificare se l'atto abbia egualmente raggiunto lo scopo di instaurare un regolare contraddittorio e se, comunque, l'inosservanza non abbia causato pregiudizio alla parte (Cass. n. 2201/2007 e così espressamente Cass. n. 131/2014). Ne consegue che la nullità della sentenza e del procedimento debbono essere dichiarate solo ove, nell'impugnazione, alla denuncia del vizio idoneo a determinarle, segua l'indicazione dello specifico pregiudizio che esso abbia arrecato al diritto di difesa (Cass. 30 dicembre 2011, n. 30652; Cass. 21 febbraio 2008, n. 4435; Cass. 27 luglio 2007, n. 16630). In tale prospettiva, questa Corte ha affermato il principio, condiviso dal Collegio, secondo cui nel giudizio arbitrale il principio del

contraddittorio deve dirsi osservato quando le parti hanno avuto la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di conoscere le prove e le risultanze del processo ed hanno ottenuto il termine per presentare memorie e repliche e di conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse (cfr. Cass. n. 2201/2007 e Cass. n. 131/2014).

Nel caso di specie, nessuna violazione del principio del contraddittorio nel senso precisato, e come correttamente affermato nella sentenza impugnata, è stata dedotta, nè tantomeno e comunque si è verificata, considerata la scansione temporale del procedimento arbitrale come riportata dagli stessi ricorrenti principali (cfr. pag. n. 13 e 14 ricorso).

4. Con il terzo motivo i ricorrenti principali denunciano "Violazione di norma di legge: art. 829 c.p.c., n. 11, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3". Allegano di aver censurato il lodo (motivi 1, 2, 3, 4 e 5) lamentando che il collegio arbitrale avesse definito la controversia con una pronuncia di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1489 c.c. senza che la statuizione avesse fondamento in una coerente *ratio decidendi*. Si dolgono dell'interpretazione restrittiva data dalla Corte d'appello all'art. 829 c.p.c., n. 11, che prevede la nullità del lodo in quanto "contiene disposizioni contrastanti", senza che debba aversi esclusivo riguardo all'ipotesi di intrinseca contraddittorietà del "dispositivo" (art. 132 c.p.c., n. 5), dovendo invece interpretarsi l'art. 829 c.p.c., n. 11 nel senso del riferimento legislativo ad una impossibilità di rinvenire il senso logico-giuridico, conseguentemente di comprendere, la linea di pensiero seguita dal giudicante e posta a base di una coerente decisione. Nell'atto di impugnazione del lodo i ricorrenti principali assumono di aver dedotto che: A) le argomentazioni del percorso motivazionale seguito dal collegio arbitrale erano carenti sul piano logico e tra loro contraddittorie (pag.39); B) era impossibile intendere a quale "vincolo" la maggioranza degli arbitri avesse inteso riferirsi per ricondurlo alla fattispecie contemplata dall'art. 1489 c.c. (pag. 42); C) era inconciliabile la ritenuta applicabilità della disciplina contenuta nell'art. 1489 c.c., operante solo in presenza di "oneri non apparenti", rispetto all'accoglimento della domanda di risoluzione prevista da detta norma, avendo il Collegio Arbitrale accertato ed espressamente dato atto, a pag. 115 del lodo, che "la presenza di reperti archeologici sul terreno di causa non ha costituito una sorpresa per alcuna delle parti, in quanto alcuni resti murari, colonne di marmo, fregi, frammenti ceramici e un sarcofago, utilizzato come fontana, presenti visibili e utilizzati come decorazione testimoniano, prima dell'inizio delle indagini, significative testimonianze di una frequentazione antica; inoltre, risulta documentalmente acclarato che il villino in questione (ossia, quello che secondo i progetti doveva essere demolito per lasciare posto alla nuove costruzioni) ricade su parte di una antica cisterna anch'essa di epoca romana". Si dolgono, pertanto, della preterizione, da parte della Corte territoriale, delle ragioni addotte a sostegno dell'atto di impugnazione, in particolare del quinto motivo, qualificate, a loro avviso erroneamente, come generica critica all'iter motivazionale seguito dal Collegio arbitrale.

5. Con il quarto motivo lamentano "Omessa motivazione circa un fatto decisivo: art. 360 c.p.c., n. 5". Deducono che la Corte territoriale, nell'affermare che "il lodo sembra seguire una linea motivazionale ben chiara e plausibile" (pag. n. 5 della sentenza impugnata), non ha esplicitato quale sia stato il criterio seguito al fine di pervenire ad una tale conclusione, essendosi i Giudici limitati ad enumerare le questioni esaminate dal Collegio arbitrale in base ad "un ordine logico", sicché ricorre, ad avviso dei ricorrenti principali, il vizio

di omessa motivazione, costituendo punto decisivo della controversia l'esame della *ratio decidendi*, diretto ad accertare la sua caratterizzabilità e intrinseca coerenza con il *decisum*.

6. Anche i motivi terzo e quarto, da esaminarsi congiuntamente per la loro connessione, sono in parte inammissibili e in parte infondati.

6.1. Occorre ribadire che nel caso di specie non è consentita, *ratione temporis*, l'impugnazione del lodo per violazione di regole di diritto relative al merito e di diritto sostanziale, considerata la data di stipulazione della clausola compromissoria, inserita nel preliminare di vendita di data 16-1-2008, sicché non può trovare ingresso la censura inerente la violazione dell'art. 1489 c.c. e la natura, apparente o non, degli oneri sul bene oggetto del preliminare di vendita.

6.2. Quanto alla dedotta contraddittorietà interna delle parti del lodo ed ai vizi motivazionali della sentenza impugnata denunciati, la giurisprudenza di questa Corte ha chiarito che "In tema di arbitrato, la sanzione di nullità prevista dall'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 4, per il lodo contenente disposizioni contraddittorie non corrisponde a quella dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, ma va intesa nel senso che detta contraddittorietà deve emergere tra le diverse componenti del dispositivo, ovvero tra la motivazione ed il dispositivo, mentre la contraddittorietà interna tra le diverse parti della motivazione, non espressamente prevista tra i vizi che comportano la nullità del lodo, può assumere rilevanza, quale vizio del lodo, soltanto in quanto determini l'impossibilità assoluta di ricostruire riter" logico e giuridico sottostante alla decisione per totale assenza di una motivazione riconducibile al suo modello funzionale" (Cass. n. 11895/2014 e n. 1258/2016).

La Corte d'appello, attenendosi a detti principi, si è pronunciata sulla questione affermando, in ordine alle lamentate contraddizioni sussistenti all'interno della motivazione, che fosse possibile ricostruire il percorso logico e giuridico sottostante alla decisione arbitrale. Premesso che non è consentito a questa Corte l'esame diretto del lodo (Cass. n. 10809/2015 e n. 25189/2017), in base a quanto riportato nella sentenza impugnata ed accertato dalla Corte d'appello, che ha dato conto, seppur sinteticamente, della motivazione della decisione arbitrale sulle questioni esaminate (XI accoglimento domanda risoluzione e XII liquidazione del danno), il lodo ha una motivazione riconducibile al suo modello funzionale, tale da consentire di ricostruire l'iter logico della decisione.

7. Con il quinto motivo i ricorrenti principali lamentano "Violazione di norma di legge: artt. 112 e 829 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4". Rilevano che, in conseguenza del rigetto della domanda avanzata in fase rescindente, la Corte di Appello di Roma ha omesso di attivare e svolgere il giudizio rescissorio. Deducono di aver sostanziale interesse alla definizione di detto giudizio e riportano in ricorso quanto espresso al riguardo alle pag. 55 e ss. dell'atto di impugnazione avanti alla Corte d'appello.

8. Il motivo, limitato alla censura di mancata apertura della seconda fase rescissoria, resta assorbito per effetto delle statuizioni di inammissibilità e rigetto degli altri motivi.

9. Con l'unico motivo di ricorso incidentale la società Trasolini lamenta "Violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5, omessa motivazione su un punto essenziale della controversia. Riforma del lodo nella parte in cui determina il risarcimento del danno nella misura del 50% per concorso di colpa della società". Ad avviso della controricorrente, la Corte d'appello non ha assolto all'obbligo di motivazione della decisione, non risultando

comprensibile la ragione in base alla quale il collegio arbitrale avesse ritenuto di decurtare del 50% il risarcimento spettante alla promissaria acquirente, nonostante fosse stato accertato che i tecnici incaricati dalla proprietà non potessero non conoscere l'esistenza del procedimento amministrativo per l'adozione del PTPR.

10. Il motivo è inammissibile perché formulato ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, con riproposizione della questione di fatto relativa al concorso di colpa della promissaria acquirente già oggetto della decisione arbitrale, atteso che il controllo della Suprema Corte non può mai consistere nella rivalutazione dei fatti, neppure in via di verifica della adeguatezza e congruenza dell'iter argomentativo seguito dagli arbitri (Cass. n. 2985/2018).

Peraltro la censura non coglie la *ratio decidendi* della sentenza impugnata, secondo cui l'impugnazione incidentale non fa riferimento ai motivi di nullità di cui all'art. 829 c.p.c..

11. In conclusione, il ricorso principale deve essere rigettato e il ricorso incidentale deve dichiararsi inammissibile.

12. Considerato che sono soccombenti sia la ricorrente incidentale, sia i ricorrenti principali, ma che prevalente è la soccombenza di questi ultimi, le spese di lite del presente giudizio sono compensate per metà e i ricorrenti principali sono condannati alla rifusione in favore della ricorrente incidentale della residua metà delle suddette spese, liquidate nell'intero come da dispositivo.

13. Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dei ricorrenti principali e della ricorrente incidentale, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto, rispettivamente, per il ricorso principale e per quello incidentale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis ove dovuto (Cass. S.U.n. 5314/2020).

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale e dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Compensa per metà tra le parti le spese del presente giudizio e condanna i ricorrenti principali F.P., B.D., F.A. e G.D. alla rifusione in favore della Trasolini s.r.l. della residua metà di dette spese, liquidate nell'intero in Euro 6.200, di cui Euro 200 per esborsi, oltre rimborso spese forfettario ed accessori come per legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dei ricorrenti principali e della ricorrente incidentale, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto, rispettivamente, per il ricorso principale e per quello incidentale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis ove dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 22 giugno 2020.

Depositato in Cancelleria il 7 settembre 2020

Cassazione civile sez. I, 26/09/2007, n. 19949

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CRISCUOLO Alessandro - Presidente -
Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Consigliere -
Dott. GILARDI Gianfranco - Consigliere -
Dott. GIULIANI Paolo - rel. Consigliere -
Dott. SCHIRO' Stefano - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso proposto da: IMPRESA F.L., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. Luigi Fontana - Mario Tessitore, elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46 (IV B), presso lo studio del Dr. Gianmarco Grez, rappresentata e difesa dagli Avv.ti LAUDADIO Felice e Carlo Russo in forza di procura speciale a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
AMMINISTRAZIONE PROVINCIALE di PISA, elettivamente domiciliata in Roma, Via della Vite n. 7, presso lo studio dell'Avv. Piero d'Amelio, rappresentata e difesa dall'Avv. TOSCANO Giuseppe in forza di procura speciale a margine della memoria di costituzione in data 31.7.2003;
- resistente -

avverso la sentenza della Corte di Appello di Firenze n. 535/2002 pronunciata il 15.1.2002 e pubblicata il 20.4.2002;
Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 16.3.2007 dal Consigliere Dott. Paolo Giuliani;
Uditi il difensore della ricorrente e, per delega, quello della resistente;
Udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.
DESTRO Carlo, il quale ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
Con atto notificato il 30.10.1998, l'Arch. B.L., dichiarando di agire "per conto della Provincia di Pisa", dopo avere richiamato le vicende legate al rapporto originato dal contratto del 20.9.1996, stipulato con l'Impresa F.L., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. Luigi Fontana - Mario Tessitore, per l'esecuzione

dei lavori di ristrutturazione ed adeguamento normativo del complesso scolastico (sede del Liceo Scientifico (OMISSIS) e dell'Istituto Tecnico Commerciale (OMISSIS)) sito alla (OMISSIS), deferiva alla cognizione di arbitri la risoluzione delle controversie insorte tra le parti nell'esecuzione del contratto medesimo.
Detta Impresa si costituiva nel relativo giudizio, il quale si concludeva mediante i lodi del 19.5.1999 e del 13.6.2000, resi esecutivi dal locale Tribunale il 13.7.2000.
Con il primo, non definitivo, il Collegio arbitrale respingeva le eccezioni preliminari dell'Impresa Fontana, dichiarando la propria competenza a decidere sulle questioni sottopostegli, la regolarità della composizione dello stesso Collegio e la legittimazione processuale dell'Arch. B..
Con il secondo lodo, definitivo, tale Collegio, ritenuta la responsabilità dell'appaltatrice per il ritardo nell'esecuzione dell'opera, dichiarava la legittimità della misura rescissoria del contratto adottata dalla committente e condannava l'Impresa Fontana al risarcimento del danno, comprensivo della pattuita penale, liquidandolo in L. 475.063.658, oltre agli interessi dalla domanda.
Avverso i due lodi, proponeva impugnazione, davanti alla Corte territoriale di Firenze, l'Impresa sopraindicata, in proprio e nella riferita qualità, deducendo dieci motivi di nullità.
Si costituiva in giudizio l'Amministrazione Provinciale di Pisa, resistendo alla pretesa avversaria e chiedendo la conferma dei lodi anzidetti.
Il Giudice adito, con sentenza del 15.1/20,4.2002, rigettava l'impugnazione medesima, assumendo in particolare:
a) che non sussistesse la nullità del lodo definitivo prevista dall'art. 829 c.p.c., n. 5, in relazione all'art. 823 c.p.c., comma 2, n. 6, giacché l'ipotesi normativa riguardava il caso dell'assoluta mancanza dell'indicazione della data di apposizione della sottoscrizione, non anche la diversa collocazione, rispetto alla sottoscrizione stessa, della data di questa, onde ben poteva valere, quale data appunto della sottoscrizione, quella indicata all'inizio della decisione;
b) che la legittimazione ad agire in giudizio in nome dell'Amministrazione Provinciale fosse stata, nel lodo non definitivo, esattamente riconosciuta al B.;
c) che ai contratti di appalto conclusi dalle Amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato non trovasse applicazione la pronuncia della Corte Costituzionale n. 152 del 1996, relativa alla declaratoria di illegittimità costituzionale del D.P.R. n. 1063 del 1962, art. 47 come modificato dalla L. n. 741 del 1981, là dove non consentiva la deroga unilaterale successiva alla competenza arbitrale, nel senso esattamente che, negli appalti pubblici diversi da quelli dello Stato, il richiamo operato dalle parti alle norme del Capitolato generale di cui al sopraindicato D.P.R. n. 1063 del 1962 assume la medesima natura e portata negoziale dell'atto giuridico che le richiama, perdendo così qualsiasi collegamento con la fonte normativa di provenienza e conservando efficacia indipendentemente dalle successive modifiche delle norme stesse;
d) che, tuttavia, il richiamo in parola, di valore appunto pattizio, non comportasse l'obbligo per le parti di adeguarsi ad ognuna delle norme del Capitolato generale, restando i contraenti, proprio per l'autonomia negoziale riconosciuta loro, liberi di stabilire la composizione del collegio arbitrale diversamente da quanto stabilito dal D.P.R. n. 1063 del 1962, art. 45 onde la legittimità della clausola del Capitolato speciale, allegato

al contratto di appalto del 20.9.1996, la quale fissava in tre, anziché in cinque, il numero dei componenti del collegio in questione;
e) che, quanto alla pretesa inefficacia della clausola compromissoria ex art. 1341 c.c. quest'ultima fosse stata richiamata *per relationem* dall'art. 7, comma 2, del contratto anzidetto, redatto da un pubblico ufficiale come il Segretario Generale della Provincia, mentre, d'altra parte, i contraenti avevano richiamato nella sua interezza il Capitolato generale di appalto, onde, in una simile ipotesi, non ricorreva la figura del contratto per adesione, bensì quella del contratto a relazione perfetta;
f) che il principio del contraddittorio dovesse essere osservato, a pena di nullità del lodo, nel procedimento davanti agli arbitri, non già durante lo svolgimento delle operazioni peritali, là dove non risultavano stabilite sanzioni di nullità per la mancata partecipazione alle stesse dei consulenti tecnici di parte, senza che l'A.T.I., del resto, avesse indicato quale pregiudizio difensivo fosse stato prodotto dalla mancata esibizione al proprio consulente della documentazione acquisita dal consulente di ufficio, non venendo contestato l'avvenuto deposito di tale documentazione, assieme all'elaborato peritale, al termine degli accertamenti del medesimo consulente di ufficio.
Avverso tale sentenza, ricorre per cassazione l'Impresa F. L., in proprio e nella già riferita qualità, deducendo sei motivi di gravame ai quali resiste la Provincia di Pisa con memoria di costituzione.
Ambo le parti hanno presentato memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

Deve, innanzi tutto, essere ritenuta l'inammissibilità della "memoria di costituzione" (in data 31.7.2003) depositata dall'odierna resistente, atteso che, pur ammettendo la possibilità che un atto del genere, indipendentemente dalla denominazione formale, assolva alla funzione propria del controricorso di cui all'art. 370 c.p.c., resta tuttavia indubitabile che tale atto, a norma del medesimo art. 370 c.p.c., debba essere, comunque, notificato alla parte ricorrente "entro venti giorni dalla scadenza del termine stabilito per il deposito del ricorso", laddove, nella specie, non risulta minimamente dimostrato che sia stata effettuata la notificazione dell'atto in parola, il quale, peraltro, a fronte della notificazione del ricorso avvenuta il "3.6.2003", reca già di per se una data (quella, cioè, del "31.7.2003") largamente eccedente i termini anzidetti.
Discende da tale inammissibilità il divieto, per questa Corte, di conoscere il contenuto della "memoria" in questione e, per la resistente, di depositare le memorie ex art. 378 c.p.c. (cosicché analoga sanzione di inammissibilità colpisce la memoria della Provincia di Pisa in data 27.2.2007), salva la facoltà per quest'ultima (che rileva anche ai fini della liquidazione delle spese del presente giudizio) di partecipare alla discussione orale (Cass. 25 luglio 2002, n. 10933; Cass. 21 aprile 2006, n. 9396), cui, infatti, la medesima resistente è ritualmente intervenuta.
Deve, per contro, essere ritenuta la validità (contestata dall'anzidetta Amministrazione Provinciale nei suindicati scritti difensivi, ma, comunque, apprezzabile anche d'ufficio) della procura apposta a margine del ricorso.

Giova, al riguardo, premettere che la procura rilasciata in calce o a margine (come nella specie) del ricorso per cassazione, formando un corpo unico con questo, esprime di per se il necessario riferimento all'atto impugnatorio, assumendo, così, il carattere di specialità nel senso richiesto dall'art. 365 c.p.c. e facendo presumere che il mandato *ad litem* sia stato conferito allo scopo di proporre il ricorso stesso avverso la sentenza ivi menzionata, laddove il limite all'applicazione di tale modello interpretativo ed alla conseguente operatività di una simile presunzione è costituito dal fatto che il mandato de quo si caratterizzi per la presenza di espressioni che, univocamente e con certezza, conducano ad escludere che la parte abbia inteso rilasciare procura per proporre ricorso per cassazione (Cass. 15 marzo 2006, n. 5620; Cass. 20 giugno 2006, n. 14281; Cass. 7 luglio 2006, n. 15605 e n. 15607).

Tanto premesso, si osserva, nella specie, che la procura apposta a margine del ricorso, se, per un verso, reca il riferimento al "presente giudizio proposto dinanzi alla Corte di Appello di Firenze", contiene, per altro verso, subito dopo, l'esplicita precisazione del rilascio della procura anzidetta "per l'impugnativa della sentenza presso la Corte di Appello di Firenze n. 535/02 del 15.1.2002", onde il testuale richiamo della pronuncia gravata attraverso il ricorso medesimo non consente dubbi circa la volontà della parte di proporre "quel" mezzo di impugnazione, restando così priva di rilievo, per la sua stessa incertezza ed equivocità, tale, cioè, da non far escludere l'eventualità di un mero errore materiale, la già riferita menzione del "presente giudizio proposto dinanzi alla Corte di Appello di Firenze".

Con il primo motivo di gravame, lamenta la ricorrente violazione dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 5, e dell'art. 823 c.p.c., comma 2, n. 6, nonché omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, deducendo:

a) che la Corte di merito ha ritenuto che la mancata apposizione della data di delibazione al fianco di ciascuna sottoscrizione non determini la nullità del lodo, prevedendo la normativa rubricata l'ipotesi dell'assoluta mancanza di indicazione della data in cui la sottoscrizione è apposta, non anche la diversa collocazione, rispetto alla sottoscrizione medesima, della data di essa;

b) che, nel caso di specie, non vi è alcuna indicazione della data di sottoscrizione, né a margine di ciascuna sottoscrizione né precedentemente alle firme degli arbitri;

c) che neppure rileva, come sostenuto, invece, nella sentenza gravata, la data indicata come quella in cui si è riunito il Collegio all'inizio della deliberazione, in quanto non permette, in ogni caso, di stabilire con chiarezza non equivoca se il lodo è stato sottoscritto contemporaneamente alla deliberazione da tutti gli arbitri o meno;

d) che, comunque, pur quando si voglia sostenere che l'indicazione della data non sia necessaria per ogni sottoscrizione, è però necessario che vi sia l'indicazione dell'unica data seguita dalla firma di tutti gli arbitri;

e) che la Corte territoriale ha omesso altresì di valutare l'ulteriore difetto di indicazione del luogo di sottoscrizione del lodo.

Il motivo in parte non è fondato ed in parte non è ammissibile.

Per quanto riguarda, infatti, le censure meglio riportate sotto le lett. b), c) e d) che precedono, giova notare come la Corte territoriale, a fronte dello specifico motivo di impugnazione del lodo fondato sulla dedotta violazione dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 5, (nel testo, al quale per questa come per le altre disposizioni in

materia di arbitrato si farà d'ora in avanti riferimento, anteriore alle modifiche introdotte dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, la cui disciplina si applica ai procedimenti arbitrali nei quali la relativa domanda è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore - il 2 marzo 2006 - del decreto legislativo sopra richiamato), "non riportando il lodo definitivo l'indicazione ...
della data di sottoscrizione a fianco di ciascuna sottoscrizione degli arbitri", abbia affermato che "non sussiste la nullità prevista dall'art. 829 c.p.c., n. 5, in relazione all'art. 823 c.p.c., comma 2, n. 6, giacché l'ipotesi riguarda l'assoluta mancanza dell'indicazione della data in cui la sottoscrizione è apposta, e non anche la diversa collocazione, rispetto alla sottoscrizione, della data di essa: difatti l'art. 823 c.p.c., n. 5 prevede l'obbligo dell'indicazione della sede dell'arbitrato (e non anche della data della deliberazione distinta, nel corpo del lodo, dalla data della firma), sicché ben può valere, quale data della sottoscrizione, quella indicata all'inizio della decisione".

Così argomentando, detto Giudice ha fatto corretta applicazione del principio, enunciato da autorevole dottrina in adesione alla lontana sentenza di questa Corte n. 20 del 8 gennaio 1952 (là dove è stata ritenuta l'osservanza del sopra citato n. 5 nell'ipotesi in cui una data, integra di tutti i requisiti, risultava apposta tra il dispositivo e le firme degli arbitri, ma preceduta dalla formula "Così deciso ..."), secondo cui la deliberazione, a meno che non ricorra l'ipotesi di cui all'art. 821 c.p.c., non rappresenta, nelle operazioni arbitrali, un momento diverso dalla sottoscrizione del lodo, la quale è rilevante al duplice effetto del termine per la pronuncia e del termine per il deposito del lodo stesso, onde è esattamente l'inutilità della data della deliberazione che, in virtù del criterio dell'utile per inutile *non vitiatur*, induce a riferire l'unica data all'unica operazione, giuridicamente rilevante, della sottoscrizione appunto, laddove, del resto, la mancanza di specifiche contestazioni, avanzate in sede di merito, circa la formazione del lodo in tempi (ed, eventualmente, luoghi) diversi consente altresì di escludere la necessità della formalità dell'apposizione della data a fianco delle singole sottoscrizioni, la quale trova il suo fondamento nello scopo di individuare il momento da cui la pronuncia ha efficacia vincolante tra le parti, a norma dell'art. 823 c.p.c., u.c. così da rendere evidente e certa la data della formazione anzidetta ai fini di una ipotetica impugnazione del lodo medesimo, laddove, per contro, è da presumere, nella specie, che quest'ultimo sia stato sottoscritto da tutti gli arbitri contestualmente alla decisione, intervenuta sotto la data, risultante dall'atto, indicata all'inizio della decisione stessa, restando, in tal modo, osservata la prescrizione normativa (contenuta nell'art. 823 c.p.c., comma 2, n. 6) che attiene appunto all'indicazione del giorno, mese ed anno in cui la sottoscrizione in parola è apposta (Cass. 15 gennaio 1998, n. 313; Cass. 20 luglio 2000, n. 9536; Cass. 30 gennaio 2003, n. 1401).

Si palesa, invece, inammissibile la censura meglio riportata sotto la lettera e) che precede, atteso che detta censura riguarda la mancata valutazione dell'ulteriore difetto di indicazione "del luogo di sottoscrizione del lodo", mentre, sulla base dell'incensurato (di per se) apprezzamento di fatto della Corte territoriale, è dato di evincere che il motivo di impugnazione (per nullità) del lodo medesimo, dedotto dall'odierna ricorrente, concerneva l'omessa indicazione, nel predetto lodo, "del luogo della deliberazione", onde la censura in esame risulta nuova e, come tale, insuscettibile di trovare ingresso in questa sede.

Con il secondo motivo di gravame, lamenta la ricorrente violazione e falsa applicazione della L. n. 142 del 1990, art. 35, e dell'art 182 c.p.c., nonché incongruità ed illogicità della motivazione, deducendo:

a) che, in relazione a ciò che forma la specifica materia del contendere, né il responsabile del procedimento né il dirigente di settore sono dotati di capacità processuale o di *legitimatio ad processum*, essendo queste ultime funzioni espressamente escluse dall'elencazione tassativa delle competenze attribuite ai dirigenti dalla L. n. 127 del 1997, art. 6 il quale ha modificato dalla richiamata L. n. 142 del 1990, art. 51;
b) che, in contrario, neppure può richiamarsi il tenore dello statuto provinciale, dalla cui lettura si desume la sola titolarità, in capo ai medesimi dirigenti, della rappresentanza giuridica nei confronti dei terzi, senza che ciò coincida assolutamente con la capacità di stare in giudizio o di promuovere lite per conto dell'Amministrazione;
c) che la domanda arbitrale proposta dall'Arch. B. è, pertanto, improcedibile, siccome non preceduta dall'apposita deliberazione della Giunta Provinciale, ovvero dell'organo deputato all'avvio dell'azione giudiziaria, così da investire il Presidente della rappresentanza processuale e del compito di conferire il mandato al dirigente;
d) che è, cioè, evidente come, in caso di promozione di un'azione giudiziaria da parte di un ente locale, la rappresentanza in giudizio spetti al Sindaco o al Presidente della Provincia e come, in ogni caso, quand'anche si voglia ritenere che tale rappresentanza appartenga al dirigente, sia necessaria, pena l'inammissibilità dell'azione medesima, la previa autorizzazione a procedere da parte dell'organo deliberante (nella specie, della Giunta Provinciale);
e) che, nel caso in esame, dalla normativa in materia e dallo statuto dell'Ente non è desumibile il potere dell'Arch. B. di promuovere lite giudiziaria, senza che, del resto, vi sia stata la necessaria, previa autorizzazione a proporre la controversia in esame da parte dell'organo deputato.
Il motivo non è fondato.
La Corte territoriale, infatti, ha ritenuto che "la legittimazione ad agire in giudizio in nome dell'Amm.ne Prov.le (sia) stata esattamente riconosciuta al B.", nella sua "incontestata qualifica" di dirigente di servizio, argomentando nel senso:
a) che l'elencazione dei compiti riservati ai dirigenti, contenuta nel comma terzo (secondo periodo) della L. 8 giugno 1990, n. 142, art. 51, come sostituito dall'art. 6 (comma 2) della L. 15 maggio 1997, n. 127, non può ritenersi tassativa, secondo quanto è dato di ricavare vuoi dal fatto che le funzioni analiticamente descritte sotto le lettere da a) a g) risultano introdotte dalla locuzione "tra (le) quali in particolare", contrapposta a quella di apertura che recita "sono ad essi attribuiti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dall'organo politico", vuoi dal fatto che la lettera h), dal valore evidentemente residuale rispetto all'elencazione di cui alle sopra richiamate lettere da a) a g), prevede che i dirigenti possano compiere "gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti ...";
b) che, nella specie, "lo Statuto della Provincia, approvato nell'agosto 1996, nel rimandare al Regolamento per l'indicazione delle attribuzioni dei dirigenti, stabilisce che essi "hanno, nell'esercizio delle funzioni loro assegnate, la rappresentanza giuridica dell'Amm.ne nei confronti di terzi";
c) che, "in forza del Regolamento Stralcio sull'ordinamento degli Uffici e dei Servizi, adottato dalla Giunta con Delib. n. 571 - n. 664 e n. 781 del 1997 ed in forza della L. n. 142 del 1990, art. 35, comma 2 bis il

dirigente di servizio ha ... "la rappresentanza della Provincia nei confronti dei terzi, compresa la costituzione in giudizio".

Le conclusioni (sopra riportate) alle quali è addivenuta la Corte di merito si palesano del tutto condivisibili, atteso che detto Giudice, muovendo da una corretta interpretazione (di cui alla lettera "a" che precede) della normativa (della L. n. 142 del 1990, art. 51 come modificato dalla L. n. 127 del 1997, art. 6) vigente all'epoca del promovimento del giudizio arbitrale da parte dell'Arch. B. in nome dell'Amministrazione Provinciale, ha, quindi, sulla base degli incensurati (di per se) apprezzamenti di fatto di cui alle lettere "b" e "c" che pure precedono, fatto esatta applicazione dei principi secondo i quali: 1) nel nuovo sistema istituzionale e costituzionale degli enti locali (ribadito dal successivo testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti anzidetti, approvato con il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267), lo statuto di questi ultimi, ed anche il regolamento, là dove lo statuto medesimo contenga (come nella specie) un espresso rinvio, in materia, alla normativa regolamentare, può legittimamente affidare la rappresentanza a stare in giudizio ai dirigenti, nell'ambito dei rispettivi settori di competenza, quale espressione del potere gestionale loro proprio, fermo restando che, soltanto ove non sussista una specifica previsione statutaria (come, invece, nella specie, giusta quanto precede), l'organo di vertice dell'ente (Presidente della Provincia, Sindaco) conserva l'esclusiva titolarità del potere di rappresentanza processuale dell'ente stesso (Cass. Sezioni Unite 16 giugno 2005, n. 12868; Cass. Sezioni Unite 27 giugno 2005, n. 13710);

2) nel nuovo quadro delle autonomie locali, agli effetti della rappresentanza in giudizio dell'ente, l'autorizzazione alla lite da parte della giunta non costituisce più, in linea generale, atto necessario ai fini della proposizione dell'azione o della resistenza a questa, salvo che lo statuto dell'ente medesimo, competente a stabilire i modi di esercizio della rappresentanza legale di quest'ultimo, anche in giudizio, non preveda espressamente l'autorizzazione anzidetta, onde, soltanto qualora l'autonomia statutaria si sia così indirizzata, l'autorizzazione in parola deve essere considerata come atto necessario, per espressa scelta statutaria appunto, ai fini della legittimazione processuale dell'organo (Presidente della Provincia o Sindaco, ovvero dirigente competente) titolare della rappresentanza anzidetta (Cass. Sezioni Unite n. 12868/2005, cit.; Cass. Sezioni Unite n. 13710/2005, cit.).

Con il terzo motivo di gravame, lamenta la ricorrente violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 1063 del 1962, art. 47, e dell'art. 829 c.p.c., nonché insufficienza, incongruità ed illogicità della motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, deducendo:

a) che l'impugnata sentenza ha ritenuto sussistere la competenza del Collegio arbitrale a decidere sulla controversia in esame argomentando dall'inapplicabilità, o, quanto meno, dall'ininfluenza, dei principi fissati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 152 del 1996 ai contratti di appalto conclusi dalle Amministrazioni Pubbliche diverse dallo Stato, sostenendo altresì che il richiamo effettuato dall'Amministrazione Provinciale al Capitolato generale di appalto avrebbe natura pattizia e non normativa;

b) che tali affermazioni si palesano prive di fondamento ed in contrasto con i dati normativo e contrattuale;

c) che la ricorrente, infatti, avvalendosi della facoltà sancita nell'art. 47, comma 2 del Capitolato generale approvato con D.P.R. n. 1063 del 1962 (applicabile all'epoca della notifica dell'atto di accesso arbitrale ed espressamente richiamato negli stessi atti contrattuali), ha, sulla scorta di principi ripetutamente enunciati

dal Giudice delle leggi e dalla Suprema Corte in tema di non obbligatorietà del rimedio arbitrale, optato per l'esclusione della compromettibilità ad arbitri.

Con il quarto motivo di gravame, del cui esame congiunto con il precedente si palesa l'opportunità involgendo entrambi la trattazione di questioni strettamente connesse, lamenta la ricorrente violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 1063 del 1962, artt. 43 e 47 e dell'art. 829 c.p.c., comma 2, nonché insufficienza, incongruità ed illogicità della motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, deducendo: a) che il preteso valore pattizio delle norme che rinviano all'applicabilità del Capitolato generale ha portato la Corte territoriale a ritenere nella disponibilità delle parti la determinazione della composizione del Collegio arbitrale;

b) che le norme poste dal Capitolato generale riguardo alla composizione di detto Collegio conservano, invece, piena inderogabilità siccome poste a presidio degli scopi pubblicistici della disciplina degli appalti, con relativa invalidità delle clausole compromissorie che vi deroghino;

c) che la disposizione del Capitolato speciale la quale deroghi o sia difforme da quanto prescritto dal Capitolato generale è da considerare affetta da nullità assoluta ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 1;

d) che, nel sostenere il proprio assunto, la Corte territoriale ha ritenuto che l'autonomia delle parti possa derogare a tali norme, dimenticando che la clausola è stata predisposta, in modo unilaterale, dall'Amministrazione e che l'A.T.I. Fontana - Tessitore ne ha ampiamente contestato la validità, declinando tempestivamente la competenza arbitrale nel termine di legge.

I due motivi non sono fondati.

Il Giudice di merito, infatti, dietro puntuale richiamo della giurisprudenza di questa Corte, si è correttamente uniformato ai principi secondo i quali:

a) il Capitolato generale di appalto per le opere pubbliche, approvato con D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, modificato con L. 10 dicembre 1981, n. 741, ha valore normativo e vincolante (applicandosi, quindi, direttamente ed indipendentemente dal richiamo che ne abbiano fatto le parti) soltanto per gli appalti stipulati dallo Stato, mentre non riguarda, invece, gli enti pubblici diversi dallo Stato, per i quali può assumere efficacia obbligatoria soltanto sotto il profilo negoziale, ovvero solo se e nei limiti in cui le parti lo abbiano richiamato per regolare il singolo rapporto contrattuale, come quando le parti medesime abbiano testualmente pattuito che il capitolato anzidetto integri il contratto, onde, in tal caso, l'arbitrato ha la sua fonte non già nella legge, bensì in una convenzione compromissoria concretamente intercorsa tra le parti, da cui deriva anche la forza vincolante della convenzione stessa (Cass. 16 aprile 1999, n. 3802; Cass. 7 giugno 2000, n. 7705; Cass. 21 febbraio 2006, n. 3768);

b) in tema di controversie nascenti da un contratto di appalto di opere pubbliche, deferite, in via generale, ad arbitri dall'art. 43 del relativo Capitolato generale, la facoltà, riconosciuta ad entrambi i contraenti, di chiedere la deroga a tale competenza arbitrale, esclusa dall'art. 16 della già citata L. n. 741 del 1981 che aveva modificato il testo dell'art. 47 del Capitolato anzidetto, è stata ripristinata a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del menzionato art. 6 per effetto della sentenza del Giudice delle L. n. 152 del 1996, derivando da ciò la necessità di operare una distinzione tra gli appalti dello Stato (ovvero degli enti pubblici tenuti, per legge, all'osservanza del Capitolato generale per le opere statali) e gli altri appalti pubblici, atteso che, nel primo caso, la decisione della Corte Costituzionale produce, del tutto legittimamente, i suoi

effetti ex tunc anche nei casi in cui la clausola compromissoria trovi la sua fonte nella volontà negoziale delle parti che abbiano recepito la normativa caducata attraverso il rinvio materiale alle disposizioni del suindicato Capitolato generale (con il solo limite delle situazioni esaurite), laddove, nella seconda ipotesi, formatasi la volontà contrattuale secondo la disciplina dettata dal Capitolato generale in parola, l'intero rapporto è retto e deve svolgersi secondo quella disciplina, nel senso esattamente che il richiamo operato dalle parti alle norme di detto Capitolato assume la stessa natura e portata negoziale dell'atto giuridico che le richiama, perdendo, così, qualsiasi collegamento con la fonte normativa di provenienza e, conservando, quindi, efficacia indipendentemente dalle successive modifiche della fonte normativa medesima e dalla sua dichiarazione di incostituzionalità, le quali, proprio per l'effetto vincolante che, liberamente, i contraenti hanno attribuito al contenuto di dette norme, non possono alterare il regime pattizio dei contratti in corso (Cass. 21 giugno 2000, n. 8420; Cass. 17 gennaio 2001, n. 563; Cass. 26 maggio 2005, n. 11216;Cass. 6 novembre 2006, n. 23670);

c) in tema di appalti stipulati dalle Amministrazioni non statali, poiché le previsioni del Capitolato generale approvato con D.P.R. n. 1063 del 1962 costituiscono clausole negoziali operanti, sia sul piano sostanziale sia sul piano processuale, per volontà delle parti, anche la composizione del collegio arbitrale finisce per rappresentare oggetto di regolamentazione pattizia, onde le parti stesse restano libere di stabilire siffatta composizione in termini identici ovvero diversi (come nella specie) rispetto a quella di cui al richiamato D.P.R. n. 1063 del 1962, art. 45, (Cass. n. 7705/2000, cit; Cass. 29 gennaio 2002, n. 1066;Cass. 20 novembre 2003, n. 17599), palesandosi, quindi, del tutto corretto il riconoscimento, ad opera della Corte territoriale, della "legittimità della clausola n. 38 del Capitolato Speciale allegato al contratto di appalto del 20.9.96, che fissa in numero di tre - anziché in cinque - componenti del collegio arbitrale".

Con il quinto motivo di gravame, lamenta la ricorrente violazione dell'art. 829, comma 2, in relazione agli artt. 1341 e 1342 c.c. nonché difetto assoluto di motivazione, illogicità e manifesta incongruenza di quest'ultima, deducendo:

a) che la Corte territoriale ha ritenuto la piena efficacia e validità della clausola compromissoria in quanto essa è stata richiamata *per relationem* dall'art. 7, comma 2, del contratto in data 20.9.1996, non necessitando la medesima di singola e specifica sottoscrizione;

b) che, al contrario, va ritenuta nella specie la sussistenza dell'obbligo di una simile sottoscrizione, in quanto la clausola in questione deve avere una autonoma e separata collocazione nel quadro delle condizioni generali del contratto;

c) che l'obbligo anzidetto neppure può ritenersi soddisfatto tramite la firma apposta su ciascuno dei fogli separati dai quali sia composto l'unico documento recante il contratto stesso, essendo tale ipotesi relativa al solo caso in cui quest'ultimo venga predisposto da entrambe le parti, laddove, nella specie, si verte in ipotesi di contratto predisposto unicamente dall'Amministrazione committente con l'obbligo di specifica approvazione della clausola vessatoria;

d) che siffatto obbligo tanto meno può ritenersi soddisfatto attraverso la sottoscrizione del contratto ed il mero rinvio a tutto quanto genericamente richiamato, necessitando che la clausola vessatoria sia indicata specificatamente, così da poter essere valutabile dal sottoscrivente nella sua singolarità.

Il motivo non è fondato.

Anche a tale proposito, infatti, il Giudice di merito si è correttamente uniformato ai principi enunciati da questa Corte ed in particolare:

a) per un verso, sulla base dell'incensurato (di per se) apprezzamento di fatto in ragione del quale la "clausola compromissoria ... è stata richiamata *per relationem* dall'art. 7, (comma) 2, del contratto 20.9.96 che risulta essere stato redatto da un pubblico ufficiale (il Segretario Generale della Provincia)", ha riportato l'orientamento secondo cui le clausole inserite in un contratto stipulato per atto pubblico o in forma pubblica amministrativa, ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi come "predisposte" dal contraente medesimo, ai sensi dell'art. 1341 c.c. onde, pur se vessatorie, non richiedono approvazione specifica per iscritto, in quanto la particolare forma contrattuale rivestita dall'accordo esclude la necessità di una simile approvazione (Cass. 23 aprile 1998, n. 4188; Cass. 27 aprile 1998, n. 4269; Cass. 21 gennaio 2000, n. 675;Cass. 21 settembre 2004, n. 18917);

b) per altro verso, senza che risultino specificatamente censurati in questa sede i relativi presupposti di fatto, ha altresì riportato il principio in forza del quale, in materia di contratti di appalto di opera pubblica, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1341 c.c., comma 2 è necessario che l'Amministrazione appaltante predisponga unilateralmente la singola clausola vessatoria, laddove tale norma non è operante allorché i contraenti richiamino nella sua interezza il Capitolato generale di appalto come parte integrante del contratto stesso, in una simile ipotesi ricorrendo la figura, non del contratto di adesione (con la conseguente soggezione a specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose), bensì del contratto a relazione perfetta, in cui il riferimento al Capitolato medesimo deve essere considerato come il risultato di una scelta concordata, diretta all'assunzione di uno schema al quale le parti si riportano attraverso una formula che denota, sia pure in modo sintetico, l'effettiva conoscenza ed accettazione di tutte le clausole ivi contenute (Cass. 2 ottobre 2001,11.12203).

Con il sesto motivo di gravame, lamenta la ricorrente violazione e falsa applicazione dell'art. 113 c.p.c. e dell'art. 829 c.p.c., n. 9, nonché insufficienza, incongruità ed illogicità della motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, deducendo:

a) che la Corte territoriale ha ritenuto infondato il motivo di impugnazione del lodo arbitrale del 13.6.2000 basato sulla presunta violazione del principio del contraddittorio nella fase istruttoria della procedura arbitrale, assumendo che la violazione, di cui all'art. 829 c.p.c., n. 9, capace di inficiare la validità del lodo sia relativa alla sola inosservanza del principio del contraddittorio nel corso del procedimento davanti agli arbitri e non già durante lo svolgimento delle operazioni peritali, in presenza delle quali non sarebbero stabilite sanzioni di nullità per la mancata partecipazione di una delle parti;

b) che l'inosservanza del principio del contraddittorio, perpetrata nel corso della consulenza tecnica svoltasi in assenza di disamina, ad opera del consulente di parte convenuta, dei documenti acquisiti dal consulente d'ufficio, finisce per riflettersi sull'intero procedimento, incrinando irrimediabilmente la pronuncia che ne è conseguita;

c) che il principio del contraddittorio va rispettato non solo nella fase del giudizio che si svolge davanti agli arbitri, come erroneamente ritenuto dalla Corte di merito, bensì durante l'intera fase processuale, con

particolare riferimento anche alla fase di assunzione delle risultanze istruttorie, onde è evidente che, nella specie, impedendosi al consulente di parte A.T.I. Fontana-Tessitore di conoscere elementi istruttori fondamentali per la decisione della causa e, comunque, i fatti oggetto della prova in ragione dell'indisponibilità del consulente d'ufficio, si sia in presenza della violazione del principio del contraddittorio.

Il motivo non è fondato.

Premesso, infatti, come, sulla base dell'incensurato (di per se) apprezzamento di fatto della Corte territoriale, sia dato di ricavare che la documentazione acquisita dal consulente tecnico di ufficio durante le operazioni peritali è stata "depositata insieme all'elaborato ... al termine degli accertamenti", giova osservare che la mancata esibizione di tale documentazione al consulente tecnico di parte non integra, comunque, gli estremi della violazione del principio del contraddittorio, atteso che:

a) nel giudizio arbitrale, qualora le parti non abbiano determinato nel compromesso o nella clausola compromissoria le regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo che ritengano più opportuno e, quindi, anche di discostarsi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, con l'unico limite, peraltro, del rispetto dell'inderogabile principio del contraddittorio appunto, posto dall'art.101 c.p.c, il quale, tuttavia, opportunamente adattato al procedimento dinanzi agli arbitri, va inteso nel senso che deve essere offerta alle parti, al fine di consentire loro un'adeguata attività difensiva per tutto il corso del procedimento medesimo, la possibilità di esaminare ed analizzare le prove e le risultanze del processo, anche dopo il compimento dell'istruttoria e fino al momento della chiusura della trattazione (Cass. 13 luglio 1994, n. 6579; Cass. 16 maggio 2000, n. 6288; Cass. 23 giugno 2000, n. 8540; Cass. 2 febbraio 2001, n. 1496;Cass. 27 ottobre 2004, n. 20828; Cass. n. 23670/2006, cit.);

b) nel caso in cui, più in particolare, sia stata disposta una consulenza tecnica di ufficio, mentre non occorre assegnare un termine per la nomina di consulenti di parte, ai sensi dell'art. 201 c.p.c. e art. 91 disp. att. c.p.c., sussiste per gli arbitri l'obbligo (soltanto) di far conoscere alle parti i risultati della perizia e di concedere a queste ultime termine per le deduzioni e difese, non escluso il deposito di una relazione, affidata a tecnici di fiducia, la quale rechi osservazioni e rilievi al contenuto della consulenza stessa (Cass. 29 gennaio 1992, n. 923);

c) nella specie, quindi, non è dato di ravvisare violazione alcuna del principio del contraddittorio, essendo stata (secondo quanto già accennato) la documentazione acquisita dal CTU "depositata insieme all'elaborato peritale al termine degli accertamenti" e non essendo stato, del resto, da parte dell'odierna ricorrente, neppure minimamente dedotto di avere richiesto (inutilmente) la fissazione di un termine del genere di quello sopraindicato.

Il ricorso, pertanto, deve essere rigettato.

La sorte delle spese del giudizio di cassazione segue il disposto dell'art. 385 c.p.c., comma 1, liquidandosi dette spese in complessivi Euro 4.100,00, di cui Euro 4.000,00 per onorari, oltre le spese generali (nella misura percentuale del 12,50% sull'importo degli onorari medesimi) e gli accessori (I.V.A. e Cassa Previdenza Avvocati) dovuti per legge.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al rimborso in favore della resistente delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in complessivi Euro 4.100,00, di cui Euro 4.000,00 per onorari, oltre le spese generali e gli accessori dovuti per legge.
Così deciso in Roma, il 16 marzo 2007.
Depositato in Cancelleria il 26 settembre 2007

Cassazione civile sez. II, 26/09/2018, n. 22994

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. MATERA Lina - Presidente -
Dott. FEDERICO Guido - Consigliere -
Dott. SCALISI Antonino - Consigliere -
Dott. SABATO Raffaele - Consigliere -
Dott. CRISCUOLO Mauro - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso 5765-2014 proposto da:
HELIOS SPA, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA XX SETTEMBRE 3, presso lo studio dell'avvocato BRUNO NICOLA SASSANI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato CLAUDIO CECCHELLA giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
M.M., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEGLI SCIPIONI 267, presso lo studio dell'avvocato ANTONIO DI IULIO, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati MARCO LUPERI, NICOLETTA GIULIANI in virtù di procura in calce al controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 31/2013 della CORTE D'APPELLO di GENOVA, depositata il 09/01/2013;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 19/06/2018 dal Consigliere Dott. MAURO CRISCUOLO;
Lette le conclusioni del Sostituto Procuratore Generale dott. CAPASSO Lucio, che ha chiesto il rigetto del ricorso;
Lette le memorie depositate dalla ricorrente.

RAGIONI IN FATTO ED IN DIRITTO
1. La Grifil S.r.l., successivamente incorporata dalla Helios S.p.A., proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 2/2002 con il quale, su richiesta di M.M., le era stato ingiunto il pagamento della somma di Lire 829.900.000, pari al compenso dovuto al ricorrente per l'attività di progettazione e consulenza finalizzate alla valutazione dell'edificabilità di un'area di circa 66 ettari in (OMISSIS), su incarico della società.

La ricorrente evidenziava che tale somma era frutto della quantificazione operata con lodo del 27 dicembre 2001, all'esito di procedimento arbitrale irrituale.
A fondamento dell'opposizione la società invece sosteneva che fosse erronea la qualificazione del lodo operata dal ricorrente, e che per converso avrebbe dovuto richiedere l'omologazione ai sensi dell'art. 825 c.p.c.
Inoltre lamentava che il lodo era stato pronunciato allorché era già scaduto il termine perentorio previsto in contratto e già una volta prorogato.
Infine, lamentava la violazione del principio del contraddittorio, in quanto gli arbitri avrebbero indebitamente consentito al M. di poter allegare documenti nella procedura, ben oltre il termine che inizialmente gli stessi arbitri avevano fissato.
Nel merito contestava la ricostruzione delle vicende contrattuali operata dagli arbitri, denunciando le inadempienze del professionista, ribadendo in ogni caso che non era dovuta l'IVA invece applicata in sede monitoria.
Il Tribunale rigettava l'opposizione, tranne che per quanto concerneva la debenza dell'IVA, atteso che la somma liquidata dagli arbitri era già comprensiva di tale componente, e la Corte d'Appello di Genova con la sentenza n. 31 del 9 gennaio 2013 rigettava l'appello della società. Quanto al primo motivo, relativo alla contestazione circa la natura irrituale dell'arbitrato, si osservava che il tenore della clausola compromissoria deponeva invece in maniera inequivoca per la natura irrituale del procedimento arbitrale concordato tra le parti, che avevano deciso di incaricare gli arbitri quali amichevoli compositori, prendendo la decisione con un lodo inimpugnabile, in assenza di formalità di procedura e con un arbitrato equitativo.
La lettura complessiva di tali espressioni induceva quindi a confermare la natura irrituale dell'arbitrato, potendosi in ogni caso richiamare il criterio di interpretazione suppletivo, secondo cui, in caso di dubbio, occorra optare per l'irritualità dell'arbitrato, opzione alla quale aveva aderito la stessa difesa dell'appellante nei precedenti scritti difensivi in sede arbitrale.
Quanto al secondo motivo, concernente la violazione del termine previsto per la pronuncia del lodo, la sentenza di appello rilevava che il termine era stato inequivocabilmente prorogato dalle parti.
Infatti, già una prima proroga espressa era stata prevista fissandosi il nuovo termine del 16 luglio 2001 al fine di consentire l'espletamento delle prove, sicché il mancato completamento dell'istruttoria a tale data per motivi imputabili alle richieste dei difensori delle parti coinvolte induceva a ritenere che vi fosse stata un'ulteriore proroga per concorde volontà dei contendenti, ben potendosi a tal fine anche fare riferimento al comportamento concludente delle parti.
Nel caso di specie era stato lo stesso difensore della società a chiedere un rinvio per escutere i testi ammessi, mostrando in tal modo che la volontà del proprio dominus era quella di prorogare il termine.
In relazione al terzo motivo, concernente la pretesa violazione del principio del contraddittorio, la sentenza rilevava che non vi era stata alcuna violazione della par condicio, in quanto, ancorché avessero inizialmente fissato dei termini stringenti, successivamente gli arbitri avevano preso atto della volontà delle parti di revocare il provvedimento che aveva fissato i termini in questione, il che escludeva che vi fosse stata un'indebita rimessione in termini della difesa del M..

Inoltre, quanto all'espletamento della CTU, era stato il Collegio a delegare il Presidente al conferimento dell'incarico all'ausiliario, e che le parti, sebbene non presenti in tale circostanza, ebbero modo di esporre le proprie ragioni nel corso dell'accertamento peritale, non potendo in ogni caso essere sindacata la scelta di disporre una consulenza tecnica d'ufficio.

La natura irrituale del lodo precludeva poi ogni contestazione in ordine ai pretesi errori di giudizio commessi dagli arbitri.

La Helios S.p.A. ha proposto ricorso per la cassazione di tale sentenza sulla base di tre motivi.

M.M. ha resistito con controricorso.

2. Il primo motivo di ricorso denuncia ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4, l'erronea qualificazione dell'arbitrato e del lodo come irrituali, in violazione delle regole di interpretazione del contratto di cui agli artt. 1362 c.c. e ss. e delle regole in tema di arbitrato rituale (artt. 806 c.p.c. e ss.).

Si deduce che non è possibile dare peso alla sola interpretazione letterale, con riferimenti anche errati, anzichè alla comune intenzione dei contraenti ed al loro comportamento complessivo, anche posteriore alla conclusione del contratto.

Le espressioni valorizzate dai giudice di merito non sono univoche a favore della natura irrituale del lodo, ma in realtà sono espressive della volontà di dare vita ad un arbitrato, pur sempre rituale, ma di carattere equitativo e quindi svincolato dall'osservanza delle regole di diritto sostanziale.

Inoltre, l'errore commesso dalla sentenza gravata, oltre che rinvenirsi nell'equivocità degli elementi letterali valorizzati, risiede anche nel non avere valutato la condotta successiva dei contraenti e degli arbitri che hanno dettato regole processuali improntate ad un sistema di tipo rituale, con il deposito di scambi e di memorie, con fissazione di termini e successive proroghe.

Il motivo deve essere disatteso.

In primo luogo si rileva che il ricorso difetta evidentemente del requisito di specificità di cui all'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, in quanto pur concretandosi nella censura all'interpretazione della clausola compromissoria come operata dai giudici di merito, omette di riprodurne il contenuto in motivo, nè provvede ad indicare quando il documento de quo sia stato prodotto, da chi, ed ove attualmente sia reperibile al'interno delle produzioni di parte, impedendo quindi a questa Corte di poter procedere alla valutazione della correttezza delle critiche mosse, in conformità di quanto previsto dalla norma di rito sopra richiamata.

Né tale conclusione che appare ostativa in rito alla disamina del motivo, risulta impedita dal fatto che secondo i precedenti di questa Corte (cfr. Cass. n. 23629/2015) al fine di qualificare l'arbitrato come rituale o irrituale, ancorché al diverso fine dell'individuazione del corretto mezzo di impugnazione proposto, la Corte di cassazione opera come giudice del fatto e ha, dunque, il potere di accertare direttamente, attraverso l'esame degli atti e degli elementi acquisiti al processo, la volontà delle parti espressa nella clausola compromissoria, in quanto la relativa qualificazione incide sull'ammissibilità dell'impugnazione della decisione arbitrale, occorrendo a tal fine ricordare che anche nel caso di denuncia di *errores in procedendo*, il potere del giudice di esaminare direttamente gli atti ed i documenti sui quali il ricorso si fonda, presuppone che la censura sia stata proposta dal ricorrente in conformità alle regole fissate al riguardo dal codice di rito (e, quindi, in particolare, in conformità alle prescrizioni dettate dall'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6 e art. 369 c.p.c., comma 2, n. 4).

La censura risulta comunque infondata nel merito.

Ed, invero, va ribadito che (cfr. da ultimo Cass. n. 24558/2015) nell'arbitrato rituale le parti mirano a pervenire ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c. con l'osservanza delle regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà. Ne consegue che ha natura di arbitrato irrituale quello previsto da una clausola compromissoria che enunci l'impegno delle parti di considerare il carattere definitivo e vincolante del lodo, al pari del negozio concluso e quindi come espressione della propria personale volontà, restando di contro irrilevanti sia la previsione della vincolatività della decisione, anche se firmata solo dalla maggioranza degli arbitri (dato che pure l'arbitrato libero ammette tale modalità), e sia la previsione di una decisione secondo diritto, senza il rispetto delle forme del codice di rito, ma nel rispetto del contraddittorio, attesa la sua compatibilità con l'arbitrato libero e il necessario rispetto anche in quest'ultimo del principio del contraddittorio (conf. Cass. n. 7574/2011).

Inoltre è stato affermato che (Cass. n. 26135/2013) al fine di determinare se si verta in tema di arbitrato rituale o irrituale, occorre interpretare la clausola compromissoria alla stregua dei normali canoni ermeneutici ricavabili dall'art. 1362 c.c. e, dunque, fare riferimento al dato letterale, alla comune intenzione delle parti, e al comportamento complessivo delle stesse, anche successivo alla conclusione del contratto, senza che, il mancato richiamo nella clausola alle formalità dell'arbitrato rituale deponga univocamente nel senso dell'irritualità dell'arbitrato, ovvero possa essere invocato il criterio, residuale, della natura eccezionale dell'arbitrato rituale, dovendosi tenere conto delle maggiori garanzie offerte da tale forma di arbitrato quanto all'efficacia esecutiva del lodo, al regime delle impugnazioni, alle possibilità per il giudice di concedere la sospensiva.

Posti tali principi, va ribadito il costante orientamento di questa Corte per il quale l'interpretazione di un atto negoziale è tipico accertamento in fatto riservato al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità, se non nell'ipotesi di violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale, di cui all'art. 1362 c.c., e segg., o di motivazione inadeguata (ovverosia, non idonea a consentire la ricostruzione dell'iter logico seguito per giungere alla decisione). Sicché, per far valere una violazione sotto il primo profilo, occorre non solo fare puntuale riferimento alle regole legali d'interpretazione (mediante specifica indicazione dei canoni asseritamente violati ed ai principi in esse contenuti), ma altresì precisare in qual modo e con quali considerazioni il giudice del merito se ne sia discostato; con l'ulteriore conseguenza dell'inammissibilità del motivo di ricorso che si fondi sull'asserita violazione delle norme ermeneutiche o del vizio di motivazione e si risolva, in realtà, nella proposta di una interpretazione diversa (Cass. 26 ottobre 2007, n. 22536). D'altra parte, per sottrarsi al sindacato di legittimità, quella data dal giudice del merito al contratto non deve essere l'unica interpretazione possibile, o la migliore in astratto, ma una delle possibili e plausibili interpretazioni (tra le altre: Cass. 12 luglio 2007, n. 15604; Cass. 22 febbraio 2007, n. 4178). Ne consegue che non può trovare ingresso in sede di legittimità la critica della ricostruzione della volontà negoziale operata dal giudice di merito che si traduca esclusivamente nella prospettazione di una diversa valutazione degli stessi elementi già dallo stesso

esaminati; sicché, quando di una clausola contrattuale sono possibili due o più interpretazioni, non è consentito, alla parte che aveva proposto l'interpretazione poi disattesa dal giudice di merito, dolersi in sede di legittimità del fatto che fosse stata privilegiata l'altra (Cass. 7500/2007; 24539/2009).

Inoltre, ancorché sia stato ribadito che (cfr. Cass. n. 14432/2016) in materia di interpretazione del contratto, sebbene i criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 c.c. e ss. siano governati da un principio di gerarchia interna in forza del quale i canoni strettamente interpretativi prevalgono su quelli interpretativi-integrativi, tanto da escluderne la concreta operatività quando l'applicazione dei primi risulti da sola sufficiente a rendere palese la "comune intenzione delle parti stipulanti", tuttavia la necessità di ricostruire quest'ultima senza "limitarsi al senso letterale delle parole", ma avendo riguardo al "comportamento complessivo" dei contraenti, comporta che il dato testuale del contratto, pur rivestendo un rilievo centrale, non sia necessariamente decisivo ai fini della ricostruzione dell'accordo, giacché il significato delle dichiarazioni negoziali non è un "prius", ma l'esito di un processo interpretativo che non può arrestarsi al tenore letterale delle parole, ma deve considerare tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore.

Pur avuto riguardo a tale principio, si rileva che il giudice di merito ha sottolineato come le plurime espressioni letterali contenute nella clausola compromissoria deponessero tutte in maniera univoca per la natura irrituale, offrendo quindi un'interpretazione del contratto non già fondata sull'atomistica considerazione delle espressioni utilizzate dalle parti, ma correttamente pervenendo ad un'esegesi di carattere sintetico ed integrato, volta a valorizzare le espressioni le une a mezzo delle altre, ed attribuendo quindi portata risolutiva al metodo, pur sempre prioritario, di interpretazione letterale fondato sulle espressioni letterali utilizzate, idoneo come tale a denotare, in assenza di indici di carattere contrario quale fosse l'effettiva volontà dei contraenti.

Le censure sollevate in ricorso, lungi dall'evidenziare l'erroneità incontestabile della conclusione raggiunta dal giudice di merito, che passava necessariamente attraverso la dimostrazione della assoluta implausibilità del risultato ermeneutico raggiunto, mirano piuttosto a proporre una diversa soluzione interpretativa, alternativa a quella del giudice di appello, che però non appare necessariamente erronea.

In tal senso anche il successivo comportamento delle parti, che la ricorrente individua nella condotta degli arbitri e delle parti nel concreto svolgimento del procedimento arbitrale, valorizzando la circostanza che siano state dettate ed accettate delle regole volte a scandire in maniera ben precisa l'andamento del processo, oltre a non contrastare con il dato che deve reputarsi prevalente delle espressioni utilizzate, di per sè assume carattere equivoco, atteso che l'esigenza di assicurare il rispetto del principio del contradditorio anche in caso di arbitrato irrituale, ben potrebbe essere soddisfatta mediante la scelta di regolamentare in maniera dettagliata le facoltà di difesa delle parti all'interno del procedimento, senza per questo solo sconfessare la natura libera dell'arbitrato.

Quanto infine all'argomento secondo cui in caso di dubbio occorrerebbe propendere per la natura irrituale dell'arbitrato, non ignora il Collegio che trattasi di affermazione che risulta sconfessata dalla più recente giurisprudenza di questa corte (cfr. Cass. n. 6909/2015, a mente della quale in tema di interpretazione del patto compromissorio, anche con riferimento alla disciplina applicabile prima della introduzione dell'art. 808 ter c.p.c. ad opera del D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, il dubbio sull'interpretazione dell'effettiva volontà

dei contraenti va risolto nel senso della ritualità dell'arbitrato, tenuto conto della natura eccezionale della deroga alla norma per cui il lodo ha efficacia di sentenza giudiziaria), ma va tuttavia rilevato che si tratta di argomento speso *ad abundantiam*, e che non assume carattere decisivo ai fini della soluzione del problema postosi nella causa, essendo evidente che in realtà a far propendere per la natura irrituale dell'arbitrato erano state, ed in maniera autosufficiente, le stesse espressioni letterali utilizzate, avendo la Corte di merito speso l'argomento in esame a soli fini di rafforzamento della propria decisione.

3. Il secondo motivo di ricorso denuncia sempre ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4 la violazione e falsa applicazione degli artt. 1703 c.c. e ss. ed in particolare dell'art. 1722 c.c., con la conseguente violazione anche dell'art. 1711 c.c. e dell'art. 820 c.p.c., nella parte in cui la sentenza impugnata ha escluso che il lodo fosse stato depositato fuori termine.

Si assume che le parti avevano inizialmente previsto il termine di sessanta giorni per la pronuncia del lodo, ma che le stesse avevano concesso una proroga espressa sino alla data del 16/7/2001, mentre il lodo è stato pronunciato in data 27 dicembre 2001, quindi ben oltre il termine prorogato.

Ebbene, a fronte di una prima proroga scritta e formalizzata, la sentenza di appello ha ritenuto che fosse intervenuta anche una seconda proroga, per effetto del comportamento processuale concludente delle parti, applicando in tal modo erroneamente l'art. 820 c.p.c. che è invece insuscettibile di estensione all'arbitrato irrituale.

Deve pertanto ritenersi che il lodo sia stato emesso allorquando il termine per la sua pronuncia, da reputarsi essenziale in assenza di una diversa previsione negoziale, era ormai già scaduto, essendo quindi del tutto privo di efficacia.

Osserva la Corte che costituisce orientamento consolidato quello secondo cui (cfr. Cass. n. 58/2001) nell'arbitrato libero, il contenuto dell'obbligo assunto dagli arbitri, secondo le regole del mandato, è quello di emettere la decisione loro affidata entro un determinato termine, non potendo ammettersi che le parti siano vincolate alla definizione extragiudiziale della controversia, ed alla conseguente improponibilità della domanda giudiziale, per un tempo non definito. Ne consegue che, applicandosi all'arbitrato irrituale la disciplina dell'art. 1722 c.c., n. 1, il mandato conferito agli arbitri deve considerarsi estinto alla scadenza del termine prefissato dalle parti, salvo che esse non abbiano inteso in modo univoco conferire a detto termine un valore meramente orientativo (conf. Cass. n. 10462/1994; Cass. n. 5523/1983).

Fatta salva l'ipotesi in cui (cfr. Cass. n. 13212/2014; Cass. n. 574/1985) la controversia devoluta in arbitrato irrituale abbia ad oggetto diritti reali immobiliari, per la quale il termine per la pronuncia del lodo non è prorogabile se non con patto avente la forma scritta "ad substantiam", poiché il mandato (o la modifica dei termini di un mandato) a concludere un negozio per il quale sia richiesta la forma scritta "ad substantiam", deve essere rilasciato per iscritto a pena di nullità, non potendosi quindi desumere l'esistenza del patto di proroga da elementi presuntivi, quale il comportamento delle parti, in relazione alla controversa in esame, che esula da quelle per le quali è prevista la forma scritta *ad substantiam*, il motivo di ricorso pone la questione giuridica relativa alle modalità con le quali è possibile disporre una proroga del termine de quo, ed in particolare impone di interrogarsi se, come in sostanza ritenuto dal giudice di appello, la volontà di proroga possa

ricavarsi dal comportamento concludente e precisamente dal fatto che era stato lo stesso difensore della società nel corso del procedimento arbitrale a chiedere un rinvio ai fini dell'escussione dei testi, giustificando quindi la decisione degli arbitri di disporre un'ulteriore proroga, e precisamente quella che invece parte ricorrente ritiene disposta unilateralmente e come tale priva di efficacia.

Tuttavia i precedenti di questa Corte che si sono occupati del tema hanno affermato il principio per il quale (cfr. Cass. n. 574/1985) i difensori delle parti coinvolte nel procedimento arbitrale, hanno il ruolo di meri consulenti delle stesse, essendo essi privi di quell'autonomia che è propria del loro ministero nell'ambito di un processo, sia sulla natura e sulla funzione del termine, ove prefissato, per la pronuncia del lodo, il quale si atteggia come "conformativo" del potere degli arbitri e alla cui osservanza è subordinata non la sola regolarità della prestazione, ma la riferibilità della loro determinazione alla volontà dei compromittenti, sicché la proroga del termine concordata dai difensori non muniti di mandato speciale non è vincolante per la parte che abbia negato il proprio consenso alla proroga medesima.

Tale principio è stato poi più di recente confermato da Cass. n. 24562/2011, che ha però precisato come la proroga possa essere concordata sia dai difensori muniti di procura speciale, comprensiva della facoltà di transigere e dei più ampi poteri, che necessariamente includono anche la possibilità di concedere un differimento del termine per l'emissione del lodo, affermandosi quindi che la proroga può essere accordata anche dai difensori privi di mandato speciale, ma che in tal caso è necessario che le parti non abbiano negato il proprio consenso alla proroga medesima, aggiungendo altresì che il relativo accertamento, risolvendosi nella ricostruzione della volontà delle parti, è rimesso all'apprezzamento del giudice del merito ed è insindacabile in sede di legittimità se congruamente e correttamente motivato.

Ritiene la Corte di dover aderire a tale più recente orientamento, con la conseguente infondatezza del motivo, atteso che la sentenza di appello ha tratto elementi dal comportamento dei difensori nel senso che lo stesso avrebbe avallato ed anzi auspicato la proroga del termine poi fissata dagli stessi arbitri, ritenendo che il comportamento del difensore trovasse una sponda nella stessa volontà dell'assistito, mancando comunque una espressa volontà contraria delle parti.

Va altresì evidenziato che il motivo di ricorso, quanto alla posizione dei difensori si limita a riferire dell'assenza di un mandato espresso, laddove il precedente del 2011 citato prevede che sia sufficiente ai fini della concessione della proroga anche il mandato speciale (e non già espresso) sicché ai fini della fondatezza del motivo sarebbe stato quanto meno necessario allegare che la procura rilasciata ai difensori della società per l'assistenza nella procedura arbitrale non conferiva anche i poteri ampi e tali da includere anche quello di proroga.

In tal senso non può poi non rilevarsi che, secondo quanto emerge dalla medesima narrazione in fatto compiuta dalla ricorrente, il termine originariamente fissato per la pronuncia del lodo è stato già oggetto di una proroga, il che depone per la natura meramente orientativa e quindi non essenziale del termine de quo, dovendosi in ogni caso ribadire che, anche a voler soprassedere circa la mancata allegazione da parte della ricorrente del conferimento nella procedura arbitrale di un mandato ai propri difensori che escludesse il potere di concedere una proroga del termine de quo, va data continuità alla più recente giurisprudenza di questa Corte che reputa, anche in presenza di un mandato generico, necessario, al fine di impedire gli effetti della

proroga concessa da parte dei difensori, un dissenso espresso del dominus, che nella fattispecie non è nemmeno allegato.

4. Il terzo motivo lamenta sempre ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4 la violazione e falsa applicazione delle norme di ordine pubblico processuale, quali il principio della parità delle armi nell'esercizio del diritto di difesa, ed il principio del contradditorio ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost. e artt. 101 e 808 ter c.p.c. Assume la società che erroneamente è stata esclusa la violazione del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio per le concrete modalità di conduzione del processo arbitrale.

In tal senso, gli arbitri avevano dapprima assegnato dei termini perentori per le difese delle parti, salvo poi, una volta riscontrata la lacunosità della difesa del M., che non aveva nei termini prodotto la documentazione e le prove idonee a comprovare la bontà delle sue pretese, rimettere in termini la parte, consentendogli tardivamente la produzione della documentazione sulla scorta della quale era stata poi accolta la sua domanda. In tal modo sono state modificate nel corso del processo le regole del gioco violando il principio basilare secondo cui le stesse non possono essere modificate quando la partita, ovvero il processo, è in corso.

Inoltre è stato violato il contraddittorio allorché il solo Presidente del Collegio ha conferito il mandato al CTU, nonostante una formale contestazione della difesa della società, facendo sì che in tal modo il quesito avesse portata del tutto esplorativa, supplendo a quella che era stata l'inerzia della controparte.

Anche tale motivo non può trovare accoglimento.

Già in passato è stato affermato da questa Corte che (cfr. Cass. n. 3032/1995) le previsioni dettate in tema di arbitrato rituale, che impongono agli arbitri l'assegnazione in ogni caso alle parti termini per produrre documenti e memorie e per esporre le loro repliche, al fine dell'osservanza del principio del contraddittorio, non sono parimenti prescritte a pena di nullità nell'arbitrato irrituale, nel quale, tale inderogabile principio va inteso e seguito in relazione al contenuto della pronunzia arbitrale voluta dai compromittenti; ne consegue che non si articola, quindi, necessariamente in forme rigorose e in fasi progressive regolate dall'arbitro mediante prefissione di termini, nemmeno per quanto attiene al potere delle parti di presentare documenti e memorie e di esporre repliche, essendo sufficiente che la loro attività assertiva e deduttiva si sia potuta esplicare, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dall'arbitro per la sua pronunzia.

Ed, invero, anche a voler soprassedere circa il fatto che secondo i precedenti di questa Corte (Cass. n. 1097/2016; Cass. n. 15353/2004; Cass. n. 17636/2007) nell'arbitrato libero la violazione del principio del contraddittorio non rileva come vizio del procedimento, ma come violazione del contratto di mandato, e può rilevare esclusivamente ai fini dell'impugnazione ex art. 1429 c.c., ossia come errore degli arbitri che abbia inficiato la volontà contrattuale dai medesimi espressa, si è altresì precisato che, ed anche in relazione all'arbitrato rituale (cfr. Cass. n. 10809/2015), qualora le parti non abbiano determinato, nel compromesso o nella clausola compromissoria, le regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo che ritengano più opportuno, anche discostandosi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, con l'unico limite del rispetto dell'inderogabile principio del contraddittorio, posto dall'art. 101 c.p.c., il quale, tuttavia, va opportunamente adattato al giudizio arbitrale, nel senso che deve essere offerta alle parti, al fine di consentire loro un'adeguata attività difensiva, la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di esaminare ed analizzare le prove e le risultanze del processo, anche dopo il compimento

dell'istruttoria e fino al momento della chiusura della trattazione, nonché di presentare memorie e repliche e conoscere in tempo utile le istanze e richieste averse (conf. Cass. n. 5274/2007, che ha escluso che il deposito di documenti ad opera di una delle parti in sede di memoria illustrativa avesse comportato una violazione del contraddittorio, in quanto alla controparte era stato consentito di prenderne visione e di svolgere al riguardo opportune difese; Cass. n. 3917/2011, la quale ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso che avesse comportato una violazione del contraddittorio l'ammissione e l'espletamento della prova testimoniale richiesta dalla parte in una memoria istruttoria tardivamente depositata, senza concedere all'altra parte un termine per formulare controdeduzioni o per un differimento, avendo il suo difensore partecipato all'udienza di assunzione della prova senza opporsi al suo espletamento; Cass. n. 19949/2007 che ritiene che gli arbitri possono regolare l'assunzione delle prove nel modo ritenuto più opportuno, salvo l'obbligo, dopo il compimento dell'istruttoria e prima di emettere la pronuncia, di far conoscere alle parti i risultati dell'istruttoria medesima e di assegnare alle stesse un termine per la presentazione delle rispettive osservazioni e difese, incluso il deposito di una relazione, affidata a tecnici di fiducia, che contenga osservazioni e rilievi alle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, con la conseguenza che ove il consulente tecnico di ufficio acquisisca della documentazione depositandola insieme all'elaborato al termine degli accertamenti, senza averla esibita al consulente tecnico di una parte, quest'ultima, qualora abbia omesso di chiedere agli arbitri di concedere un termine per osservazioni e rilievi alla consulenza, non può lamentare alcuna violazione del principio del contraddittorio).

I precedenti richiamati evidenziano che quindi - il rispetto della garanzia del principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale, e quindi anche in quello irrituale, deve essere apprezzato in una chiave essenzialmente sostanziale, non potendosi ancorare il giudizio de quo alla verifica delle sole formalità eventualmente imposte dagli arbitri, ma occorrendo invece assicurare che la decisione sia il frutto della valutazione di argomentazioni difensive e di elementi probatori sui quali le parti abbiano avuto modo di esperire la loro valutazione e formulare le eventuali osservazioni.

Nè vale addurre che nel caso di specie gli arbitri avessero assegnato dei termini di carattere perentorio, il cui mancato rispetto avrebbe determinato la decadenza della parte che non aveva provveduto a rispettarli, così che la valutazione di elementi istruttori tardivamente prodotti equivarrebbe ad una non consentita rimessione in termini, dovendosi per converso ricordare che (cfr. Cass. n. 1099/2016, sebbene in materia di arbitrato rituale, ma con considerazioni suscettibili di estensione anche all'arbitrato libero) gli arbitri incorrono in violazione del principio del contraddittorio per mancata conoscenza dei punti di vista di tutte le parti del procedimento ove abbiano stabilito la natura perentoria dei termini da loro fissati alle parti per le allegazioni ed istanze istruttorie - alla stregua di quelli ex artt. 183 e 184 c.p.c. - e, in relazione a tale determinazione, abbiano dichiarato decaduta una parte per il tardivo esercizio delle facoltà di proporre quesiti e istanze istruttorie, qualora la possibilità di declinare tale perentorietà non fosse prevista dalla convenzione di arbitrato, ovvero da un atto scritto separato o dal regolamento processuale dai medesimi predisposto, e in assenza di specifica avvertenza al riguardo al momento dell'assegnazione dei termini (conf. Cass. n. 8320/2004).

Nel caso di specie, non risulta che la clausola compromissoria contemplasse la possibilità di fissare termini perentori ovvero che ciò fosse previsto in un atto scritto separato o nel regolamento processuale, così che non

poteva assegnarsi al termine inizialmente fissato carattere perentorio, non potendo prevalere l'eventuale indicazione in tal senso offerta nell'ordinanza, in assenza di una fonte negoziale che autorizzasse tale effetto.
Peraltro, ed in questa ipotesi con specifico riferimento all'arbitrato irrituale, la Corte ha affermato che (Cass. n. 3463/2001) gli arbitri non sono tenuti a prefissare termini alle parti nemmeno per quanto attiene al potere di presentare documenti e memorie ed esporre le loro repliche, essendo sufficiente che le parti stesse abbiano avuto comunque - in qualsiasi tempo e modo prima della pronuncia arbitrale - la possibilità di esplicare la loro attività assertiva e deduttiva (conf. Cass. n. 16164/2014, secondo cui ciò che rileva ai fini del rispetto del contraddittorio è che sia stato consentito a ciascuna delle parti lo svolgimento di attività di allegazione, eccezione e prova su di un piano di parità).
Cass. n. 3463/2001 ha altresì precisato che, una volta che gli arbitri abbiano assegnato alle parti termini per la presentazione di memorie, repliche e per la discussione, qualora si presenti la necessità di modificare tali termini, restano vincolati, in virtù del generale principio di correttezza e buona fede, da questo loro comportamento e conseguentemente sono tenuti a fissare nuovi termini e a darne tempestiva comunicazione alle parti, avendo il comportamento tenuto in precedenza circa la regolamentazione dell'attività delle parti ingenerato in queste un legittimo affidamento sulla rigorosa regolamentazione, mediante la fissazione di termini, della loro attività.
Tornando al caso in esame, e ribadito che, in assenza di una specifica attribuzione di tale potere nella clausola compromissoria e in un atto separato, non rientrava nel potere degli arbitri quello di assegnare termini perentori, emerge che allorché fu revocata la prima ordinanza che assegnava ai termini assegnati carattere perentorio (e peraltro su richiesta della stessa difesa della società), il collegio arbitrale ha concesso ad entrambe le parti nuovi termini per il deposito di documenti, improntando il successivo sviluppo del processo, sia nella fase istruttoria che in quella immediatamente prodromica all'emanazione del lodo, al rispetto del principio del contraddittorio, permettendo ad entrambe le parti di poter ampiamente dedurre in ordine alla documentazione prodotta ed agli esiti delle prove raccolte.
Analogamente, quanto all'episodio della nomina del CTU, è pur vero che al conferimento dell'incarico al consulente d'ufficio le parti non erano state poste in condizione di poter partecipare, ma sempre nella visione tendenzialmente deformalizzata del procedimento per arbitrato libero, il principio del contraddittorio deve reputarsi salvaguardato anche dalla possibilità per le parti, mediante la trasmissione della copia del verbale e dei quesiti, prima dell'inizio delle operazioni peritali, di avvedersi di quali fossero le attività che nella sua discrezionalità il collegio arbitrale aveva reputato di devolvere all'ausiliario, potendo poi esporre le proprie ragioni nel corso dell'accertamento peritale, anche con il deposito di difese tecniche (cfr. pag. 7 della sentenza gravata).
6. Il ricorso è quindi rigettato, ed al rigetto consegue la condanna della ricorrente al rimborso delle spese del giudizio di legittimità, che si liquidano come da dispositivo.
7. Poiché il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 ed è rigettato, sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto il comma 1-quater del testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13 - della sussistenza dell'obbligo di

versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al rimborso in favore del controricorrente delle spese del giudizio di legittimità che liquida in complessivi Euro 6.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali pari al 15 % sui compensi, ed accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della ricorrente, del contributo unificato dovuto per il ricorso principale a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione seconda civile della Corte Suprema di Cassazione, il 19 giugno 2018.

Depositato in Cancelleria il 26 settembre 2018

Cassazione civile sez. I, 21/02/2019, n. 5243

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Presidente -
Dott. SAMBITO Maria Giovanna C. - Consigliere -
Dott. MARULLI Marco - rel. Consigliere -
Dott. TERRUSI Francesco - Consigliere -
Dott. DE MARZO Giuseppe - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso 4234/2014 proposto da:
A.M., in proprio, elettivamente domiciliato in Roma, Via G. Borsi, n.4, presso lo studio dell'avvocato Scafarelli Federica, rappresentato e difeso dall'avvocato Casa Federico, giusta procura in calce all'atto di costituzione;
FIN.COS S.p.a., in persona del legale rappresentante A.M., elettivamente domiciliata in Roma, Via Degli Scipioni n.268/A, presso lo studio dell'avvocato Frattarelli Piero, rappresentata e difesa dall'avvocato Cavarzere Annunciata, giusta procura a margine del ricorso;
- ricorrenti -

contro
Semilcos S.r.l. in liquidazione in concordato preventivo, in persona del liquidatore pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Vescovio n.21, presso lo studio dell'avvocato Manferoce Tommaso che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Tonelato Alessandra, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrente -

contro
S.A., in proprio e nella qualità di liquidatore e Semilcos S.r.l. in liquidazione (già Semilcos S.p.a.), in persona del liquidatore e legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliati in Roma, Via Gavinana n.2, presso lo studio dell'avvocato Ferrari Marco Paolo che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato Nevoni Roberto, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrenti -

contro
Concordato Preventivo Semilcos Srl in Liquidazione;
- intimato -

avverso la sentenza n. 2346/2013 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 09/10/2013;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 13/12/2018 dal cons. Dott. MARULLI MARCO.

FATTI DI CAUSA

1. A.M. e la Fin Cos s.p.a. ricorrono a questa Corte onde sentir cassare l'epigrafata sentenza con cui la Corte d'Appello di Venezia che ha respinto l'impugnazione proposta dei medesimi avverso il lodo arbitrale pronunciato a definizione della controversia che li aveva opposti ad S.A. e alla Semicos s.r.l. in merito al preteso inadempimento di taluni obblighi scaturiti dall'accordo 23.12.2009 con cui l' A. ed il Semila, già contitolari del gruppo immobiliare Fin Cos, avevano deciso di separare le rispettive attività attribuendo al primo il controllo della Fin Cos s.p.a. ed al secondo il controllo della Semilcos s.r.l..
Il mezzo così proposto, fatto valere anche nei confronti del Concordato preventivo Semilcos s.r.l. in liquidazione, si vale di sei motivi di ricorso ai quali resistono gli intimati con controricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

2.1. Il ricorso - che non va soggetto alla preclusione eccepita dal Concordato ai sensi dell'art. 360-bis c.p.c., n. 1, giacché, pur se non si mancherà talora di dichiararne l'impronunciabilità in rito, non ne ricorrono tuttavia i presupposti in relazione all'intero concerto delle doglianze ricorrenti - al primo motivo lamenta in capo all'impugnata decisione un vizio di "carenza e/o assenza di motivazione", nonché la violazione dell'art. 1362 c.c., in quanto la Corte d'Appello - nel respingere il primo motivo di impugnazione del lodo motivato sull'assunto che gli arbitri, violando in tal modo l'art. 829, comma 1, nn. 4 e 10, avrebbero errato nel ritenere che parti del citato accordo 23.12.2009 erano solo l' A. ed il S. e non le rispettive società - da un lato, "non ne spiega le ragioni, limitandosi a ripercorrere l'iter argomentativo contenuto nel lodo arbitrale", sicché "in tal modo non è dato sapere per quale ragione l'interpretazione offerta dal Collegio arbitrale sia immune da vizi logici" e "non è quindi individuabile il criterio logico posto a fondamento della decisione"; dall'altro disattende la norma ermeneutica dato che i paciscenti, sottoscrivendo l'accordo, avevano "in realtà agito non solo a titolo personale, ma anche quali legali rappresentanti e soci delle rispettive società", sicché esso "doveva essere infatti interpretato secondo i criteri di cui all'art. 1362 c.c. e ss. considerando parti dello stesso sia le persone fisiche che le società da loro rappresentate".
2.2. Il motivo è per entrambe le allegazioni operate inammissibile. 2.3. La denuncia motivazionale si sottrae all'attuale statuto di ricorribilità per cassazione del vizio di motivazione, atteso che secondo la lezione nomofilattica dispensata dalle SS.UU. (Cass., Sez U, 7/04/2014 nn. 8053 e 8055) la riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione, conseguente alla novella dell'art. 360 c.p.c., comma

1, n. 5, - cui la prima lagnanza rimanda pur in difetto di enunciazione del parametro violato - operata dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, comma 1, lett. b), convertito dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, ha comportato una rimodulazione del vizio motivazionale denunciabile per cassazione nel senso che esso può essere ora dedotto - salvo che non si tramuti in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sè - nel solo caso di omesso esame di un "fatto storico", che abbia formato oggetto di discussione e che appaia "decisivo" ai fini di una diversa soluzione della controversia, con conseguente espunzione dall'area della sua attuale perseguibilità del vizio inteso a lamentare invece, come appunto qui, una mera carenza motivazionale.

2.4. Parimenti inammissibile si rivela pure il denunciato errore di diritto, posto che, concretando l'interpretazione del contratto un tipico accertamento di fatto affidato al giudice del merito che sfugge al controllo di legittimità (Cass., Sez. 3, 14/07/2016, n. 14355), la censurabilità in questa sede per violazione dei canoni interpretativi della decisione di appello che abbia rigettato il relativo motivo di impugnazione - dal momento che in tal caso essa può essere censurata solo per vizi propri della sentenza medesima e non per vizi del lodo, spettando al giudice di legittimità verificare soltanto che la corte d'appello abbia esaminato la questione interpretativa e abbia dato motivazione adeguata e corretta della soluzione adottata (Cass., Sez. 1, 10/09/2012, n. 15086) - non si sottrae alle regole che sovrintendono alla ricorribilità per cassazione dell'errore ermeneutico (Cass., Sez. 3, 28/11/2017, n. 28319) e se, pertanto la censura non si indichi, come appunto qui, oltre al canone violato, anche il luogo ed il modo di tale violazione, essa si risolve solo nel postulare una diversa ed alternativa interpretazione e nell'indiretta perorazione alla rinnovazione del sindacato di fatto.

3.1. Con il secondo motivo di ricorso oggetto di lagnanza è il capo dell'impugnata decisione che aveva respinto il secondo motivo di impugnazione del lodo - con cui gli impugnanti ne avevano eccepito la nullità per violazione dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 1, sull'assunto che le società con accordo in deroga in data 5.10.2010 avessero concorso a modificare la convenzione di arbitrato relativamente alla nomina del presidente, quantunque non ne fossero parte - incorrendo nel vizio di "omessa e/o carente motivazione", nonchè nella violazione dell'art. 1321 c.c., posto che, da un lato, la motivazione al riguardo adottata dal decidente ("una volta che parti del giudizio arbitrale erano, oltre ai contraenti originari anche le rispettive società di cui questi ultimi erano legali rappresentanti, in forza delle disposizioni degli artt. 1381 e 1411 c.c., ogni modifica del procedimento non poteva che essere concordata, fra tutte le parti del giudizio") "è palesemente erronea così come è erroneo ritenere che la motivazione stessa sia immune da critiche"; dall'altro "sembra di poter affermare... che i principi di diritto in tema di modifica di un contratto escludano che il potere di riforma dell'atto negoziale sia conferito a terzi, diversi dalle parti contraenti" e, dunque, erroneamente il giudice del gravame ha ritenuto che le parti avessero stabilito semplicemente una regola attuativa del procedimento arbitrale... mentre in realtà hanno proceduto alla modifica sostanziale, di una norma dell'accordo nel quale era inserita la clausola compromissoria".

3.2. Come le precedenti anche le allegazioni in esame si espongono ad un preliminare rilievo di inammissibilità.

3.3. Quanto alla denunciata violazione motivazionale, essa soggiace alla preclusione nascente dal nuovo dettato dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, cui si è già fatto esteso richiamo riguardo all'analogo rilievo accampato con il primo motivo di ricorso.

3.4. Il lamentato errore di diritto - pur potendo in astratto osservarsi che la tesi propugnata, non condurrebbe al risultato sperato poiché non sarebbe revocabile in dubbio la perdurante legittimazione degli originari stipulanti, dovendosi invero la nozione di nullità di cui all'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 1, riferire a tutti i casi di radicale inidoneità del negozio compromissorio a produrre i suoi effetti (Cass., Sez. 1, 29/04/2004, n. 8206) - si offre a pari declaratoria per palese difetto di autosufficienza, dal momento che non essendo riprodotto nei suoi esatti termini il tenore della citata pattuizione di modifica la Corte non è in grado di controllare *ex actis* la veridicità di tale asserzione prima di esaminare la fondatezza nel merito.

4.1. Con il terzo motivo di ricorso gli impugnanti si dolgono di quanto pronunciato dal giudice del gravame in ordine al terzo motivo di impugnazione del lodo - di cui si era eccepita la nullità a mente dell'art. 829 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 11 avendo il collegio arbitrale pronunciato anche nei confronti delle società, sebbene avesse ritenuto che parti della convenzione di arbitrato fossero solo le persone fisiche - che risulterebbe, perciò, affetto da "carente e contraddittoria motivazione" e da violazione di legge, perchè l'assunto enunciato al riguardo dal decidente ("il collegio arbitrale... ha affermato che dette società potevano far valere nel giudizio arbitrale le reciproche pretese... nei soli limiti dell'art. 1381 c.c. e art. 1411 c.c.... Pure tale scelta interpretativa appare logicamente argomentata e coerente con la scelta esegetica di fondo in ordine ai limiti soggettivi dell'accordo del 23.12.09, non può ritenersi affetta da contraddittorietà e non appare sindacabile in questa sede") da un lato, costituisce "una mera asserzione di "stile" in quanto non è dato capire per quale ragioni la scelta interpretativa del Collegio arbitrale sarebbe stata coerente e non contraddittoria"; dall'altro, si oppone all'art. 816-quinquies c.p.c., dovendosi invero rilevare "che il terzo partecipante all'arbitrato deve prestare il proprio consenso e non solo per partecipare, ma per divenire destinatario di provvedimenti decisionali a suo carico o suo favore" e che nella specie la Fin.Cos "aveva accettato di divenire destinatario di provvedimenti decisionali emessi dal Collegio arbitrale solo in qualità di parte ma non in qualità di terzo".

4.2. Anche il sopradetto motivo va soggetto a preventiva declaratoria di inammissibilità; quanto al vizio motivazionale, per le considerazioni già sviluppate innanzi, non essendo qui neppure ravvisabile, laddove il motivo alimenta, allegando in rubrica una generica "violazione di legge", il sospetto che il decidente, così pronunciando, sia caduto in contraddizione, quel "contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili" che giustifica la sindacabilità in questa sede dell'anomalia motivazionale quale violazione di legge costituzionalmente rilevante, l'efficacia nei confronti delle società delle pattuizioni contenute nell'accordo 23.12.2009 costituendo infatti naturale riflesso dell'inquadramento giuridico della specie nella disciplina del contratto a favore di terzo e nella promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo, alla cui fase stipulativa i terzi sono per definizione estranei; quanto alla violazione di legge, perché l'allegazione, oltre a prospettare, in principio, una questione nuova, non scrutinabile in questa sede, non avendo essa formato oggetto di disamina dal giudice del gravame, e ciò quantunque già il lodo ne offrisse pretesto, è frutto di un'impropria estensione della norma processuale agli aspetti sostanziali della fattispecie, non essendo all'evidenza sovrapponibile la

posizione del terzo che intervenga nel giudizio arbitrale o che vi sia chiamato con quella del terzo che vi prende parte in quanto beneficiario della prestazione altrui o in quanto obbligato per effetto della promessa altrui.

5.1. Con il quarto e quinto motivo di ricorso gli impugnanti denunciano la "carenza e la contraddittorietà" della motivazione con cui la Corte d'Appello, violando altresì l'art. 1362 c.c., ha respinto il quarto ed il quinto motivo di impugnazione del lodo rispettivamente intesi a far dichiarare la nullità di esso ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 11, per aver il collegio arbitrale escluso l'inadempimento della Semilcos e per aver invece ritenuto possibile pronunciare una condanna in suo favore deducendo che, così determinandosi, il decidente da un lato ha "incredibilmente statuito che bene ha fatto il collegio arbitrale a non pronunciarsi nei confronti di Semilcos in quanto l'accordo 23/12/2009 doveva intendersi stipulato solo dalle persone fisiche per cui la società non c'entrano nulla", dopo aver riconosciuto di detto accordo l'efficacia vincolante nei confronti di Fin.Cos (quarto motivo); dall'altro "non si spiega allora come mai la società Semilcos s.r.l., pur non essendo parte dell'accordo ma solo terza intervenuta nel procedimento arbitrale possa essere destinataria di un provvedimento decisionale degli arbitri... mentre lo stesso trattamento, al contrario, non può essere riservato alla società Fin.Cos s.p.a. pure giudicata terza rispetto all'accordo 23/12/2009 e solo intervenuta, come l'altra, nel procedimento arbitrale" (quinto motivo).

5.2. Espunto il riferimento all'errore di diritto, giacché all'enunciazione contenutane nella rubrica, non ne segue alcuna illustrazione, il vizio motivazionale resta assorbito, per quanto sopra detto, dalla preclusione ora derivante dall'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, e questo non senza pure dire che, ove ne fosse ancora consentita la declinazione, non sarebbe in ogni caso scrutinabile per difetto di autosufficienza non essendo riprodotti i passaggi del lodo oggetto di denuncia.

6.1. Il sesto motivo di ricorso rinnova, nei termini già visti in relazione al quarto ed al quinto motivo di ricorso, la denuncia motivazionale, allegando altresì la violazione dell'art. 816-bis c.p.c. nella parte in cui la Corte territoriale rigettando l'analogo motivo di gravame - con cui era stata eccepita la nullità in relazione all'art. 829 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 10, avendo gli arbitri giudicato tardiva l'eccezione di compensazione sollevata da Fin.Cos in quanto contenuta solo nella comparsa conclusionale - ha ritenuto di confermarne la statuizione quantunque, contrariamente a quanto affermato, il collegio arbitrale avesse "accertato l'esistenza di tali crediti in modo specifico" e non risultasse "che il collegio arbitrale avesse fissato prima dell'avvio del procedimento stesso le regole di svolgimento del processo" in modo che si potessero ritenere vigenti le regole della cognizione ordinaria con le relative preclusioni.

6.2. Ribadito quanto alla denuncia motivazionale ciò che al riguardo si è già detto più volte, neppure fondata può reputarsi la doglianza in diritto, essendo convinzione di questa Corte che "in tema di arbitrato, qualora le parti non abbiano determinato, nel compromesso o nella clausola compromissoria, le regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo che ritengano più opportuno, anche discostandosi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, con l'unico limite del rispetto dell'inderogabile principio del contraddittorio, posto dall'art. 101 c.p.c., il quale, tuttavia, va opportunamente adattato al giudizio arbitrale, nel senso che deve essere offerta alle parti, al fine di consentire loro un'adeguata attività difensiva, la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di esaminare ed analizzare le prove

e le risultanze del processo, anche dopo il compimento dell'istruttoria e fino al momento della chiusura della trattazione, nonché di presentare memorie e repliche e conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse". E poiché gli arbitri come riferisce la Semilcos avevano ritenuto non opponibile l'eccezione rilevandone l'intempestività "quanto meno nel senso di consentire l'ampio contraddittorio", l'adesione che il giudice del gravame ha inteso prestare a questa statuizione si allinea al visto principio di diritto e non si presta perciò ad essere censurata.

7. Il ricorso va dunque respinto.

8. Le spese seguono la soccombenza. Doppio contributo.

P.Q.M.

Respinge il ricorso e condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in Euro 14200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre al 15% per spese generali ed accessori di legge in favore di Semilcos s.r.l. in liquidazione in concordato preventivo ed in Euro 15200,00, di cui Euro 200.00 per esborsi, oltre al 15% per spese generali ed accessori di legge in solido in favore di S.A. e Semilcos S.r.l. in liquidazione.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dei ricorrenti dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della sezione prima civile il giorno, il 13 dicembre 2018.

Depositato in Cancelleria il 21 febbraio 2019

Cassazione civile sez. II, 26/05/2004, n. 10141

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. Rafaele CORONA - Presidente -
Dott. Giandonato NAPOLETANO - Consigliere -
Dott. Carlo CIOFFI - Consigliere -
Dott. Giovanni SETTIMJ - Rel. Consigliere -
Dott. Umberto GOLDONI - Consigliere -
ha pronunciato la seguente

SENTENZA
sul ricorso proposto da:
GIMIGLIANO NINO, in proprio, elettivamente domiciliato in ROMA VIA CERVESATO 21, presso lo studio dell'avvocato LIDIA PERRI, giusta delega in atti;
- ricorrente -

contro
REGIONE CALABRIA, in persona del Presidente della Giunta Regionale GIUSEPPE CHIARAVOLLOTTI elettivamente domiciliato in ROMA VIA MONTE ZEBIO 28, difeso dall'avvocato GIUSEPPE BERNARDI, giusta delega in atti;
- controricorrente -

nonché contro
DEBONAIRS AIRWAYS LIMITED IN ADMINISTRA, IANNELLO PINO, MASSIMO CONFORTINI;
- intimati -

e sul 2° ricorso n° 01/02/6333 proposto da:
IANNELLO PINO in proprio, VIOTTI SANTO in proprio, elettivamente domiciliati in ROMA VIA CERVESATO 21, presso lo studio dell'avvocato LIDIA PERRI IN PARENTELA, giusta delega in atti;
- controricorrenti e ricorrenti incidentali -

contro
REGIONE CALABRIA, in persona del Presidente della Giunta Regionale GIUSEPPE CHIARAVOLLOTTI, elettivamente domiciliato in ROMA VIA MONTE ZEBIO 28, difeso dall'avvocato GIUSEPPE

BERNARDI, giusta delega in atti;
- controricorrente al ricorso incidentale -

nonché contro
DEBONAIRS AIRWAYS LIMITED IN ADMINISTRA MASSIMO, MASSIMO CONFORTINI, NINO GIMIGLIANO;
- intimati -

avverso l'ordinanza del Tribunale di CATANZARO, depositata il 31/12/01;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15/01/04 dal Consigliere Dott. Giovanni SETTIMJ;
udito l'Avvocato GIMIGLIANO Massimo, con delega degli Avvocati GIMIGLIANO Nino e IANNELLO Pino, difensori di se stessi, si riporta agli atti depositati;
udito l'Avvocato BERNARDI Giuseppe, difensore del resistente che si riporta agli atti depositati;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Fulvio UCCELLA che ha concluso per il rigetto dei ricorsi.
Oggetto: impugnativa di liquidazione compenso arbitrale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
In controversia insorta tra la Debonair Airwais Ltd e la Regione Calabria in ordine ad un rapporto regolato da convenzione inter partes 23.12.97 ed atto aggiuntivo 14.1.98, la prima, agendo ex art. 11 della convenzione stessa contenente clausola compromissoria per risarcimento di danni contrattuali ed extracontrattuali, adiva il collegio arbitrale che, in contraddittorio tra le parti, si pronunziava con lodo 11.9.00, cui faceva seguire separata ordinanza in pari data con la quale determinava il compenso dovuto agli arbitri nella misura di € 1.300.000.000 ponendone la corresponsione a carico di ciascuna delle parti per il 50% con vincolo di solidarietà per l'intero.
Poiché nessuna delle parti provvedeva al pagamento, l'Avv. Massimo Confortini, quale componente del collegio, con ricorso depositato addì 8.6.01, adiva il presidente del tribunale di Catanzaro perché, ex art. 814 CPC, procedesse alla liquidazione del compenso che ritenesse spettantegli.
Analoga istanza proponeva allo stesso organo l'Avv. Santo Viotti, nella qualità di co-segretario del collegio arbitrale, con ricorso depositato anch'esso addì 8.6.01.
Nei giudizi, così instaurati e successivamente riuniti, intervenivano in sede di comparizione, con distinte memorie adesive alla domanda dell'Avv. Confortini, gli Avv.ti Nino Gimignano e Giuseppe Iannello, nelle rispettive qualità di presidente e di componente del collegio arbitrale.
Le parti intimate, nonostante fossero stati loro ritualmente notificati i ricorsi ed i pedissequi decreti di convocazione, non svolgevano attività difensiva.
Decidendo, quindi, con ordinanza 31.12.01, l'adito presidente del tribunale di Catanzaro liquidava in complessive € 711.425.000 il compenso complessivamente dovuto agli arbitri ed in € 40.000.000 quello

complessivamente dovuto ai segretari, oltre spese ed accessori di legge, sulla considerazione che il valore della controversia fosse da determinare nella misura di soli 91 miliardi di lire, dovendosi fare riferimento unicamente alla domanda risarcitoria per tale importo proposta dalla Debonair, in quanto la richiesta rivolta dalla Regione al collegio arbitrale di declaratoria d'invalidità della convenzione inter partes 23.12.97, del valore di 271 miliardi di lire, richiesta che i ricorrenti avevano indicata come domanda riconvenzionale, non poteva essere cumulata alla domanda della Debonair, non solo per essere prevista dall'art. 10 CPC la possibilità di cumulo unicamente in ragione delle domande proposte nei confronti della medesima parte, ma anche per essere ravvisabile nella difesa de qua non una domanda riconvenzionale bensì un'eccezione riconvenzionale.
Avverso tale decisione il presidente del collegio arbitrale Avv. Nino Gimigliano proponeva ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. fondandolo su di un unico articolato motivo.
Altro ricorso per cassazione avverso la medesima decisione proponevano il componente del collegio arbitrale Avv. Pino Iannello ed il co-segretario dello stesso collegio Avv. Santo Viotti, del pari con unico articolato motivo.
Resisteva la Regione Calabria con controricorso.
L'Avv. Gimigliano e la Regione Calabria precisavano, altresì le rispettive tesi mediante memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE
Preliminarmente, i due ricorsi, proposti avverso la medesima sentenza e tra loro connessi, vanno riuniti ex art. 335 CPC.
Del pari preliminarmente vanno esaminate le eccezioni in rito sollevate avverso i proposti ricorsi dalla controricorrente.
La quale sostiene, anzi tutto, l'irricevibilità del ricorso e del controricorso incidentale per irritualità della notifica, in quanto effettuata presso la propria sede legale invece che presso la competente Avvocatura dello Stato, e la nullità del controricorso incidentale, in quanto privo dell'indicazione del domicilio d'essa destinataria.
Tesi che non possono trovare accoglimento: sia in ragione del principio, sancito in via generale dall'art. 156/III CPC, per il quale "la nullità non può essere mai pronunziata se l'atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato" e valido anche per le notificazioni ogniqualvolta l'atto, nonostante l'irritualità della notifica, sia venuto a conoscenza del destinatario, come dimostrato dal fatto ch'esso siasi costituito in giudizio sebbene eccependo in limine, od anche soltanto, tale vizio; sia in ragione dell'applicabilità del detto principio anche alle Amministrazioni Pubbliche, stante la parziale illegittimità dell'art. 11/III del R.D. 30.10.33 n. 1611 dichiarata dalla Corte Costituzionale con sentenza 8.7.67 n. 97, allorquando le Amministrazioni stesse provvedano, in luogo d'affidarsi alla rilevabilità d'ufficio del vizio, alla regolare costituzione in giudizio, mediante controricorso corredato di tutti gli atti e fascicoli delle fasi di merito, dando così la dimostrazione d'essere in grado, per fatto volontario, d'esercitare il diritto di difesa (e pluribus, Cass. 16.10.01 n. 12596, 21.7.01 n. 9969 S.U., 24.3.00 n. 3540, 3.3.99 n. 1774, 3.10.97 n. 9654 S.U.).
Sostiene ancora la controricorrente il difetto di legittimazione dei ricorrenti all'impugnazione per la mancata compartecipazione al ricorso d'uno dei componenti del collegio.

Tesi che, come la precedente, non può trovare accoglimento, dacché, costituendosi il rapporto di prestazione d'opera professionale non tra le parti litiganti ed il collegio arbitrale nel suo complesso, inesistente come soggetto dotato di personalità giuridica, bensì tra le stesse ed i singoli componenti del collegio, ciascuno degli arbitri, in quanto titolare d'autonomo diritto di credito per aver adempiuto, con l'espletamento dell'incarico, all'assunta obbligazione di rendere la prestazione richiestagli, è legittimato a perseguire in via giudiziale ed in ogni fase e grado di essa la realizzazione del diritto stesso, indipendentemente dalla congiunta proposizione o meno da parte degli altri componenti del collegio d'analoghe domande e/o impugnazioni che, pur ove introdotte con un unico atto collettivo, rimangono non di meno espressione d'una pluralità d'azioni autonome e distinte promosse nei confronti degli stessi soggetti nel medesimo giudizio e, quindi, suscettibili d'essere separatamente coltivate.

Nulla osta, dunque, all'impugnazione del provvedimento di liquidazione da parte d'alcuni soltanto dei componenti del collegio arbitrale, mentre esula, evidentemente, dall'argomento della legittimazione degli stessi ad impugnare e dall'ambito del presente giudizio la diversa e successiva questione dell'estensibilità o meno degli effetti dell'eventuale annullamento del provvedimento gravato con il ricorso anche nei confronti del componente del collegio che non abbia proposto l'impugnazione.

Sostiene, in fine, la controricorrente il difetto di legittimazione attiva del ricorrente Avv. Santo Viotti in quanto semplice ausiliario del collegio e, comunque, l'insindacabilità in sede di legittimità del compenso liquidatogli.

Tesi che sarebbe meritevole d'accoglimento in astratto, in quanto, a differenza dall'arbitrato necessario per determinati contratti della PA laddove la presenza del segretario è espressamente prevista e regolata (cfr. art. 45 DPR 16.7.62 n. 1063), nell'arbitrato convenzionale il segretario del collegio arbitrale è direttamente nominato dai componenti del collegio stesso, in ragione d'una loro soggettiva valutazione della necessità d'avvalersi d'un ausiliario per l'espletamento delle attività certificative, esecutive ed organizzative funzionalmente collegate con quelle del collegio, onde è con costoro che s'instaura il rapporto di prestazione d'opera intellettuale del segretario, rapporto del tutto estraneo a quello instaurato tra le parti litiganti ed i componenti del collegio, ed è in favore di questi ultimi, e non direttamente del segretario, che la relativa spesa, costituente un esborso affrontato per il funzionamento del collegio dai componenti dello stesso, può essere riconosciuta e sempre e nei limiti in cui, in sede di liquidazione giudiziale, tale spesa sia ritenuta necessaria, determinandosene, altresì, l'importo in misura proporzionale alla sua effettiva utilità ed al suo valore.

Tesi che non può, tuttavia, trovare accoglimento in concreto nel caso in esame, dacché, sia pur erroneamente, la legittimazione in capo ai segretari e, quindi, il diritto di costoro a proporre istanza ex art. 814 CPC, sono stati affermati nel provvedimento 31.12.01 del presidente del tribunale di Catanzaro, laddove la domanda dei segretari, con liquidazione in favore degli stessi del compenso ritenuto loro dovuto, è stata espressamente accolta in autonomo capo di pronunzia che, in quanto non impugnato dall'odierna controricorrente con specifico ricorso incidentale, è, quindi, passato in giudicato.

Si può, dunque, procedere all'esame delle censure, sostanzialmente analoghe e, quindi, suscettibili d'esame congiunto, mosse dal ricorrente principale e da quelli incidentali all'impugnato provvedimento con i rispettivi atti introduttivi e precisate, dal primo, anche con la memoria.

In relazione al quale provvedimento dall'uno e dagli altri si denunzia, ex art. 360 n. 3 CPC, la violazione dell'art. 814 CPC, dell'art. 36 CPC e dell'art. 5 n. 1 delle norme generali di cui alle tariffe relative agli onorari ed alle indennità in materia d'attività stragiudiziale degli avvocati per esservisi ritenuto il valore della controversia rimessa al giudizio del collegio arbitrale, cui rapportare il liquidando compenso, limitato alla sola domanda di risarcimento dei danni, per circa 91 miliardi di lire, proposta dalla Debonair Ltd, e non anche esteso alla domanda riconvenzionale d'invalidazione dell'intero rapporto controverso, implicante prestazioni per un importo d'oltre 271 miliardi di lire, proposta dalla Regione Calabria; ed, ancora, dai secondi, sempre ex art. 360 n. 3 CPC, la violazione dell'art. 324 CPC in relazione agli artt. 814 ed 827 CPC, per violazione del giudicato formatosi sulla pronunzia arbitrale, e dell'art. 827 CPC per errori di calcolo.
Le censure principali meritano accoglimento per quanto di ragione sotto vari profili mentre, all'evidenza, resta assorbita l'ultima.
Anzi tutto, nella parte espositiva del lodo riferisce il collegio che la Regione Calabria, con la memoria costitutiva 22.3.99, aveva dedotto, tra l'altro, l'invalidità, sotto il profilo della nullità ovvero dell'inesistenza, della cosiddetta convenzione 23.12.97 e della clausola arbitrale chiedendo una pronunzia d'annullamento della stessa e, nelle conclusioni rassegnate con memoria 7.4.99, aveva chiesto, tra l'altro, volersi dichiarare, anche in via riconvenzionale, la nullità o l'inesistenza ovvero pronunziarsi l'annullamento della convenzione medesima o, comunque, della clausola arbitrale in essa contenuta; di seguito, nella parte motiva del lodo, il collegio, valutate, con ampia disamina del caso particolarmente in relazione alla disciplina comunitaria della materia, le ragioni esposte dalla Regione Calabria a sostegno delle menzionate deduzioni e richieste, perviene alla conclusione che la convenzione e l'atto aggiuntivo stipulati inter partes fossero nulli e quindi privi di ogni effetto giuridico "tamquam non fuissent" per incompetenza della Regione Calabria ed illegittimi per violazioni, da parte dei contraenti, delle norme inderogabili di diritto comunitario aventi validità di legge, consequenzialmente escludendo l'ipotizzabilità d'un danno da inadempimento contrattuale ex art. 1453 CC, ed, ancora, ribadiva, trattando del danno extracontrattuale, d'essere stato chiamato a giudicare questioni sorgenti dall'applicazione del contratto e quindi aventi come *causa petendi* la validità, la interpretazione e l'esecuzione della convenzione e d'averne come sopra giudicato; in fine il collegio, nel dispositivo, espressamente dichiara, tra le altre statuizioni, la nullità della convenzione 23.12.97 e dell'atto integrativo 14.1.98.
Nell'esercizio, dunque, dei poteri loro conferiti con il mandato a decidere della controversia gli arbitri hanno proceduto alla qualificazione delle richieste delle parti ed in particolare, per quanto qui interessa, di quelle della Regione Calabria, in queste ravvisando una domanda riconvenzionale intesa alla declaratoria dell'invalidità delle convenzioni intervenute tra le parti, domanda sulla quale hanno espressamente deciso accogliendola.
Ora, nel procedere all'interpretazione ed alla consequenziale qualificazione delle richieste delle parti, il giudice del merito, quindi anche l'arbitro cui le parti stesse hanno convenzionalmente conferito il mandato a dirimere la controversia, non è condizionato dalla formula adottata dalla parte ed ha il potere, ma anche il dovere, d'accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa, quale risulta desumibile non solo dal tenore letterale degli atti, ma anche dalla natura delle vicende *hinc et inde* dedotte e rappresentate con gli atti introduttivi e dalle eventuali precisazioni formulate nel corso del giudizio, nonché di tener conto del

provvedimento richiesto in concreto, ciò con il solo limite derivante dalla necessità di rispettare il principio della corrispondenza della pronuncia alla richiesta e di non sostituire d'ufficio una diversa azione a quella formalmente proposta.

Tale ampio potere, attribuito al giudice onde possa valutare la reale volontà delle parti quale egli ritenga doversi desumere dal complesso del comportamento processuale delle stesse, estrinsecandosi in valutazioni essenzialmente discrezionali sul merito della controversia, non è suscettibile di sindacato neppure in sede di legittimità - salvo ove il suo esercizio abbia dato luogo a violazione dei suddetti limiti, ovvero risulti insufficientemente od illogicamente motivato ed, in tal caso, l'assunta erronea qualificazione della domanda va dedotta sotto l'uno o l'altro, od entrambi, di tali profili d'illegittimità in sede d'impugnazione e quivi valutata e tanto meno può, di conseguenza, formare oggetto di valutazione, e la relativa conclusione essere disattesa, da parte d'un diverso organo giudicante non adito con una specifica ed ammissibile impugnazione al riguardo proposta con i mezzi all'uopo predisposti dall'ordinamento.

Nella specie, dunque, la qualificazione data dal collegio arbitrale alle deduzioni ed alle consequenziali istanze formulate dalla Regione Calabria, anche indipendentemente dal regime di stabilità del lodo per sua mancata impugnazione, non poteva in alcun modo formare oggetto di diversa valutazione da parte del presidente del tribunale, adito per la determinazione del compenso spettante agli arbitri, cui ex art. 814/II CPC non è attribuito, neppure al fine di determinare il valore della controversia, potere alcuno di delibazione del merito della controversia stessa in senso difforme da quello risultante dal lodo con il quale è stata decisa.

Il procedimento a cognizione sommaria ed estremamente semplificato nelle forme rimesso alla competenza funzionale del presidente del tribunale, quale previsto dalla citata norma per la liquidazione di spese ed onorari degli arbitri quando la proposta dagli stessi sottoposta alle parti non sia stata da queste accettata, è, infatti, diretto a rendere liquido ed esigibile il diritto degli arbitri sul mero presupposto della pronuncia del lodo, onde il presidente del tribunale è tenuto a verificare la sola regolarità formale sul piano estrinseco del lodo stesso e deve procedere all'apprezzamento di spese e compenso in rapporto all'opera prestata quale risultante dal lodo medesimo, rimanendogli preclusa ogni valutazione della validità sostanziale della decisione in esso contenuta e delle argomentazioni svolte a suffragio della stessa, estranea alla limitata finalità del procedimento e riservata alla sede dell'impugnazione per nullità a norma degli artt. 828 ss. CPC, solo eventuale ed unicamente rimessa alla disponibilità delle parti (cfr. sul punto le ampie motivazioni di Cass. 29.11.96 n. 10660 e 4.4.90 n. 2800).

Nella specie, pertanto, in violazione dei limiti imposti dall'art. 814/II CPC alla funzione demandatagli, il presidente del tribunale ha proceduto ad una qualificazione delle richieste della Regione Calabria difforme da quella risultante dal lodo, in esse ravvisando un'eccezione riconvenzionale piuttosto che una domanda riconvenzionale, quale espressamente ritenuta e come tale valutata dagli arbitri, ed, in conseguenza, escludendone il relativo valore nella determinazione di quello complessivo della controversia, questo limitando al solo valore della domanda formulata dalla Debonair Ltd.

In secondo luogo, devesi rilevare che, quand'anche si fosse trattato non di domanda ma d'eccezione riconvenzionale, la trattazione, com'è agevole rilevare all'esame del lodo, ha avuto a principale oggetto non tanto la domanda della parte istante intesa al risarcimento dei danni da responsabilità extracontrattuale, rigettata

per incompetenza del collegio arbitrale in quanto relativa a fatto non riconducibile alla previsione della clausola compromissoria, quanto l'ulteriore domanda di risarcimento dei danni da responsabilità contrattuale, rigettata, in accoglimento appunto delle difese svolte al riguardo dalla controparte, sulla base della ritenuta invalidità del contratto a seguito di quell'ampia disamina della questione che ha costituito il principale oggetto dell'attività decisionale degli arbitri.

Ciò stante, non si può affermare che la prestazione degli arbitri sia da rapportare al solo valore della domanda e non debba, per contro, essere rapportata anche a quello dell'intero contratto sulla validità del quale, a seguito dell'eccezione riconvenzionale (ammesso e non concesso che fosse tale e non domanda riconvenzionale), hanno dovuto emettere una specifica ed esplicita pronunzia.

La determinazione del compenso spettante ai membri del collegio arbitrale composto da avvocati in applicazione del DM 5.10.94 n. 585 non va, infatti, effettuata ai sensi degli artt. 6 e 12 delle disposizioni generali della tariffa relativa alle prestazioni rese degli avvocati in materia giudiziale civile, ma ai sensi dell'art. 5/I della diversa tariffa relativa alle prestazioni rese dagli avvocati in materia stragiudiziale e del successivo punto 9 dell'allegata tabella, eppertanto, per il rinvio recettizio operato dal citato art. 5/I alle pertinenti disposizioni del codice di procedura civile in materia di determinazione del valore della controversia e vertendosi in tema di rapporti obbligatori, ai sensi dell'art. 12/I CPC.

La qual norma, che prescrive doversi determinare il valore della causa, ove relativa all'esistenza, alla validità, alla risoluzione d'un rapporto giuridico obbligatorio in base alla parte in contestazione del rapporto dedotto, subisce, peraltro, una deroga nell'ipotesi in cui, per esplicita domanda d'una delle parti, formulata in via d'azione o d'eccezione, il giudice sia chiamato all'accertamento con efficacia di giudicato in ordine all'intero rapporto o ad una determinata parte di esso, sì che l'esame debba aver luogo in ordine all'uno od all'altra complessivamente considerati, il valore dei quali va, pertanto, interamente preso in considerazione ai fini della determinazione del valore della causa; e non sembra revocabile in dubbio che un'eccezione di nullità dell'intero rapporto dedotto in giudizio implichi, quale eccezione riconvenzionale, l'ampliamento dell'oggetto della controversia e quindi del *thema decidendum* imponendo al giudicante una specifica decisione su di essa suscettibile, in quanto avente ad oggetto l'accertamento della validità e dell'esistenza del rapporto, di conseguire efficacia di giudicato, con le conseguenze preclusive ad essa proprie, una volta divenuta definitiva per mancata impugnazione.

In fine, non può omettersi di considerare anche come, laddove trattisi di determinare il valore della causa ai fini della liquidazione d'un compenso per prestazione d'opera intellettuale, sia essa degli arbitri nella redazione del lodo o degli avvocati nella predisposizione e nello svolgimento delle difese in favore del proprio assistito e rappresentato, il richiamato ampliamento del *thema decidendum* determinato dalla proposizione dell'eccezione riconvenzionale necessariamente comporti, indipendentemente da ogni altra considerazione, una ben determinata e determinabile estensione dell'attività lavorativa - con riferimento a tutte le problematiche in tal guisa introdotte, nuove e diverse rispetto a quelle limitate all'oggetto dell'originaria materia del contendere quale rappresentata dalla domanda introduttiva del giudizio - della quale non può non tenersi conto, con puntuale riferimento all'oggetto dell'ulteriore trattazione introdotta nel giudizio, ai fini della

determinazione del valore complessivo della vertenza e, quindi, del compenso dovuto al prestatore d'opera intellettuale.

Come già in precedenza rilevato, gli ulteriori argomenti di censura, relativi all'applicazione in concreto della tariffa ed ai calcoli consequenziali, restano assorbiti, dovendosi in sede di rinvio procedere ex novo alla liquidazione; non sembra, tuttavia, superfluo, attesa l'eccezione sollevata al riguardo dalla resistente, ribadire quanto in materia altre volte evidenziato da questa Corte, id est che a far data dal 1°.4.95 in tema d'arbitrato l'onorario spettante agli arbitri, che siano anche avvocati, deve essere liquidato in base alla tariffa professionale, senza più la possibilità, in precedenza riconosciuta al presidente del tribunale che proceda alla sua liquidazione ai sensi dell'art. 814/II seconda ipotesi CPC, di fare ricorso a criteri equitativi, atteso che il D.M. 5 ottobre 1994, n. 585 - con il quale è stata approvata la delibera del Consiglio Nazionale Forense 12.6.93, che stabilisce i criteri per la determinazione d'onorari, diritti ed indennità spettanti agli avvocati, a far data appunto dal 1°.4.95, per le prestazioni giudiziali, in materia civile e penale, e stragiudiziali - ora espressamente prevede, al punto "9" della tabella relativa all'attività stragiudiziale di cui all'art. 5/VII, gli onorari spettanti al collegio composto da avvocati indicandone il minimo ed il massimo secondo il valore della controversia (Cass. 2.3.01 n. 3035, 14.12.00 n. 15784, 19.5.00 n. 6513, 6.3.99 n. 1929).

Onde il ricorso a criteri equitativi di valutazione rapportati alle caratteristiche dell'opera prestata - entità qualitativa e quantitativa - può aver luogo solo nei limiti in cui tali criteri abbiano avuto ad oggetto non l'individuazione del parametro di riferimento, precostituito ex lege e dal quale il decidente non può discostarsi, ma la determinazione in concreto della misura del compenso tra il minimo ed il massimo desumibili dal parametro stesso giusta la previsione dell'art. 4/I della richiamata tariffa; entro ambito siffatto, in vero, può anco legittimamente esprimersi il potere discrezionale di liquidazione attribuito al presidente del tribunale dall'art. 814 CPC e tale espressione può aver luogo, appunto, secondo principi ormai pacifici in materia, con il prudente apprezzamento, adeguatamente motivato, di pertinenti elementi di giudizio quali l'oggetto ed il valore della controversia, la natura e l'importanza dei compiti d'accertamento in fatto e di valutazione in diritto, tempo e l'impegno resi necessari dall'uno e dall'altra.

Gli esaminati ricorsi vanno, in definitiva, accolti per quanto di ragione e l'impugnata ordinanza va, dunque, annullata; la controversia, di conseguenza, va rimessa per nuovo esame ad altro magistrato del medesimo Ufficio, funzionalmente competente, cui è anche demandato, ex art. 385 CPC, di provvedere sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

LA CORTE

Riuniti i ricorsi, li accoglie per quanto di ragione, cassa e rinvia, anche per le spese, al Tribunale di Catanzaro.

Così deciso in Camera di Consiglio il 15.01.2004.

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IN DATA 26 MAG. 2004.

Cassazione civile sez. II, 04/03/2011, n. 5265

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Presidente -
Dott. MAZZIOTTI DI CELSO Lucio - rel. Consigliere -
Dott. D'ASCOLA Pasquale - Consigliere -
Dott. CORRENTI Vicenzo - Consigliere -
Dott. FALASCHI Milena - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso 15287/2005 proposto da:
G.V.M. (OMISSIS), elettivamente domiciliata in ROMA, VIA LUIGI LUCIANI 1, presso lo studio dell'avvocato MONTOLEONE NATASCIA, rappresentata e difesa dall'avvocato MESSINA Francesco;
- ricorrente -

contro
COMUNE CALATAFIMI SEGESTA (OMISSIS), in persona del Sindaco p.t., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA GIACOMO BONI 15, presso lo studio dell'avvocato SAMBATARO ELENA, rappresentato e difeso dall'avvocato LENTINI Giovanni;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1091/2004 della CORTE D'APPELLO di PALERMO, depositata il 13/10/2004;
udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 25/01/2011 dal Consigliere Dott. LUCIO MAZZIOTTI DI CELSO;
udito l'Avvocato Giuffrida Caterina con delega depositata in udienza dell'Avv. Francesco Messina difensore del ricorrente che si riporta agli atti;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RUSSO Rosario Giovanni, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso e condanna alle spese.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
Con sentenza 12/4/2001 il tribunale di Trapani rigettava l'opposizione proposta dal Comune di Calatafini Segesta avverso il decreto ingiuntivo con il quale era stato intimato al detto Comune di pagare L. 127.991.924 all'architetto G.V.M. a titolo di compenso professionale per la progettazione di un palazzetto dello sport.

Il tribunale disattendeva la preliminare eccezione di incompetenza del giudice ordinario, sollevata dall'opponente, rilevando che la clausola compromissoria convenuta nel contratto doveva ritenersi "tamquam non esset" perché, pur essendo vessatoria, non era stata specificamente approvata per iscritto a norma degli artt. 1341 e 1342 c.c..

Il Comune di Calatafini Segesta proponeva appello sostenendo che il tribunale aveva errato nel ritenere vessatoria la clausola contenuta nel disciplinare sottoscritto dalle parti che non poteva essere definito un contratto per adesione.

Con sentenza 13/10/2004 la corte di appello di Palermo, in riforma dell'impugnata decisione, dichiarava improponibile davanti al giudice ordinario la domanda proposta dall'architetto G.V.M. volta ad ottenere la liquidazione del compenso dovuto per l'espletamento dell'incarico conferito con il disciplinare sottoscritto il 30/10/1991 essendo la controversia oggetto di arbitrato irrituale. Osservava la corte di appello: che la convenzione in esame non poteva essere definita "per adesione" non essendo stata predisposta da un contraente "più debole" ed apparendo scaturita dalla libera volontà di entrambe le parti; che peraltro, secondo costante giurisprudenza, solo la clausola compromissoria istitutiva di un arbitrato rituale era soggetta all'obbligo di specifica approvazione scritta ex artt. 1341 e 1342 c.c.: che tale non poteva essere considerata la clausola in questione; che nella specie le parti avevano inteso demandare agli arbitri non una funzione sostitutiva di quella del giudice, bensì la soluzione di possibili controversie mediante un negozio di accertamento; che la mera modalità di nomina di arbitri secondo i criteri previsti dal codice di rito, in assenza di qualsiasi altro elemento denotante la volontà delle parti di pervenire ad un lodo suscettibile di esecutività e di comporre la vertenza attraverso la pronuncia di un collegio arbitrale, non poteva ritenersi dato sufficiente per affermare che i contraenti, con la clausola di cui all'art. 20 del disciplinare, avessero inteso istituire un arbitrato rituale sicchè nel dubbio doveva optarsi per l'arbitrato irrituale: che quindi, in accoglimento dell'appello, doveva dichiararsi improponibile la domanda avanzata dalla G. dinanzi al giudice ordinario, con conseguente dichiarazione di nullità del decreto ingiuntivo opposto dal Comune di Calatafini Segesta.

La cassazione della sentenza della corte di appello di Palermo è stata chiesta da G.V.M. con ricorso affidato a sei motivi. Ha resistito con controricorso il Comune di Calatafini Segesta.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo di ricorso G.V.M. denuncia violazione di norme di diritto e vizi di motivazione deducendo che la corte di appello non ha tornito alcun elemento probatorio idoneo a dimostrare che il contratto stipulato tra essa ricorrente ed il Comune di Calatafini Segesta era stato formato in esito a trattative negoziali e non attraverso l'accettazione di uno schema già predisposto. Al riguardo l'onere della prova incombeva sul detto Comune che non ha assolto a tale onere. La motivazione posta a sostegno della sentenza impugnata è pertanto contestabile e censurabile. Infatti la convenzione in questione presenta i caratteri propri del contratto per adesione. Caratteristica di tale contratto è la predisposizione del suo contenuto da parte del Comune essendosi essa G. limitata prestarvi adesione. La corte di appello non ha valutato che il contratto in questione era stato redatto su modello prestampato predisposto dal Comune e usualmente utilizzato per il conferimento di incarichi di progettazione a professionisti esterni all'amministrazione. La clausola

compromissoria prevista dall'art. 20 del disciplinare rientra quindi nell'ipotesi normativa di cui all'art. 1341 c.c., con conseguente nullità per la mancanza della necessaria approvazione per iscritto.
Il motivo è inammissibile per carenza di interesse.
Occorre al riguardo osservare che, come sopra riportato nella parte narrativa che precede, la corte di appello ha ritenuto infondata la tesi della G. - accolta dal giudice di primo grado - circa l'asserita nullità della clausola compromissoria contenuta nell'art. 20 del disciplinare sottoscritto dalle parti. La corte di merito è pervenuta a detta conclusione per le seguenti due distinte ed autonome ragioni ciascuna idonea da sola a reggere sul punto la decisione impugnata: a) perché la convenzione in questione - scaturita dalla libera volontà di entrambe le parti - non era stata predisposta dal committente Comune e non era stata sottoscritta dalla G. come contraente più debole per cui non poteva essere definita "per adesionem"; b) perché con la clausola di cui all'art. 20 del disciplinare le parti avevano inteso istituire un arbitrato irrituale per cui non era necessaria l'approvazione per iscritto di detta clausola.
Contro l'argomentazione sub b) la ricorrente non ha formulato alcune censura - al fine della dedotta necessità della approvazione per iscritto della clausola in esame - per cui soccorre il noto principio secondo cui se una sentenza (o un capo di essa) è sorretta da una molteplicità di ragioni giuridiche tra loro indipendenti, tutte debbono essere investite dal ricorso. In mancanza, poichè anche una sola di esse è idonea a giustificare la decisione, l'impugnazione relativa alle altre deve ritenersi inammissibile posto che anche la sua eventuale fondatezza non varrebbe a scalfire la pronuncia di cui si chiede l'annullamento.
Con il secondo motivo la ricorrente deduce che, ove ritenuta valida la clausola compromissoria pur in mancanza di approvazione specifica, l'eccezione di arbitrato irrituale può essere sollevata dalla parte interessata la quale ben può rinunciare ad avvalersene anche tacitamente ponendo in essere comportamenti incompatibili con la volontà di avvalersi del compromesso. Lo strumento dell'arbitrato è infatti alternativo e non esclusivo alla devoluzione della controversia alla giurisdizione ordinaria. Quindi adire l'autorità giudiziaria prima della devoluzione della controversia agli arbitri assume il valore di atto unilaterale di uno dei contraenti di rinuncia alla competenza arbitrale.
Il motivo è manifestamente infondato posto che, come questa Corte ha avuto modo di precisare in una fattispecie simile a quella in esame, l'improponibilità della domanda, in conseguenza di compromesso per arbitrato irrituale, è rilevabile solo in presenza di eccezione della parte convenuta. Detto compromesso, pertanto, non esclude la possibilità di introdurre la domanda con ricorso per decreto ingiuntivo, né osta all'adozione di tale provvedimento, ferma però restando la facoltà dell'intimato di chiedere ed ottenere la dichiarazione di quella improponibilità dal giudice dell'opposizione (sentenza 9/7/1989 n. 1989).
L'improponibilità della domanda inerente ad un rapporto contrattuale, per effetto di una clausola che demandi ad arbitri irrituali la definizione della relativa controversia, resta infatti esclusa solo qualora sia ravvisabile una rinuncia di entrambe le parti (e non di una sola di esse) ad avvalersi della clausola medesima, come ne caso in cui la suddetta improponibilità non sia stata eccepita davanti ai giudici del merito. Nella fattispecie in esame, invece, l'eccezione di proponibilità della domanda è stata tempestivamente e ritualmente sollevata dal Comune resistente con l'atto di opposizione al decreto ingiuntivo chiesto ed ottenuto dalla ricorrente.

Va infine rilevata l'inammissibilità, sotto un duplice profilo, dei motivi di ricorso n. 3, 4. 5 e 6 che la G. - come dalla stessa espressamente precisato - ha sviluppato per "completezza argomentativa" ed aventi ad oggetto tutte le censure mosse dal Comune avverso la sentenza di primo grado e non esaminate dalla corte di appello avendo questa accolto il preliminare motivo di gravame relativo all'eccepita improponibilità della domanda per l'esistenza di una clausola compromissoria istitutiva di un arbitrato irrituale.

È evidente, da un lato, che la ricorrente non ha alcun interesse a dolersi di tale omessa pronuncia spettando eventualmente solo al Comune il potere di denunciare il mancato esame delle censure mosse alla pronuncia di primo grado.

D'altro lato è appena il caso di rilevare che, come è noto, in tema di giudizio di cassazione, sono inammissibili le censure che non sono dirette contro una statuizione della sentenza di merito, ma sono relative a questioni sulle quali il giudice di appello (come appunto nella specie) non si è pronunciato, ritenendolo (implicitamente o espressamente) assorbite avendo attinto la *ratio decidendi* da altre questioni di carattere preliminare e decisivo, atteso che in relazione a tali questioni manca la soccombenza che costituisce il presupposto dell'impugnazione; pertanto, esse possono solo essere riproposte nel giudizio di rinvio in caso di cassazione con rinvio della sentenza impugnata.

Il ricorso va pertanto rigettato.

Per la sussistenza di giusti motivi - in considerazione, tra l'altro, della natura della controversia e delle questione trattate, nonché del contrasto tra le pronunzie rese nei gradi di merito - le spese del giudizio di cassazione vanno interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

la Corte rigetta il ricorso e compensa per intero tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 25 gennaio 2011.

Depositato in Cancelleria il 4 marzo 2011

CAPITOLO XIII
LA PLURALITÀ DI PARTI E LA SUCCESSIONE

Cassazione civile sez. I, 16/06/2000, n. 8231

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. Pellegrino SENOFONTE - Presidente -
Dott. Maria Gabriella LUCCIOLI - Rel. Consigliere -
Dott. Massimo BONOMO - Consigliere -
Dott. Fabrizio FORTE - Consigliere -
Dott. Stefano BENINI - Consigliere -
ha pronunciato la seguente

SENTENZA
sul ricorso proposto da:
ROMA OVEST COSTRUZIONI EDILIZIE Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIACOMO PUCCINI 9, presso l'avvocato LUCCHESI ANTONIA, che la rappresenta e difende, giusta delega in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
FALLIMENTO M.A.R.T. COSTRUZIONI Srl, in persona del Curatore pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA E. Q. VISCONTI 85, presso l'avvocato TODISCO GIUSEPPE, che lo rappresenta e difende, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 2789-98 della Corte d'Appello di ROMA, depositata il 21-09-98;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20-01-2000 dal Consigliere Dott. Maria Gabriella LUCCIOLI;
udito per il ricorrente l'Avvocato Pallotta con delega che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;
udito per il resistente l'Avvocato Todisco che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Fulvio UCCELLA che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

Con decreto ingiuntivo del 7 ottobre 1993 il presidente del Tribunale di Roma ingiungeva alla Palatina s.r.l. il pagamento della somma di L. 619.609.535, quale residuo prezzo dovuto per l'appalto di cui ai distinti contratti in data 2 gennaio 1991 e 16 dicembre 1991, integrati successivamente da patti aggiuntivi per lavori supplementari, intercorsi tra la Palatina s.r.l. e la M.A.R.T.

Costruzioni s.r.l., aventi ad oggetto la costruzione, rispettivamente, di un edificio da destinare a scuola media e di altro edificio da adibire a scuola materna, entrambi nel comprensorio urbanistico di Tormarancio in Roma.

Proposta opposizione dalla Palatina s.r.l., che eccepiva in limine l'esistenza di clausola compromissoria e nel merito deduceva l'inadempimento della appaltatrice, proponendo in via riconvenzionale domanda di risoluzione dei contratti e chiedendo l'applicazione delle penali pattuite ed il risarcimento del danno, con sentenza del 7 novembre 1994, successivamente passata in giudicato, il Tribunale di Roma dichiarava la propria incompetenza per essere la controversia devoluta al collegio arbitrale, ai sensi dell'art. 21 delle condizioni generali di cui all'all. A dei contratti suindicati, a tenore del quale "nell'interpretazione o nell'esclusione (letta come esecuzione) dell'appalto" il collegio arbitrale avrebbe giudicato" secondo equità nelle forme dell'arbitrato libero, senza osservanza delle norme o senza procedere a deposito di lodo, purché con rispetto dei principi essenziali del contraddittorio".

Adito dalla M.A.R.T. Costruzioni s.r.l. il collegio arbitrale, che si costituiva il 27 febbraio 1995, concedendo termine fino al 20 marzo 1995 per il deposito di note e documenti, fino al 31 marzo 1995 per il deposito di memorie di replica, di eventuali ulteriori istanze istruttorie e documenti e per la precisazione delle definitive conclusioni e fissando l'udienza del 6 aprile 1995 per la comparizione delle parti, in detta sede disponeva, su istanza delle parti, il rinvio della discussione al 10 maggio 1995. Frattanto, il 30 marzo 1995, interveniva il fallimento della M.A.R.T. Costruzioni s.r.l.

L'udienza era quindi nuovamente rinviata al 29 maggio 1995 e ancora al 12 giugno 1995. In tale ultima data il Collegio fissava i nuovi termini di deposito di documenti e note e "deliberava di riunirsi in conferenza personale presso la sede del Collegio alle ore 11 del 18 luglio 1995". Il 7 luglio 1995 il curatore del fallimento si costituiva depositando memoria. All'udienza fissata del 18 luglio 1995 gli arbitri, ritenuto che a seguito della dichiarazione di fallimento della M.A.R.T. Costruzioni s.r.l. i termini per l'emanazione del lodo dovevano intendersi prorogati di un mese, in applicazione dell'art. 820 comma 3 c.p.c., rilevato altresì che le nuove deduzioni delle parti, la formulazione di nuove richieste istruttorie ed il riferimento a nuovi documenti determinavano "la necessità di un tempo di comporto per la valutazione della vertenza", rinviavano la conferenza personale al 22 settembre 1995.

Con lodo emesso nella stessa data il collegio, premesso che le domande riconvenzionalmente proposte dalla Palatina s.r.l. dovevano considerarsi inammissibili, in quanto l'intervenuto fallimento della M.A.R.T. Costruzioni s.r.l. impediva che crediti nei suoi confronti fossero fatti valere al di fuori della procedura

fallimentare, mentre l'eccezione di compensazione poteva essere esaminata nel merito, stante l'anteriorità del momento genetico dell'asserito credito rispetto al fallimento, riconosceva in via equitativa alla Palatina s.r.l. un credito risarcitorio per parziale inadempimento dell'appaltatrice pari a L. 100.000.000, da opporre in compensazione, e condannava la stessa Palatina s.r.l. a pagare alla M.A.R.T.
Costruzioni s.r.l. la somma di L. 414.976.166, con gli interessi dalla pronunzia; respingeva tutte le altre domande avanzate dalle parti.
La Palatina s.r.l. proponeva impugnazione deducendo sotto vari profili *errores in procedendo* e con sentenza del 14 luglio - 21 settembre 1998 la Corte di Appello di Roma rigettava il gravame, ponendo a base della decisione le seguenti argomentazioni: a) non sussisteva la dedotta violazione del principio del contraddittorio, atteso che dopo l'udienza del 6 aprile 1995, alla quale le parti non erano comparse personalmente per l'intervenuto fallimento della M.A.R.T. Costruzioni s.r.l., non vi era stato alcun rinvio per la comparizione delle stesse; che dette parti avevano chiesto ed ottenuto alla successiva udienza del 12 giugno 1995 "termine per esame, note e deduzioni"; che il Collegio con lo stesso provvedimento aveva deliberato di "riunirsi in conferenza personale presso la sede del Collegio alle ore 11 del 18 luglio 1995"; che peraltro in tale data, quando la Palatina s.r.l. aveva già potuto esaminare le note depositate dall'avversaria il 7 luglio 1995, corredate dell'autorizzazione del giudice delegato al proseguimento dell'incarico per conto del fallimento e contenenti la riproposizione di tutte le difese già svolte, nessuna delle parti si era presentata o aveva comunque interloquito in merito al provvedimento degli arbitri circa la necessità di un tempo di comporto per la valutazione della vertenza a seguito delle nuove deduzioni e richieste istruttorie, onde il rinvio all'ulteriore udienza del 22 settembre 1995, cui ancora. nessuna delle parti risultava comparsa, era stato addirittura inutile e comunque non utilizzato; b) premesso - in relazione al motivo di impugnazione secondo il quale la deduzione del maggior credito da parte del debitore del fallito avrebbe dovuto comportare la traslazione dell'intera controversia avanti al tribunale fallimentare, ai sensi degli artt. 24 11 e 36 c.p.c., con conseguente improcedibilità dell'intero giudizio, ossia anche del credito del fallito che la qualificazione della domanda riconvenzionale e dell'eccezione di compensazione proposte dalla Palatina s.r.l. spettava al Collegio arbitrale e non era censurabile dinanzi alla Corte di Appello, la deduzione del maggior credito da parte del debitore del fallito avrebbe dovuto effettivamente determinare la devoluzione dell'intera controversia al tribunale fallimentare, in forza del principio della necessaria concentrazione presso un unico organo giudiziario delle azioni dirette a far valere diritti verso il fallimento, regolata dal rito inderogabile e peculiare previsto dagli artt. 52 e 93 e ss. l. f.; c) e tuttavia, procedendo a verificare - come era necessario, trattandosi di lodo pronunciato secondo equità - se le norme violate costituissero "norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico", ed identificata la disposizione violata unicamente nell'art. 36 c.p.c., atteso che gli arbitri non avevano risolto una vertenza deferita alla competenza funzionale del giudice fallimentare, ma avevano deciso una causa la cui competenza sarebbe loro sfuggita unicamente per la connessione con altra questione di competenza di detto giudice, tale disposizione non poteva certamente definirsi norma fondamentale e cogente di ordine pubblico, consentendo essa addirittura la scelta tra la separazione delle cause con la rimessione al giudice superiore della sola riconvenzionale ovvero la rimessione di entrambe al giudice superiore; d) l'eccezione di incompetenza appariva altresì in contrasto con il giudicato intervenuto tra le parti, costituito dalla sentenza

del Tribunale che aveva dichiarato la propria incompetenza in favore del collegio arbitrale, senza che rilevasse l'intervenuto fallimento della M.A.R.T. Costruzioni s.r.l., essendo subentrata la procedura fallimentare nella stessa posizione della società in bonis; e) le ulteriori denunce di violazione dell'art. 829 comma 1 n. 4 e 5 c.p.c. non risultavano specificate dalla Palatina s.r.l., ma soltanto enunciate peraltro esse apparivano "infondate, tenuto conto che il lodo aveva ravvisato " quasi una risoluzione convenzionale del rapporto contrattuale di appalto per *facta concludentia*", che gli elementi comuni all'eccezione di compensazione ed alla domanda riconvenzionale andavano valutati sotto il primo profilo, che la statuizione sull'eccezione di compensazione non era impugnabile per essere stato accolto il relativo capo, che gli arbitri avevano comunque motivato in ordine al credito di L. 100.000.000 riconosciuto alla Palatina s.r.l.; f) i residui motivi di doglianza dovevano considerarsi irrilevanti ai fini del *decisum* ovvero assorbiti.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione la Roma Ovest Costruzioni Edilizie s.r.l., succeduta per incorporazione alla Palatina s.r.l., deducendo tre motivi. Resiste con controricorso illustrato con memoria il fallimento della M.A.R.T. Costruzioni s.r.l.

Motivi della decisione

Con il primo motivo di ricorso, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 829 comma 1 n. 9 c.p.c., omissione, insufficienza o contraddittorietà di motivazione, si deduce che la sentenza impugnata ha erroneamente escluso che gli arbitri avessero violato il principio fondamentale del contraddittorio, attribuendo rilievo decisivo alla mancata partecipazione della Palatina s.r.l. alle udienze del 18 luglio e del 22 settembre 1995, senza considerare che dette udienze erano state riservate alla conferenza personale degli arbitri e che pertanto i difensori non erano legittimati a presenziare, nonché omettendo di rilevare che l'omessa informativa alle parti dell'udienza in cui il lodo sarebbe stato deliberato e la mancata fissazione dell'udienza finale di discussione, che avevano impedito alla Palatina s.r.l. di replicare alla memoria di costituzione del fallimento, integravano altrettante violazioni delle regole dettate dagli stessi arbitri all'atto della loro costituzione in collegio.

Il motivo è infondato.

Va al riguardo considerato che in mancanza di determinazione, nel compromesso o nella clausola compromissoria, delle regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di decidere la struttura e l'articolazione del giudizio, salvo l'obbligo di osservare i canoni fondamentali volti a garantirne la funzionalità e ad assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, l'inosservanza del quale costituisce, secondo il testo novellato dell'art. 829 c.p.c., specifico motivo di nullità del lodo (v. sul punto Cass. 1999 n. 10192; 1997 n. 1404; 1993 n. 12517; 1988 n. 64).

Come è stato opportunamente osservato in dottrina, il principio posto dall'art. 101 c.p.c., adattato al procedimento dinanzi agli arbitri, deve essere opportunamente riferito al momento della chiusura della trattazione, in modo da assicurare - senza che ne risulti leso l'altro principio di libertà delle forme espresso dai commi 1 e 2 dell'art. 816 c.p.c.- l'osservanza della regola *audiatur et altera pars*.

Tanto ritenuto in diritto, e considerato che nella specie, come illustrato nell'esposizione che precede, gli arbitri erano stati chiamati a giudicare "secondo equità nelle forme dell'arbitrato libero, senza osservanza delle norme o senza procedere a deposito del lodo, purché con rispetto dei principi essenziali del contraddittorio", deve argomentarsi che correttamente la Corte di Appello ha escluso che nell'ambito di quel procedimento fosse stata commessa la denunziata violazione del richiamato principio, atteso che - secondo la puntuale ricostruzione della vicenda descritta nella sentenza in esame - all'udienza di discussione del 12 giugno 1995 il collegio aveva concesso nuovi termini per il deposito di documenti fino al 21 giugno e di note fino al 7 luglio 1995, fissando per il 18 luglio successivo la riunione in conferenza personale, che il curatore del fallimento aveva tempestivamente depositato la memoria di costituzione il 7 luglio e che alla riunione svoltasi alla data stabilita gli stessi arbitri avevano disposto il rinvio della riunione in conferenza personale al 22 settembre. Tale cadenza temporale rende evidente che la Palatina s.r.l. era stata posta in condizione di conoscere le note depositate dall'avversario, entro la data assegnata e quindi di svolgere eventuali controdeduzioni.

Le osservazioni svolte nel motivo in esame non appaiono peraltro pertinenti nella parte in cui tendono a prospettare che i difensori delle parti non sono legittimati a presenziare alle riunioni fissate per la conferenza personale degli arbitri, atteso che - come appare chiaramente dal complesso argomentativo della sentenza impugnata - la Corte di Appello ha escluso che si fosse commessa violazione del principio del contraddittorio non già per la mancata presenza a dette riunioni, bensì per il diverso e decisivo rilievo che nessuna deduzione e richiesta era stata formulata dalla Palatina s.r.l. dopo la costituzione del fallimento e l'acquisita conoscenza della relativa memoria, pur nel più ampio termine consentito dal differimento della riunione personale degli arbitri al 22 settembre 1995.

Con il secondo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 324 c.p.c., 24, 52, 56 e 93 l.f., omissione, insufficienza o contraddittorietà di motivazione. si deduce l'errore della Corte territoriale per non aver dichiarato la nullità del lodo per improcedibilità dell'intero giudizio arbitrale, stante la competenza del tribunale fallimentare tanto sulla domanda riconvenzionale proposta dalla convenuta quanto sulla domanda principale fatta propria dal fallimento. Si osserva al riguardo che il collegio arbitrale, al di là dell'enunciazione formale di improcedibilità della domanda riconvenzionale di risoluzione contrattuale per inadempimento dell'appaltatrice, aveva finito con l'esaminare nel merito detta domanda, usurpando la competenza funzionale del giudice della verifica fallimentare.

Si sostiene altresì che in ogni caso la stessa Corte avrebbe dovuto dichiarare la nullità del lodo per violazione non tanto dell'art. 36 c.p.c., ma degli artt. 24, 52, 56 e 93 l.f., in applicazione del principio generale secondo il quale, quando il debitore di un fallito, convenuto con azione di adempimento, richiede in via riconvenzionale la condanna del fallimento al pagamento di un proprio maggior credito, con eventuale compensazione della differenza, si determina l'attrazione dell'intera controversia nella competenza del giudice fallimentare.

La censura è fondata, nei limiti che saranno di seguito precisati.

Ed invero la Corte di Appello ha correttamente richiamato l'orientamento consolidato di questa Suprema Corte, anche a Sezioni Unite, secondo il quale, ove nel giudizio promosso dal curatore del fallimento per il recupero di un credito del fallito il convenuto, invocando opposte ragioni di credito derivanti dal medesimo rapporto obbligatorio, proponga domanda riconvenzionale diretta non soltanto a paralizzare la pretesa

creditoria del fallimento, ma anche ad ottenere una statuizione di accertamento di un credito da far valere nel concorso collettivo, entrambe le pretese inscindibilmente devolute alla cognizione di un unico giudice vanno trasferite nella sede concorsuale v. Cass. 1997 n. 3068; 1992 n. 11021; 1991 n. 5333; 1984 n.4791; 1984 n. 3113; 1983 n. 1302; 1982 n. 998; S.U. 1979 n. 3878) , ed ha conseguentemente rilevato l'errore degli arbitri per aver disatteso tale principio.

E tuttavia la medesima Corte, identificata nell'art. 36 c.p.c. la disposizione violata, ha del tutto erroneamente posto la questione se essa costituisse norma fondamentale di ordine pubblico la cui violazione fosse denunciabile anche in relazione ad un lodo pronunciato secondo equità, e tale questione ha risolto in senso negativo, traendo argomento dalla facoltà attribuita al giudice dallo stesso art. 36 c.p.c. di scegliere, ove la domanda riconvenzionale ecceda la sua competenza, tra la separazione delle cause con rimessione al giudice superiore della sola riconvenzionale e la rimessione di entrambe le cause al giudice superiore.

L'errore di diritto contenuto nella sentenza impugnata è evidente atteso che una questione siffatta - a prescindere da ogni valutazione sulla correttezza dell'identificazione nell'art. 36 c.p.c. della disposizione violata - non è certamente proponibile in relazione alle violazioni di natura processuale, che trovano la propria sanzione nel codice di rito e, per quanto specificamente attiene al procedimento arbitrale, possono integrare le cause di nullità del lodo previste dall'art. 829 primo comma c.p.c. (nella specie, quella di cui al n. 4), potendo essere correttamente prospettata soltanto con riguardo agli *errores in iudicando*, ai sensi del secondo comma dell'art. 829 c.p.c. È qui appena il caso di ricordare che l'equità attiene alla decisione, e non al processo, e che gli arbitri autorizzati a pronunciare secondo equità, in quanto svincolati dalla rigorosa osservanza delle norme di diritto, hanno facoltà di ricorrere ai criteri di prudenza e di opportunità che appaiano più equi alla loro coscienza. Ed è appunto in relazione alla violazione da parte degli arbitri di equità delle norme di diritto sostanziale che la giurisprudenza di questa Suprema Corte ha reiteratamente accennato la non proponibilità dell'impugnazione del lodo, a meno che le violazioni dedotte non si traducano nell'inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, dettate a tutela di interessi generali e quindi non derogabili dalla volontà delle parti (v. Cass. 1994 n. 4330; S.U. 1993 n. 10827; 1993 n. 8563; 1984 n. 5637).

Altrettanto errato è il richiamo formulato nella sentenza impugnata al giudicato intervenuto tra le parti in forza della sentenza del Tribunale di Roma che aveva declinato la propria competenza in favore del collegio arbitrale, trattandosi di statuizione non suscettibile di dar luogo a giudicato in senso sostanziale, ma dotata di efficacia meramente endoprocessuale, tale da determinare la preclusione della questione soltanto davanti al giudice del relativo processo (v. per tutte sul punto Cass. 1983 n. 112).

L'accoglimento del secondo motivo di ricorso comporta l'assorbimento del terzo.

La sentenza impugnata deve essere conseguentemente cassata.

E poiché la causa può essere decisa nel merito, ricorrendo le condizioni previste dall'art. 384 c.p.c., va dichiarata la nullità del lodo.

Sussistono giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese del giudizio di impugnazione del lodo e di questo giudizio di cassazione.

p.q.m.

LA CORTE DI CASSAZIONE Rigetta il primo motivo di ricorso, accoglie il secondo e dichiara assorbito il terzo. Cassa la sentenza impugnata e decidendo nel merito dichiara la nullità del lodo. Compensa le spese del giudizio di impugnazione del lodo e di quello di legittimità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della I sezione civile il 20 gennaio 2000

CAPITOLO XIV
PLURALITÀ DI DOMANDE E QUESTIONI PREGIUDIZIALI

Corte Costituzionale, 28/11/2001, n. 376

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:
- Cesare RUPERTO Presidente
- Fernando SANTOSUOSSO Giudice
- Massimo VARI "
- Riccardo CHIEPPA "
- Gustavo ZAGREBELSKY "
- Valerio ONIDA "
- Carlo MEZZANOTTE "
- Fernanda CONTRI "
- Guido NEPPI MODONA "
- Piero Alberto CAPOTOSTI "
- Annibale MARINI "
- Franco BILE "
- Giovanni Maria FLICK "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, del decreto-legge 11 giugno 1998, n. 180 (Misure urgenti per la prevenzione del rischio idrogeologico ed a favore delle zone colpite dai disastri franosi nella regione Campania), convertito, con modificazioni, in legge 3 agosto 1998, n. 267, e dell'art. 8, comma 1, lettera d), del decreto legislativo 20 settembre 1999, n. 354 (Disposizioni per la definitiva chiusura del programma di

ricostruzione di cui al titolo VIII della L. 14 maggio 1981, n. 219, e successive modificazioni, a norma dell'art. 42, comma 6, della legge 17 maggio 1999, n. 144), promosso con ordinanza emessa il 3 luglio 2000 dal Collegio arbitrale nell'arbitrato in corso tra il Consorzio Ricostruzione (CO.RI.) ed il Comune di Napoli,

iscritta al n. 549 del registro ordinanze 2000 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 41, prima serie speciale, dell'anno 2000.

Visti l'atto di costituzione del Consorzio CO.RI. nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;
udito nell'udienza pubblica del 6 novembre 2001 il Giudice relatore Annibale Marini;
uditi l'avv.to Paolo Vosa per il Consorzio CO.RI. e l'avv.to dello Stato Claudio Linda per il Presidente del Consiglio dei ministri

Ritenuto in fatto
1.- Con ordinanza emessa il 3 luglio 2000 il Collegio arbitrale di Napoli, nell'arbitrato in corso tra il Consorzio Ricostruzione (CO.RI.) ed il Comune di Napoli - Area Funzionale CIPE, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, 76, 77 e 97 Cost., questione incidentale di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 2, del decreto-legge 11 giugno 1998, n. 180 (Misure urgenti per la prevenzione del rischio idrogeologico ed a favore delle zone colpite dai disastri franosi nella regione Campania), convertito, con modificazioni, in legge 3 agosto 1998, n. 267, e 8, comma 1, lettera d), del decreto legislativo 20 settembre 1999, n. 354 (Disposizioni per la definitiva chiusura del programma di ricostruzione di cui al titolo VIII della L. 14 maggio 1981, n. 219, e successive modificazioni, a norma dell'art. 42, comma 6, della legge 17 maggio 1999, n. 144).
Il collegio rimettente - consapevole della problematicità del tema - si interroga preliminarmente sulla propria legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale ed a tale riguardo assume di poter cogliere, nella evoluzione sia normativa che dottrinaria e giurisprudenziale, "una più accentuata adesione alla tesi della configurabilità degli arbitri come giudice a quo".
Deporrebbero in tal senso, in estrema sintesi, la più marcata assimilazione, nella evoluzione normativa, del collegio arbitrale - quando si tratti, come nella specie, di arbitrato rituale - all'autorità giudiziaria, la sostanziale equiparazione del lodo alla sentenza giudiziale, l'introduzione dell'impugnazione per nullità del lodo per violazione del contraddittorio ed infine la nuova formulazione dell'art. 819 del codice di procedura civile.
Passando, quindi, ai profili di merito il collegio arbitrale espone, quanto alla rilevanza della questione, di doversi pronunciare su una controversia, introdotta con atto notificato il 22 giugno 1998, insorta tra il Consorzio CO.RI., concessionario per la realizzazione di parte del programma di cui al titolo VIII della legge 14 maggio 1981, n. 219 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 marzo 1981, n. 75, recante ulteriori interventi in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del novembre 1980 e del febbraio 1981. Provvedimenti organici per la ricostruzione e lo sviluppo dei territori colpiti), ed il Comune di Napoli.
Rileva peraltro il rimettente che l'art. 8, comma 1, lettera d), del decreto legislativo n. 354 del 1999, intervenuto successivamente all'instaurazione del giudizio arbitrale, nel prevedere che il commissario straordinario liquidatore, ai fini delle previste transazioni, possa prendere in considerazione solamente i giudizi ordinari o arbitrali in corso o le istanze di accesso ad arbitrato notificate prima dell'entrata in vigore del decreto-legge 11 giugno 1998, n. 180, avrebbe inequivocamente esteso anche alle controversie relative all'esecuzione delle

opere comprese nei programmi di ricostruzione di cui al predetto titolo VIII della legge n. 219 del 1981 l'applicabilità dell'art. 3, comma 2, del suddetto decreto-legge 11 giugno 1998, n. 180, secondo cui "le controversie relative all'esecuzione di opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali non possono essere devolute a collegi arbitrali". Ne conseguirebbe pertanto l'impossibilità, per il collegio arbitrale adíto, di pervenire ad una decisione di merito.

La normativa denunciata, secondo il rimettente, si porrebbe tuttavia in contrasto, in primo luogo, con gli artt. 76 e 77 Cost.

Il citato art. 3 del decreto-legge n. 180 del 1998 si riferirebbe infatti - come risulterebbe evidente dal suo tenore letterale, oltreché dal titolo, dal preambolo e dal contenuto dell'intero decreto-legge - alle sole controversie relative ad opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali. La legge n. 219 del 1981 riguarderebbe opere pubbliche di tal genere solamente per i primi sette titoli, mentre il titolo VIII conterrebbe una normativa del tutto distinta, finalizzata alla realizzazione di un programma di edilizia residenziale nell'area metropolitana di Napoli. L'art. 8 del decreto legislativo n. 354 del 1999, estendendo, sia pure implicitamente, anche alle controversie relative a tale programma di edilizia residenziale il divieto di devoluzione ad arbitri, avrebbe sostanzialmente violato il principio - desumibile dall'art. 77 Cost. ed esplicitato dall'art. 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988 - secondo cui i decreti-legge devono contenere misure di immediata applicazione ed il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo.

La medesima norma sarebbe altresì affetta dal vizio di eccesso di delega, non essendovi traccia, nei principi e criteri direttivi contenuti nella legge di delegazione, "di un'estensione del potere del legislatore delegato tale da consentirgli di considerare la disciplina contenuta nel D.L. 180/98 come applicabile, ai fini delle procedure di liquidazione affidate ad apposito Commissario, anche al contenzioso originato dal programma residenziale" di cui al citato titolo VIII della legge n. 219 del 1981.

Il divieto di devoluzione ad arbitri delle controversie di cui si tratta sarebbe poi in contrasto con il principio di ragionevolezza, apparendo, al contrario, il rito arbitrale, per la sua maggiore speditezza, coerente con un impianto normativo destinato a fronteggiare situazioni di emergenza, quale quello di cui al decreto-legge n. 180 del 1998.

Del pari irragionevole e fonte di ingiustificata disparità di trattamento tra situazioni analoghe sarebbero poi - ad avviso ancora del rimettente - la fissazione di un termine a decorrere dal quale siffatto divieto opera e la conseguente previsione di esclusione dalla generale procedura transattiva delle istanze di accesso ad arbitrato notificate oltre il suddetto termine.

Nessun specifico argomento è addotto, infine, a sostegno delle censure riferite agli artt. 24 e 97 Cost.

2.- Si è costituito in giudizio il Consorzio CO.RI. concludendo per l'accoglimento della questione.

Preliminarmente la parte privata - sulla scorta, in buona sostanza, degli stessi argomenti addotti dal rimettente - ribadisce la legittimazione del collegio arbitrale a sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Nel merito, la medesima parte rileva che il decreto-legge n. 180 del 1998 venne emanato per fronteggiare l'emergenza conseguente al disastro idrogeologico che aveva colpito il comune di Sarno ed assume pertanto che il divieto di devoluzione ai collegi arbitrali delle controversie relative all'esecuzione di opere pubbliche

comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali, divieto contenuto nell'art. 3 dello stesso decreto-legge, non poteva all'evidenza ritenersi direttamente applicabile anche alle controversie sorte tra concedenti e concessionari per la realizzazione del programma di edilizia residenziale di cui al titolo VIII della legge n. 219 del 1981, stante l'estraneità di tale programma alla disciplina dettata dal suddetto decreto-legge.

Con la successiva legge 17 maggio 1999, n. 144 (Misure in materia di investimenti, delega al Governo per il riordino degli incentivi all'occupazione e della normativa che disciplina l'INAIL, nonché disposizioni per il riordino degli enti previdenziali), intervenuta nel corso del giudizio arbitrale, il Governo venne delegato (art. 42) ad emanare uno o più decreti legislativi per la definitiva chiusura del programma di ricostruzione di cui al titolo VIII della legge n. 219 del 1981, con fissazione dei relativi principi e criteri direttivi.

La delega al Governo non comprendeva peraltro il potere di legiferare in materia di competenza arbitrale né comunque di ampliare l'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 3 del decreto-legge n. 180 del 1998.

L'art. 8 del decreto legislativo n. 354 del 1999, che di fatto - secondo il Consorzio CO.RI. - avrebbe esteso tale divieto alle controversie riguardanti il programma di edilizia residenziale di cui al citato titolo VIII della legge n. 219 del 1981, sarebbe pertanto in contrasto con l'art. 76 Cost.

Entrambe le norme denunciate violerebbero poi l'art. 77 Cost., sia perché l'estensione del divieto di arbitrato alle controversie relative al suddetto programma di edilizia residenziale sarebbe stata disposta in difetto dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza richiesti dalla norma costituzionale, sia perché il decreto-legge n. 180 del 1998 difetterebbe dei necessari caratteri di specificità ed omogeneità, stante l'eterogeneità delle situazioni colpite dal divieto di giudizio arbitrale.

Le norme stesse, infine, si porrebbero, ad avviso della medesima parte, in contrasto con gli artt. 3, 24 e 97 Cost. sulla base di considerazioni in tutto analoghe a quelle svolte nell'ordinanza di rimessione.

3.- È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, concludendo per la declaratoria di inammissibilità e infondatezza della questione.

In una memoria depositata nell'imminenza dell'udienza pubblica, l'Avvocatura, in via preliminare, manifesta dubbi in ordine alla legittimazione del collegio arbitrale a sollevare questione di legittimità costituzionale, in base al combinato disposto degli artt. 25 e 102 della Costituzione e 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, e tenuto conto altresì dell'orientamento della Corte di giustizia, secondo cui l'arbitro non può essere considerato giurisdizione dello Stato membro ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE.

Nel merito, la parte pubblica deduce innanzitutto l'insussistenza del vizio riferito all'art. 77 Cost., derivante dall'asserita disomogeneità della disposizione contenuta nell'art. 3, comma 2, del decreto-legge n. 180 del 1998 rispetto alla materia disciplinata dallo stesso decreto-legge. La norma, ad avviso dell'Avvocatura, intenderebbe infatti affermare un principio valido con riferimento ad ogni tipo di calamità naturale.

Priva di pregio sarebbe altresì la censura sollevata, riguardo all'art. 8, comma 1, lettera d), del decreto legislativo n. 354 del 1999, con riferimento al parametro di cui all'art. 76 Cost.

Il d.P.C.m. 22 maggio 1984 (recte: 22 maggio 1981), emanato ai sensi del decreto-legge 13 febbraio 1981, n. 19 (Individuazione dei comuni colpiti dal sisma del novembre 1980), avrebbe infatti individuato anche il Comune di Napoli tra quelli "gravemente danneggiati" a seguito degli eventi sismici del novembre 1980,

cosicché il programma straordinario di edilizia residenziale per l'area metropolitana di Napoli, di cui al titolo VIII della legge n. 219 del 1981, rientrerebbe a pieno titolo nell'ambito dei "provvedimenti organici per la ricostruzione e lo sviluppo dei territori colpiti". La norma del decreto legislativo avrebbe dunque un valore meramente dichiarativo e consequenziale rispetto all'art. 3, comma 2, del decreto-legge n. 180 del 1998, già direttamente applicabile alle controversie relative al suddetto programma straordinario di edilizia residenziale. Parimenti infondate sarebbero infine le censure riferite agli artt. 3, 24 e 97 Cost.

Osserva al riguardo l'Avvocatura che il giudizio arbitrale - a prescindere dalla dubbia costituzionalità di quello di cui si tratta, in quanto obbligatorio - costituisce comunque una eccezione alla regola della giurisdizione ordinaria e si caratterizza per la rapidità di giudizio ma anche per le minori garanzie offerte alle parti. Tale ridotto livello di garanzia non sarebbe compatibile con la necessità di tutela dell'interesse pubblico, "particolarmente pregnante quando esso è collegato alla ricostruzione e sviluppo di aree colpite da calamità naturali di grave entità".

In punto di fatto, a sostegno di tale assunto, la parte pubblica rileva che la quasi totalità delle procedure arbitrali relative al programma di ricostruzione risultano attivate dopo il 1995, quando cioè la pubblica amministrazione, a seguito dello scioglimento della struttura tecnico-organizzativa che aveva curato la gestione del programma di ricostruzione, risultava ormai priva del necessario supporto tecnico e perciò sostanzialmente incapace di difendersi nella sede arbitrale.

In ogni caso, e conclusivamente, sarebbe decisiva, nel senso della infondatezza della questione, l'inesistenza di qualsiasi limite costituzionale al potere del legislatore di sottrarre alla competenza arbitrale controversie nelle quali sia individuabile un interesse pubblico di particolare rilevanza.

Considerato in diritto

1.- Il collegio arbitrale costituitosi in Napoli per la risoluzione della controversia insorta tra il Consorzio CO.RI. ed il Comune di Napoli dubita, in riferimento agli artt. 3, 24, 76, 77 e 97 della Costituzione, della legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 2, del decreto-legge 11 giugno 1998, n. 180 (Misure urgenti per la prevenzione del rischio idrogeologico ed a favore delle zone colpite dai disastri franosi nella regione Campania), convertito, con modificazioni, in legge 3 agosto 1998, n. 267, e 8, comma 1, lettera d) del decreto legislativo 20 settembre 1999, n. 354 (Disposizioni per la definitiva chiusura del programma di ricostruzione di cui al titolo VIII della L. 14 maggio 1981, n. 219, e successive modificazioni, a norma dell'art. 42, comma 6, della legge 17 maggio 1999, n. 144).

Ad avviso del collegio rimettente le norme impugnate, attribuendo all'esclusiva cognizione del giudice statale le controversie, già oggetto di compromesso arbitrale, relative al programma straordinario di edilizia residenziale per Napoli, di cui al titolo VIII della legge 14 maggio 1981, n. 219 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 marzo 1981, n. 75, recante ulteriori interventi in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del novembre 1980 e del febbraio 1981. Provvedimenti organici per la ricostruzione e lo sviluppo dei territori colpiti), violerebbero i limiti posti tanto alla decretazione d'urgenza dall'art. 77 Cost, quanto alla legislazione delegata dall'art. 76 Cost., ponendosi sotto altro aspetto in contrasto con il generale canone di ragionevolezza e con il principio di eguaglianza.

Vengono, infine, evocati, dallo stesso rimettente, in modo del tutto apodittico i parametri di cui agli artt. 24 e 97 Cost.

2.- Si deve preliminarmente accertare - in riferimento alla eccezione di inammissibilità avanzata dall'Avvocatura dello Stato - se il collegio arbitrale sia legittimato a sollevare, ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, la questione di legittimità costituzionale.

In proposito, occorre muovere dalla giurisprudenza di questa Corte secondo cui, per aversi giudizio a quo, è sufficiente che sussista esercizio di "funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge" da parte di soggetti, "pure estranei all'organizzazione della giurisdizione", "posti in posizione super partes" (sentenze n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1966).

Ai limitati fini che qui interessano, e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale, basta osservare che l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie.

Il dubbio sulla legittimità costituzionale della legge da applicare non è diverso, in linea di principio, da ogni altro problema che si ponga nell'itinerario logico del decidente al fine di pervenire ad una decisione giuridicamente corretta: anche le norme costituzionali, con i loro effetti eventualmente invalidanti delle norme di legge ordinaria con esse contrastanti, fanno parte del diritto che deve essere applicato dagli arbitri i quali - come ogni giudice - sono vincolati al dovere di interpretare le leggi *secundum Constitutionem*.

In un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri - il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione - debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi.

La tesi della sospensione del giudizio arbitrale al fine di consentire alle parti di sottoporre il dubbio di legittimità costituzionale al giudice ordinario, è solo apparentemente coerente con la disciplina dettata dall'art. 819 cod. proc. civ. in tema di questioni incidentali. La norma codicistica, infatti, postula che - una volta sospeso il procedimento arbitrale - il giudice competente adíto dalle parti decida la questione incidentale; mentre, nel caso della questione di costituzionalità, al giudice ordinario sarebbe demandato solo il compito di reiterare la valutazione di rilevanza e di non manifesta infondatezza, già effettuata dagli arbitri, al fine di sollevare davanti a questa Corte una questione pregiudiziale rispetto ad una decisione di merito che non spetta al giudice medesimo ma agli arbitri.

Conclusivamente, dunque, va affermato, alla luce della richiamata giurisprudenza di questa Corte, che anche gli arbitri rituali possono e debbono sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa.

3.- Nel merito la questione non è fondata.

3.1.- Il collegio rimettente muove dalla premessa che l'art. 3, comma 2, del decreto-legge 11 giugno 1998, n. 180, secondo il quale "le controversie relative all'esecuzione di opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali non possono essere devolute a collegi arbitrali", non possa riferirsi alle controversie riguardanti le opere di cui al titolo VIII della legge n. 219 del 1981. Ciò, sia perché il decreto-legge n. 180 del 1998 sarebbe stato emanato esclusivamente per fronteggiare la situazione di emergenza derivante dai disastri idrogeologici del maggio 1998, sia perché, in ogni caso, il programma di edilizia di cui al titolo VIII della menzionata legge n. 219 del 1981 non potrebbe qualificarsi come programma di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali. Ne discenderebbe che la norma di cui all'art. 8, comma 1, lettera d), del decreto legislativo 20 settembre 1999, n. 354, solo apparentemente dichiarativa, avrebbe in realtà esteso il divieto di arbitrato alle suddette controversie, con palese eccesso di delega.

Siffatta premessa interpretativa è sicuramente erronea.

L'inequivoco tenore letterale dell'art. 3, comma 2, del decreto-legge n. 180 del 1998 rende infatti palese che esso enuncia una regola di carattere generale, riguardante le controversie relative alle opere pubbliche comprese in tutti i programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali. Né in ciò può ravvisarsi una violazione dell'art. 77 Cost. - che comunque risulterebbe sanata dall'intervenuta conversione in legge del decreto - atteso che una norma di carattere generale in tema di programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali non può certo ritenersi estranea o disomogenea rispetto alla materia di un decreto-legge adottato in conseguenza della straordinaria necessità ed urgenza di provvedere in merito ad una specifica calamità naturale.

Non può d'altro canto dubitarsi che il programma straordinario di edilizia residenziale per l'area metropolitana di Napoli, di cui al titolo VIII della legge n. 219 del 1981, rientri a pieno titolo tra i programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali.

A favore di tale conclusione depone infatti la ratio complessiva della legge n. 219 del 1981 - recante provvedimenti organici per la ricostruzione e lo sviluppo dei territori colpiti dagli eventi sismici del novembre 1980 e del febbraio 1981 - unita alla circostanza che il Comune di Napoli era già stato a suo tempo individuato - con d.P.C.m. 22 maggio 1981, adottato ai sensi del decreto-legge 13 febbraio 1981, n. 19 (Individuazione dei comuni colpiti dal sisma del novembre 1980), convertito, con modificazioni, in legge 15 aprile 1981, n. 128 - tra quelli "gravemente danneggiati" dal terremoto che aveva colpito la regione Campania nel 1980.

L'art. 8, comma 1, lettera d), del decreto legislativo 20 settembre 1999, n. 354, escludendo che il commissario straordinario possa prendere in esame, ai fini della definizione transattiva delle controversie di cui si tratta, le istanze di accesso ad arbitrato notificate dopo l'entrata in vigore del decreto-legge n. 180 del 1998, non ha dunque affatto ampliato l'ambito di applicazione del divieto di arbitrato introdotto dall'art. 3, secondo comma, del suddetto decreto-legge e non è pertanto censurabile, a tale riguardo, sotto il profilo dell'eccesso di delega.

3.2.- Il parametro di cui all'art. 3 Cost. è evocato dal rimettente sia con riguardo al generale canone di ragionevolezza, sia sotto il profilo dell'asserita violazione del principio di eguaglianza.

Per ciò che concerne il primo aspetto, va premesso che la discrezionalità di cui il legislatore sicuramente gode nell'individuazione delle materie sottratte alla possibilità di compromesso incontra il solo limite della

manifesta irragionevolezza. Siffatto limite non può certo dirsi superato nella specie, considerato il rilevante interesse pubblico di cui risulta permeata la materia relativa alle opere di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali, anche in ragione dell'elevato valore delle relative controversie e della conseguente entità dei costi che il ricorso ad arbitrato comporterebbe per le pubbliche amministrazioni interessate.

Nessuna lesione del principio di eguaglianza può d'altro canto ravvisarsi nel fatto che controversie di uguale natura ed oggetto siano assoggettate o meno al divieto di arbitrato a seconda della data di notifica del relativo atto introduttivo.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, infatti, il fluire del tempo costituisce idoneo elemento di differenziazione delle situazioni soggettive, cosicché non sussiste alcuna ingiustificata disparità di trattamento per il solo fatto che situazioni pur identiche siano soggette a diversa disciplina *ratione temporis* (sentenze n. 409 del 1998 e n. 18 del 1994).

La circostanza che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, abbia nella specie ritenuto di porre al riparo dagli effetti della nuova legge non soltanto le controversie per le quali fosse già stato emesso il lodo - così come una rigorosa applicazione del suddetto principio avrebbe consentito - ma anche quelle in relazione alle quali fosse stata solo notificata, alla data di entrata in vigore del decreto-legge n. 180 del 1998, l'istanza di accesso ad arbitrato, non può d'altro canto ascriversi a violazione dell'art. 3 Cost. in danno di coloro i quali, alla stessa data, non avevano nemmeno introdotto il giudizio arbitrale.

3.3.- Del tutto prive di specifica motivazione risultano infine le censure riferite agli artt. 24 e 97 Cost.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 2, del decreto-legge 11 giugno 1998, n. 180 (Misure urgenti per la prevenzione del rischio idrogeologico ed a favore delle zone colpite dai disastri franosi nella regione Campania), convertito, con modificazioni, in legge 3 agosto 1998, n. 267, e 8, comma 1, lettera d) del decreto legislativo 20 settembre 1999, n. 354 (Disposizioni per la definitiva chiusura del programma di ricostruzione di cui al titolo VIII della L. 14 maggio 1981, n. 219, e successive modificazioni, a norma dell'art. 42, comma 6, della legge 17 maggio 1999, n. 144), sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, 76, 77 e 97 della Costituzione, dal Collegio arbitrale di Napoli con l'ordinanza in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 22 novembre 2001.

Depositata in Cancelleria il 28 novembre 2001.

Corte giustizia UE IV sezione, 27/01/2005, C-125/04

Nel procedimento C-125/04, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages (Belgio) con decisione 4 dicembre 2003, pervenuta in cancelleria l'8 marzo 2004, nel procedimento

Guy Denuit,

Betty Cordenier

contro

Transorient - Mosaïque Voyages et Culture SA,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts, presidente di sezione,

dalla sig.ra N. Colneric e dal sig J.N. Cunha Rodrigues (relatore), giudici,

avvocato generale: sig. A. Tizzano

cancelliere: sig. R. Grass

vista la fase scritta del procedimento,

viste le osservazioni scritte presentate:

– per il governo belga, dalla sig.ra E. Dominkovits, in qualità di agente;

– per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. A. Aresu e

J.-P. Keppenne, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di trattare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 13 giugno 1990, 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso» (GU L 158, pag. 59; in prosieguo: la «direttiva»).

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra il sig. Denuit e la sig.ra Cordenier e la Transorient - Mosaïque Voyages et Culture SA, un'agenzia di viaggi, in merito al prezzo di un viaggio organizzato in Egitto.

Ambito normativo

3 L'art. 4, n. 4, lett. a), della direttiva prevede:

«I prezzi stabiliti dal contratto non possono essere modificati, a meno che il contratto non ne preveda espressamente la possibilità, in aumento o in diminuzione, ed indichi le precise modalità di calcolo, solo per tener conto delle variazioni nei:

– costi di trasporto, compreso il costo del carburante;

– diritti e tasse su certi servizi, quali tasse di atterraggio, di sbarco o di imbarco nei porti e negli aeroporti;
– tassi di cambio applicati al servizio tutto compreso in questione».

4 La direttiva è stata recepita in diritto belga mediante legge 16 febbraio 1994, che disciplina il contratto di organizzazione di viaggi e il contratto di intermediario di viaggi *(Moniteur belge* del 1° aprile 1994, pag. 8928), il cui art. 11, n. 1, corrisponde al detto art. 4, n. 4, lett. a), della direttiva, e dispone quanto segue:

«Il prezzo convenuto nel contratto non è rivedibile, a meno che il contratto non ne preveda espressamente la possibilità nonché le esatte modalità di calcolo e nella misura in cui la revisione sia conseguenza delle variazioni:

a) del tasso di cambio applicato al viaggio, e/o

b) del costo dei trasporti, ivi compreso il costo del carburante, e/o

e) di tributi e tasse relativi a taluni servizi.

Occorre in questo caso che le variazioni previste diano ugualmente luogo ad una riduzione del prezzo».

Controversia principale e questioni pregiudiziali

5 II sig. Denuit e sua moglie, la sig.ra Cordenier, che sono gli attori nella causa principale, avevano prenotato presso l'agenzia di viaggi Transorient - Mosaïque Voyages et Culture SA (in prosieguo: l'«agenzia») un viaggio e un soggiorno tutto compreso in Egitto per loro e il loro figlio Thierry, al prezzo totale di EUR 2 765, compreso, tra altro, il trasporto in aereo (andata e ritorno) in partenza da Bruxelles, nonché una crociera sul Nilo dal 2 al 9 marzo 2003.

6 Nelle condizioni particolari dell'agenzia viene indicato che «tali prestazioni sono state calcolate in funzione del cambio del dollaro in vigore al momento della stampa del presente opuscolo (gennaio 2002 - cambio EUR 1 = USD 0,91). Ogni modifica superiore o inferiore al 10% prima della partenza ci consentirà di riadattare i nostri prezzi».

7 Dopo il viaggio, gli attori nella causa principale hanno invitato l'agenzia a rimborsare una parte - EUR 217,61 - del prezzo globale che avevano già pagato, sostenendo che quest'ultimo doveva essere diminuito in proporzione all'importo delle prestazioni formulate in dollari, in seguito alla modifica del tasso di cambio di tale divisa, dal momento che il tasso di cambio, il giorno della loro partenza, era fissato in EUR 1 = USD 1,08.

8 L'agenzia si è rifiutata di rimborsare gli attori nella causa principale facendo valere, in particolare, l'art. 11, n. 1, della legge 16 febbraio 1994.

9 Gli attori nella causa principale hanno allora adito il Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages (collegio arbitrale della commissione per le controversie in materia di viaggi), che è un'associazione senza scopo di lucro di diritto belga.

10 Considerato che la controversia di cui è investita necessita dell'interpretazione dell'art. 4, n. 4, della direttiva, il Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Qualora la clausola inserita nel contratto che vincola il consumatore all'organizzatore e/o al dettagliante preveda solo la possibilità di modifica del prezzo in aumento e ne indichi le precise modalità di calcolo

unicamente al fine di tenere conto delle variazioni tassativamente indicate dall'art. 4, n. 4, lett. a), della direttiva 90/314/CEE, se tale articolo debba essere interpretato nel senso che comporta tacitamente la modifica del prezzo in diminuzione secondo le medesime modalità di calcolo.

2) Qualora la clausola inserita nel contratto che vincola il consumatore all'organizzatore e/o al dettagliante preveda la possibilità di modifica del prezzo in aumento come pure in diminuzione, senza indicarne le precise modalità di calcolo e unicamente al fine di tenere conto delle variazioni tassativamente indicate nell'art. 4, n. 4, lett. a), della direttiva 90/314/CEE, se tale articolo debba essere interpretato nel senso che comporta la nullità dell'intera clausola ovvero nel senso che limita la nullità della modifica del prezzo in aumento.

3) Qualora la clausola inserita nel contratto che vincola il consumatore all'organizzatore e/o al dettagliante preveda la possibilità, esclusivamente a favore dell'organizzatore di viaggi e/o del dettagliante, di modifica del prezzo in aumento come pure in diminuzione e ne indichi le modalità precise di calcolo, unicamente al fine di tenere conto delle variazioni tassativamente indicate all'art. 4, n. 4, lett. a), della direttiva 90/314/CEE, se tale articolo debba essere interpretato nel senso che comporta la nullità dell'intera clausola ovvero la nullità di questa si limita alla modifica del prezzo in aumento.

4) Qualora la clausola inserita nel contratto che vincola il consumatore all'organizzatore e/o al dettagliante preveda la possibilità, sia a favore dell'organizzatore di viaggi e/o del dettagliante sia a favore del consumatore, di una modifica del prezzo in aumento come pure in diminuzione e ne indichi le modalità precise di calcolo unicamente al fine di tenere conto delle variazioni tassativamente indicate dall'art. 4, n. 4, lett. a), della direttiva 90/314/CEE, se tale articolo debba essere interpretato nel senso che fa obbligo all'organizzatore del viaggio e/o al dettagliante di procedere alla modifica del prezzo in diminuzione, quand'anche non sia stata richiesta dal consumatore».

Sulla competenza della Corte

11 In via preliminare, occorre esaminare se il Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages debba essere considerato una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE.

12 Per valutare se l'organo remittente possegga le caratteristiche di un giudice di uno Stato membro ai sensi dell'art. 234 CE, la Corte tiene conto di un insieme di elementi quale l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (v., in particolare, sentenze 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult, Racc. pag. I-4961, punto 23 e giurisprudenza ivi citata, nonché 30 maggio 2002, causa C-516/99, Schmid, Racc. pag. I-4573, punto 34).

13 Secondo la giurisprudenza della Corte, un tribunale arbitrale convenzionale non costituisce una giurisdizione di uno Stato membro ai sensi dell'art. 234 CE perché per le parti contraenti non vi è alcun obbligo, né di diritto né di fatto, di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato e perché le autorità pubbliche dello Stato membro interessato non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato né sono chiamate a intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro (v. sentenze 23 marzo 1982, causa 102/81, «Nordsee» Deutsche Hochseefischerei, Racc. pag. 1095, punti 10-12, e 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. pag. I-3055, punto 34).

14 Nella causa principale, si evince dalla decisione di rinvio che il deferimento al Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages risulta da una convenzione arbitrale stipulata tra le parti.
15 La normativa belga non impone il ricorso a tale collegio arbitrale come solo mezzo di composizione di una controversia tra un privato e un intermediario di viaggi. È vero che un giudice ordinario adito per una controversia oggetto di una convenzione arbitrale deve dichiararsi incompetente in applicazione dell'art. 1679, n. 1, del codice giudiziario belga. Nondimeno, la giurisdizione del Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages non è obbligatoria nel senso che, in mancanza di una convenzione arbitrale stipulata tra le parti, un privato può rivolgersi ai giudici ordinari per risolvere la controversia.
16 Poiché, nella causa principale, per le parti non vi è alcun obbligo, né di diritto né di fatto, di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato e poiché le autorità pubbliche dello Stato membro interessato non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato, il Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges et Voyages non può essere considerato giurisdizione nazionale di uno Stato membro ai sensi dell'art. 234 CE.
17 Se ne desume che la Corte non è competente a pronunciarsi sulle questioni sottopostele dal Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages.

Sulle spese

18 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute per presentare osservazioni alla Corte, diverse da quelle delle dette parti, non possono dar luogo a rifusione.
Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara e statuisce:
La Corte non è competente a pronunciarsi sulle questioni sottopostele dal Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages.

Firme

Cassazione civile sez. III, 03/09/2007, n. 18525

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. FIDUCCIA Gaetano - Presidente -
Dott. MAZZA Fabio - Consigliere -
Dott. TRIFONE Francesco - Consigliere -
Dott. DURANTE Bruno - rel. Consigliere -
Dott. MASSERA Maurizio - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso proposto da:
CURATELA FALLIMENTO DIOMEDI s.r.l., in persona del curatore Dott. M.U., elettivamente domiciliata in ROMA VIA ANTONIO PACINOTTI 8, presso lo studio dell'avvocato CAZZELLA Francesco, che la difende unitamente all'avvocato STRINATI Carlo, giusta delega in atti;
- ricorrente -

contro
SOCIETA' ITALIANA CAUZIONI S.p.a. (già ITAL CAUZIONI S.p.a.), in persona del suo amministratore delegato Dott. C.G., elettivamente domiciliata in ROMA VIA SAN TOMMASO D'AQUINO 90, presso lo studio dell'avvocato BATTEZZATI Alessandro, che la difende, giusta delega in atti;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 3702/02 della Corte d'Appello di ROMA, terza sezione civile, emessa il 16/10/02, depositata il 24/10/02, R.G.1727/00;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/06/07 dal Consigliere Dott. DURANTE Bruno;
udito l'Avvocato CAZZELLA Francesco;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GOLIA Aurelio, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
La s.r.l. DIOMEDI proponeva opposizione al decreto con il quale il presidente del tribunale di Roma le ingiungeva di pagare alla s.p.a. italiana cauzioni (SIC) la somma di L. 30.623.250 oltre accessori a titolo di premi assicurativi per gli anni 1993/1995; fondava l'opposizione sull'inadempimento della SIC consistente

nella mancata liquidazione dell'indennizzo (L. 80.000.000) pertinente all'insolvenza della ditta VIVERE GMBH; indennizzo di cui in via riconvenzionale chiedeva il pagamento.
La SIC resisteva; in particolare deduceva di essersi avvalsa della clausola risolutiva espressa prevista dall'art. 15 delle condizioni generali (c.g.a.) con l'effetto che l'assicurata era decaduta dal diritto di pretendere l'indennizzo, ma era egualmente tenuta al pagamento dei premi; eccepiva l'incompetenza dell'AGO in ordine alla domanda riconvenzionale, avendo le parti stipulato clausola compromissoria con riferimento alle questioni concernenti l'indennizzo.
Il tribunale di Roma revocava il decreto opposto ed accoglieva la domanda riconvenzionale, condannando la SIC al pagamento di lire 32.491.079, operate le debite compensazioni.
Su gravame della SIC la corte di appello di Roma con sentenza resa il 16.10.2002 confermava il decreto ingiuntivo e rigettava la domanda riconvenzionale con la seguente motivazione.
La fattispecie risolutoria del contratto di assicurazione non è quella prevista dall'art. 1901 c.c., bensì quella connessa alla clausola risolutoria espressa di cui all'art. 15 c.g.a., con la conseguenza che l'assicurata è decaduta dal diritto all'indennizzo ed è egualmente tenuta al pagamento dei premi; la clausola, ritenuta vessatoria dal tribunale, è stata approvata specificamente; non è possibile ritenere, così come ha ritenuto il tribunale, che la domanda di indennizzo sia connessa a quella di pagamento dei premi, rimanendo attratta nella competenza dell'AGO; ai sensi dell'art. 819 bis c.p.c., il giudizio arbitrale è autonomo rispetto a quello ordinario anche in caso di connessione, salvo che non intervenga pronuncia di incompetenza per motivi di connessione; peraltro "il tenore della presente decisione, che supera nel merito la questione delle compensazioni tra le poste dovute a titolo di premi e quella correlata all'indennizzo, determina una netta distinzione delle pretese reciproche che appaiono, pertanto, correttamente disciplinate alla luce dell'autonomia contrattuale e di quanto dalla stessa previsto, verificandosi anzi, in caso contrario, una ingiustificata violazione dell'accordo raggiunto dalle parti"; non essendo proponibile per difetto di competenza dell'AGO, la domanda riconvenzionale va rigettata.
Il curatore del fallimento della s.r.l. DIOMEDI (società poi denominata F.N.T. s.r.l.) ha proposto ricorso per cassazione affidandone l'accoglimento ad otto motivi illustrati con memoria; la SIC ha resistito con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1341 c.c., e vizi di motivazione (art. 360 C.P.C., nn. 2, 3 e 5); l'art. 17 c.g.a., predisposto dalla SIC, contiene "una clausola compromissoria ed una deroga alla competenza territoriale";
pertanto, avrebbe dovuto essere approvato specificamente per iscritto dalla parte debole (s.r.l. DIOMEDI); recando il contratto una sola sottoscrizione (in calce allo specchietto riepilogativo intitolato "approvazione espressa") in luogo della duplice sottoscrizione che avrebbe dovuto recare, si deve escludere la specifica approvazione con conseguente nullità ed inefficacia del menzionato art. 17; senza dire che sul punto manca qualsiasi motivazione.

1.1. La questione che il motivo pone è se si possa ritenere specificamente approvata per iscritto la clausola vessatoria contenuta in un contratto che rechi la sola sottoscrizione della clausola medesima e non pure delle rimanenti clausole.
La questione si risolve nell'altra se il contratto che contiene una clausola vessatoria debba rivestire la forma scritta anche se tale forma non sia richiesta per esso o se l'obbligo della scrittura rimanga limitato alla clausola vessatoria.
Considerato che la forma è libera, se non è disposto diversamente, la soluzione non può che essere la seconda.
Poiché a norma dell'art. 1888 c.c., il contratto di assicurazione deve rivestire la forma scritta "ad probationem" e nel caso non è in discussione l'esistenza del contratto, è evidente che l'art. 17 specificamente approvato per iscritto è pienamente valido ed efficace.
Sembra opportuno ribadire che il requisito della specifica approvazione scritta di cui all'art. 1341 c.c., può dirsi soddisfatto anche attraverso la sottoscrizione - distinta da quella di approvazione delle condizioni generali del contratto - apposta dopo il richiamo, che può essere espresso nella forma aritmetica o di titolo, alla clausola in parola, in quanto il richiamo permette al sottoscrittore di conoscere il contenuto della clausola e non fa dubitare che essa sia stata sottoposta al suo esame anche se è riferito ad altre clausole onerose indicate separatamente attraverso elementi analoghi (Cass. 16.7.2002, n. 10285; Cass. 6.9.2005, n. 17797).
1.3. Il motivo è, pertanto, infondato.
2. Con il secondo motivo si lamenta violazione dell'art. 819 bis c.p.c., e vizi di motivazione (art. 360 c.p.c., nn. 2, 3 e 5); la corte di merito ha ritenuto che la domanda riconvenzionale sia devoluta alla cognizione arbitrale, ancorché connessa con quella principale; ben vero che l'art. 819 bis c.p.c., - che non può ricevere applicazione nella specie in quanto entrato in vigore successivamente - stabilisce che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione; senonché la norma va interpretata nel senso che la causa rimane acquisita alla cognizione degli arbitri, se il giudizio arbitrale è instaurato prima, mentre nel caso inverso la cognizione dell'AGO si estende alla causa connessa.
2.1. Neppure questo motivo è fondato.
2.2. Come questa Corte ha avuto occasione di affermare, l'art. 819 bis c.p.c., applicabile alle controversie insorte, come quella "de qua", successivamente all'entrata in vigore della L. 5 gennaio 1994, n. 25, ha stabilito la regola opposta a quella recepita dalla giurisprudenza formatasi con riferimento alla legislazione precedente e, cioè, che la controversia rimessa ad arbitri sulla base di valida clausola compromissoria non è attratta per ragioni di connessione da altra causa pendente innanzi al giudice ordinario, senza che rilevi la circostanza che la causa sia stata già instaurata innanzi agli arbitri ovvero non sia ancora pendente (Cass. 7.3.2001, n. 3316).
3. Con il terzo motivo si deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 1341 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 2, 3 e 5, sostenendosi che, quand'anche la clausola compromissoria, diversamente da quanto ritenuto dalla corte di merito, facesse riferimento ad un arbitrato irrituale, dovrebbe ritenersi vessatoria e quindi bisognevole di specifica approvazione scritta.
3.1. Valgono per la dimostrazione dell'infondatezza del motivo le considerazioni svolte con riferimento al primo motivo.

4. Con il quarto motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1325, 1339, 1343, 1418, 1419, 1458 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 2, 3 e 5; l'art. 15 c.g.a., esclude la responsabilità dell'assicuratore in caso di mancato pagamento dei premi; l'art. 1458 c.c., mantiene, invece, tale responsabilità per i sinistri verificatisi nel periodo di vigenza del contratto; è, pertanto, evidente che l'art. 15 si pone in contrasto con l'art. 1458 c.c., ed il contrasto ne comporta la nullità.
5. Sono connessi con il quarto motivo e vanno esaminati congiuntamente ad esso il settimo e l'ottavo motivo.
6. Con il settimo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1339, 1343, 1418, 1419, 1458, 1901, 1932 c.c., nonché vizi di motivazione (art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5); l'art. 15 c.g.a., il quale prevede che in caso di risoluzione del contratto di assicurazione l'assicurato decade dal diritto di pretendere l'indennizzo, ma è ugualmente tenuto a pagare i premi, si pone in contrasto con il disposto dell'art. 1458 c.c., secondo il quale nei contratti ad esecuzione continuata, come l'assicurazione, gli effetti della risoluzione non si estendono alle prestazioni già eseguite; a parte che l'art. 1458 c.c., è norma imperativa e, perciò, inderogabile, la clausola di cui all'art. 15 viola il sinallagma, lasciando privo di causa lecita il contratto; ne consegue che la clausola è nulla ed è sostituita dalla norma di cui all'art. 1458 c.c., per un fenomeno di eterointegrazione; peraltro, il mancato pagamento dei premi produce ai sensi dell'art. 1901 c.c., sospensione della garanzia assicurativa a far tempo dal 15 giorno successivo a quello in cui si verifica l'inadempimento.
7. Con l'ottavo motivo, nel denunciarsi violazione e falsa applicazione degli artt. 1341, 1339, 1343, 1419, 1901, 1932 c.c., nonché vizi di motivazione (art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5), si lamenta che la corte di merito abbia ritenuto che il contratto di assicurazione si è risolto per effetto non già dell'art. 1901 c.c., bensì dell'art. 15 c.g.a.; si sostiene che avrebbe dovuto considerare che l'art. 1901 c.c., è derogabile solo a favore dell'assicurato ed alla stregua di tale norma limitare l'obbligo di pagamento del premio al solo periodo di assicurazione in corso.
8. I motivi sono fondati nei limiti che risultano da quanto appresso.
8.1. L'art. 1932 c.c., prevede che la disposizione dell'art. 1901 c.c., non può essere derogata se non in senso più favorevole all'assicurato; l'art. 1901 c.c., a sua volta, stabilisce che il mancato pagamento di premi successivi al primo comporta la sospensione della garanzia assicurativa per il periodo cui si riferisce il premio, fermo restando l'obbligo dell'assicuratore di indennizzare i sinistri verificatisi precedentemente, ed in caso di risoluzione di diritto del contratto l'assicurato è tenuto al pagamento del premio relativo al periodo di assicurazione in corso ed al rimborso delle spese.
8.2. La clausola che, come quella contenuta nell'art. 15 c.g.a., contempli la persistente esigibilità dei premi assicurativi e la decadenza dell'assicurato dal diritto di pretendere l'indennizzo si traduce in una deroga sfavorevole all'assicurato in quanto lo espone al pagamento del corrispettivo per un periodo in cui manca la prestazione dell'assicuratore (Cass. 29.9.1993, n. 9758, con riferimento ad un'ipotesi simile).
Ai sensi dell'art. 1932 c.c., la clausola è nulla ed è sostituita di diritto dalla disposizione di cui all'art. 1901 c.c., (Cass. 19.3.1980, n. 1823).
8.4. Agli indicati principi non si è attenuta la corte di merito;
pertanto, la sentenza impugnata va cassata con rinvio ad altra sezione della corte di appello di Roma perché vi si adegui e pronunci sulle spese del giudizio di cassazione.

9. È inammissibile il quinto motivo con il quale, denunciata violazione e falsa applicazione degli artt. 1453, 1456, 1458 c.c., 157 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 2, 3 e 5, si sostiene che la corte di merito avrebbe dovuto ritenere che, avendo la SIC optato per la risoluzione del contratto, la clausola compromissoria è rimasta caducata o si è verificata rinuncia implicita ad avvalersene.

9.1. Come rilevato dalla controricorrente, la questione ora all'esame non è stata sollevata nel giudizio di primo grado e riproposta in quello di appello, per cui è inammissibilmente sollevata in questa sede.

10. Con il sesto motivo si lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 1341 c.c., nonché vizi di motivazione (art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5), censurandosi la corte di merito per non avere ritenuto che la clausola contenuta nell'art. 15 c.g.a., dovesse essere specificamente approvata per iscritto siccome -. e limitativa della responsabilità e per non avere motivato sul punto.

10.1. Il motivo è infondato.

10.2. La corte di merito, dopo avere affermato che la clausola "de qua" è vessatoria e, come tale, bisognevole di specifica approvazione scritta, ha espresso il convincimento che vi sia tale approvazione.

È del tutto evidente che il convincimento così espresso coinvolge una valutazione di fatto censurabile in questa sede solo per vizi di motivazione (Cass. 13.4.2000, n. 4793); vizi che non possono ritenersi dedotti con il sostenere che la motivazione manca o è apodittica e che, peraltro, non sussistono.

P.Q.M.

La Corte:

Accoglie il quarto, il settimo e l'ottavo motivo di ricorso; rigetta gli altri motivi; cassa in relazione e rinvia, anche per le spese, ad altra sezione della corte di appello di Roma.

Così deciso in Roma, il 20 giugno 2007.

Depositato in Cancelleria il 3 settembre 2007

Cassazione civile sez. I, 06/10/2020, n. 2149

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GENOVESE Francesco Antonio - Presidente -
Dott. VANNUCCI Marco - Consigliere -
Dott. IOFRIDA Giulia - rel. Consigliere -
Dott. FALABELLA Massimo - Consigliere -
Dott. AMATORE Roberto - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso 23049/2016 proposto da:
C.P., elettivamente domiciliato in Roma, Via del Plebiscito n. 102, presso lo Studio Lombardi Molinari Segni,
rappresentato e difeso dall'avvocato Bocca Renato, giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -

e sul ricorso successivo:
V.S., elettivamente domiciliato in Roma, Piazza Gentile da Fabriano n. 3, presso lo studio dell'avvocato Calonzi Francesca, rappresentato e difeso dall'avvocato Ludovici Gianluca, giusta procura in calce alla comparsa di costituzione di nuovo difensore;

e
Vi.Se., elettivamente domiciliato in Roma, Via Silvio Pellico n. 16, presso lo studio dell'avvocato Persio Pennesi Alessandra, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati Di Salvatore Salvatore, Verona Silvia Maria (rinunciante al mandato in data 31/7/2018), giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrenti -

contro
Dicom S.p.a. in Amministrazione Straordinaria, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via F. Confalonieri n. 5, presso lo studio dell'avvocato Manzi Andrea, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Pettinelli Paolo, giusta procura in calce al controricorso;
- controricorrente -

contro
G.R., elettivamente domiciliata in Roma, Piazza dei Caprettari n. 70, presso lo studio dell'avvocato Li Puma Emanuele, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Borlone Luigi, giusta procura in calce al controricorso;
- controricorrente -

contro
S.G., T.P., To.Ru.;
- intimati -

avverso la sentenza n. 2811/2016 della CORTE D'APPELLO di MILANO, pubblicata il 05/07/2016;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/09/2020 dal cons. Dott. IOFRIDA GIULIA;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CAPASSO LUCIO, che ha concluso per l'inammissibilità per sopravvenuta carenza d'interesse del ricorso principale, rigetto del ricorso V.;
uditi, per la controricorrente Dicom, gli Avvocati Paolo Pettinelli, e Gianluca Calderara, quest'ultimo con delega orale, che hanno chiesto il rigetto del ricorso;
udito, per la controricorrente G., l'avvocato Emanuele Li Puma, che ha chiesto il rigetto del ricorso;
udito, per i ricorrenti successivi, l'Avvocato Gianluca Ludovici, per V.S., che con delega orale discute anche per Vi.Se., che chiede l'accoglimento del ricorso dei V..

FATTI DI CAUSA

La Corte d'appello di Milano, con sentenza n. 2811/2016, depositata in data 5/7/2016, - in controversia promossa da S.G. avverso il lodo arbitrale parziale del 3/3/2010, con il quale erano state definite questioni pregiudiziali e preliminari e dichiarata nulla la consulenza tecnica d'ufficio e disposta la sua rinnovazione, e successivamente da C.P. avverso il lodo parziale e quello definitivo sottoscritto il 26/8/2010, con il quale era stata definita un'azione di responsabilità proposta dalla DICOM spa in amministrazione straordinaria nei confronti taluni ex amministratori (C.P., S. e Vi.Se., S.G.) e sindaci (T.P., To.Ru. e G.R.) della società per fatti di pretesa *mala gestio* nel periodo tra il (OMISSIS) (prima dell'ammissione della società alla procedura di amministrazione straordinaria), con condanna in solido degli amministratori Vi.Se., V.S., S.G. e C.P., ritenuti responsabili (assolti invece tutti i sindaci), al risarcimento del danno quantificato nell'importo relativo alla prima tranche di un finanziamento pubblico incassato dalla Dicom e che la società, a seguito di una sentenza della Corte dei Conti, era stata condannata a restituire, - ha dichiarato inammissibili le impugnazioni proposte avverso il lodo non definitivo e respinto le impugnazioni proposte (basate sull'improcedibilità dell'arbitrato per carenza di preventiva autorizzazione del Commissario straordinario della DICOM, sulla nullità dello stesso per decadenza dell'arbitro unico, per difetto del litisconsorzio necessario tra tutti gli amministratori e con una terza società, la Finmek spa, per violazione del giudicato rappresentato da giudizio

definito dinanzi alla Corte dei Conti, per contrarietà all'ordine pubblico della decisione sul rigetto dell'eccezione di prescrizione sollevata dal C., per contraddittorietà in ordine alla responsabilità di C.P. e di Se. e V.S. ed in ordine alla compensazione delle spese) avverso quello definitivo, nonché dichiarato inopponibile a S.G. la clausola compromissoria adottata con delibera del 2004 dalla DICOM e conseguentemente dichiarato nulli parzialmente, per carenza di *ius postulandi* in capo all'arbitro unico, i lodi parziale e definitivo nei suoi riguardi.

Avverso la suddetta pronuncia, C.P. propone ricorso per cassazione, notificato il 4/10/2016 e depositato il 19/10/2016, affidato a tre motivi, nei confronti di DICOM spa (che resiste con controricorso), di S.G., T.P., To.Ru., Vi.Se. e V.S. (che non svolgono difese) e di G.R. (che resiste con controricorso); con altro autonomo e successivo atto, notificato il 4/10/2016 ma iscritto a ruolo il 24/10/2016, S. e Vi.Se. hanno proposto, avverso la stessa sentenza, altro ricorso per cassazione affidato a quattro motivi, nei confronti di DICOM spa (che resiste con controricorso) e di C.P., S.G., T.P., To.Ru. (che non svolgono difese) e di G.R. (che non svolge difese).

I ricorrenti V. hanno presentato istanza di rimessione in termini per rinnovare la notifica del ricorso a G.R..

Il ricorrente C. ha depositato in data 31/8/2020 atto, notificato alle altre parti costituite, di rinuncia al ricorso e richiesta di compensazione delle spese di lite, con accettazione da parte della controricorrente Dicom spa. Il ricorrente incidentale V.S. ha depositato, il 1/9/2020, atto di costituzione in sostituzione di altro difensore e successivamente memoria scritta. Il ricorrente Vi.Se. e la controricorrente G. hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il ricorrente C. lamenta: 1) con il primo motivo, la violazione e/o falsa applicazione, ex art. 360 c.p.c., nn. 3 e 4, degli artt. 821 e 121 c.p.c., art. 112 c.p.c., artt. 156 e 157 c.p.c., artt. 2964,2965,2966,2967,2968 e 2969 c.c., nonché una motivazione meramente apparente, anche ex art. 360 c.p.c., n. 5, censurando la statuizione della Corte d'appello di inefficacia dell'atto di decadenza, notificato ai sensi dell'art. 821 c.p.c., dal C. all'arbitro ed a tutte le parti del giudizio arbitrale, prima della pronuncia sul lodo definitivo, perché carente di specifiche ragioni dell'asserita invalidità della proroga del termine per il deposito del lodo definitivo (scaduto l'8/3/2010); 2) con il secondo motivo, la violazione e/o falsa applicazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3, degli artt. 2934, 2935, 2936, 2937, 2938, 2939 e 2940 c.c., in relazione alla statuizione relativa al carattere di norme non di ordine pubblico delle disposizioni in tema di prescrizione dei diritti, con conseguente rigetto dell'eccezione di prescrizione sollevata dal C. (per decorso del termine quinquennale tra la cessazione della carica di amministratore e la notifica della domanda di arbitrato) ex art. 829 c.p.c., comma 3 secondo periodo; 3) con il terzo motivo, la violazione, ex art. 360 c.p.c., n. 4, dell'art. 112 c.p.c. per omessa pronuncia su motivo di impugnazione di nullità del lodo definitivo, ex art. 829 c.p.c., n. 11, per disposizioni contrarie tra motivazione e dispositivo, laddove l'arbitro unico aveva prima dichiarato l'insussistenza del nesso causale tra le condotte attribuite, tra gli altri, al C. prima del marzo 2004 (vale a dire prima della decisione di rimodulare il progetto sotteso alla richiesta di finanziamento pubblico) e l'avvenuta revoca dell'agevolazione e poi, nel

dispositivo, condannato anche il C. (il quale aveva cessato di essere amministratore della Dicom a far data dal 3 maggio 2004) o per motivazione meramente apparente, anche ex art. 360 c.p.c., n. 5, nonché per violazione e/o falsa applicazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3, dell'art. 1223 c.c., in tema di accertamento della condotta illecita e di interruzione del nesso di causalità tra detta condotta ed il lamentato danno.

2. I ricorrenti V., da qualificarsi incidentali (cfr. Cass. 3004/2004 e Cass. 25662/2014: "Il principio dell'unicità del processo di impugnazione contro una stessa sentenza comporta che, una volta avvenuta la notificazione della prima impugnazione, tutte le altre debbono essere proposte in via incidentale nello stesso processo e perciò, nel caso di ricorso per cassazione, con l'atto contenente il controricorso, fermo restando che tale modalità non è essenziale, per cui ogni ricorso successivo al primo si converte, indipendentemente dalla forma assunta e ancorché proposto con atto a sé stante, in ricorso incidentale. Nel caso in cui i due ricorsi risultino essere stati notificati nella stessa data, l'individuazione del ricorso principale e di quello incidentale va effettuata con riferimento alle date di deposito dei ricorsi, sicché è principale il ricorso depositato per primo, mentre è incidentale quello depositato per secondo"), lamentano: 1) con il primo motivo, la violazione, ex art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, degli artt. 102 c.p.c. e 816 quater, 829 e 830 c.p.c., artt. 2497, 2392 e 2381 c.c., in punto di rigetto dell'eccezione di nullità del lodo arbitrale per difetto del litisconsorzio necessario, nei confronti di altri amministratori e sindaci della società e della capogruppo controllante Finmak, in presenza di un rapporto plurisoggettivo inscindibile; 2) con il secondo motivo, la violazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3, degli artt. 819 bis e 295 c.p.c., in punto di rigetto del motivo di impugnazione relativo alla mancata sospensione del giudizio arbitrale in pendenza di altro giudizio; 3) con il terzo motivo, la violazione, ex art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, degli artt. 2392, 2393 e 2497 c.c. e artt. 829 e 830 c.p.c., in punto di rigetto del motivo di nullità del lodo arbitrale per vizio di contraddittorietà in ordine alla condanna del V.S., consigliere privo di deleghe, e del Vi.Se., in assenza di comportamenti dolosi; 4) con il quarto motivo (erroneamente rubricato sub 5), la violazione "dell'art. 360 c.p.c., n. 5 per mancata pronuncia sulla quantificazione del danno", in quanto la Corte di merito non si sarebbe pronunciata sulle censure di contraddittorietà ed erroneità della decisione arbitrale in punto di danno liquidato.

I ricorrenti V. hanno chiesto di essere rimessi in termini per rinnovare la notifica del ricorso alla intimata G., non essendosi perfezionata una prima notifica nei suoi confronti. Il Presidente, nell'ottobre 2016, ha dichiarato il non luogo a provvedere sull'istanza.

3. La controricorrente G. ha chiesto in via preliminare l'estromissione dal giudizio, stante il passaggio in giudicato del lodo a sé favorevole.

4. A fronte della rinuncia al ricorso principale del C., con accettazione da parte della controricorrente Dicom, va dichiarata cessata la materia del contendere tra dette parti (Cass. S.U. 8980/2018), avendo le stesse definito (anche) la presente vertenza in via stragiudiziale, con venir meno delle ragioni di contrasto tra le parti e conseguentemente dell'interesse al ricorso, formulando richiesta congiunta di compensazione delle spese di lite.

5. La controricorrente G., non ha aderito ed ha insistito per la pronuncia sulle spese del presente giudizio di legittimità in suo favore.

Ai soli fini quindi della c.d. soccombenza virtuale, il ricorso del C. è infondato, risultando: a) la prima censura inammissibile, in quanto non coglie la *ratio decidendi*, avendo la Corte d'appello, in relazione alla nullità del lodo per asserita decadenza dell'Arbitro unico ai sensi dell'art. 821 c.p.c., per decorso del termine per la pronuncia del lodo definitivo che avrebbe dovuto essere depositato l'8/3/2010, rilevato che l'atto di decadenza, in quanto volto a far valere una nullità relativa, ai sensi dell'art. 157 c.p.c., doveva indicare le specifiche ragioni dell'asserita invalidità della proroga e che nell'atto in esame non erano prese in considerazione "le ulteriori ragioni con le quali l'Arbitro ha motivato la nullità della CTU e la necessità di disporre la rinnovazione" della stessa, oltre ad aggiungere che il termine per la pronuncia è stato validamente prorogato per effetto della pronuncia del lodo non definitivo, ex art. 820 c.p.c., mentre il ricorrente C. si limita a contestare soltanto la *ratio decidendi* inerente la necessaria indicazione, nell'atto con il quale la parte tempestivamente ha manifestato la volontà di far valere la decadenza dell'arbitro per mancato rispetto del termine per il lodo definitivo, delle specifiche doglianze; b) la seconda censura (vale a dire l'allegazione di violazione del canone di diritto applicato in tema di prescrizione, specificamente di quelle che disciplinano gli atti interruttivi della prescrizione, atteso che l'arbitro unico aveva ritenuto che la prescrizione era stata correttamente interrotta per effetto della proposizione di un'azione ex art. 2409 c.c., della configurabilità del fatto come reato, della costituzione di parte civile del socio Finmek nel procedimento penale e dell'applicabilità dell'art. 2941 c.c.) è del pari inammissibile, in quanto l'impugnazione del lodo arbitrale, anche nella disciplina ante Novella 2006, non può mirare ad una rivalutazione dei fatti, nemmeno in via di controllo sull'adeguatezza e congruità dello iter argomentativo seguito dagli arbitri (in ogni caso, nella materia dell'impugnazione del lodo arbitrale, cfr. Cass. 3481/2016, ove, ritenendosi le norme sulla prescrizione non di ordine pubblico, si è affermato che la violazione delle relative norme di diritto non è denunciabile ai sensi del novellato art. 829 c.p.c., comma 3); c) la terza censura è infondata, non sussistendo il vizio denunciato di omessa pronuncia, avendo la Corte d'appello ritenuto che non ricorresse la dedotta contraddittorietà non avendo l'arbitro ritenuto insussistente o interrotto il nesso causale tra le condotte degli amministratori e la revoca del finanziamento pubblico ai sensi della L. n. 488 del 1992, considerato che nessuno degli amministratori si era adoperato per una rimodulazione del programma di investimenti nel corso di svolgimento del progetto (nel senso che nel corso del 2004 gli amministratori avevano deciso di non usufruire più di ulteriori contributi della L. n. 488, senza poi dare corso a tale decisione), ritenendo - l'Arbitro sussistente la responsabilità dello stesso C., quale membro del Consiglio di amministrazione dal 5/12/2001 al 3/5/2004, per avere omesso il fondamentale dovere di controllo sugli atti degli altri membri del Consiglio e per non avere mai richiesto all'Amministratore delegato, V.S., informazioni in merito alla gestione sociale, allo stato di avanzamento del Progetto industriale di cui al Business Plan nonché alle operazioni poste i essere in ottemperanza agli obblighi richiesti dalla L. n. 488 del 1992.

6. Venendo quindi all'esame del ricorso incidentale dei sign.ri V., la prima censura, in ordine all'*error in procedendo* rappresentato dal rigetto dell'eccezione di nullità del lodo definitivo e del lodo non definitivo per difetto di litisconsorzio necessario, dovendosi estendere il contraddittorio a tutti i membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale della Dicom e della controllante Finmek, è infondata.

La Corte d'appello ha ritenuto infondata la doglianza, rilevando che l'azione di responsabilità sociale non va necessariamente proposta contro tutti gli amministratori e sindaci, trattandosi di responsabilità solidale e di scindibilità dei rapporti con ciascuno dei coobbligati in solido. Questa Corte ha infatti, con orientamento consolidato, ribadito che "in tema di responsabilità degli amministratori di società, ove la relativa azione venga proposta nei confronti di una pluralità di soggetti, in ragione della comune partecipazione degli stessi, anche in via di mero fatto, alla gestione amministrativa e contabile, tra i convenuti non si determina una situazione di litisconsorzio necessario, attesa la natura solidale della obbligazione dedotta in giudizio che, dando luogo ad una pluralità di rapporti distinti, anche se collegati tra loro, esclude l'inscindibilità delle posizioni processuali, consentendo quindi di agire separatamente nei confronti di ciascuno degli amministratori" (Cass. 21567/2017; Cass. 7907/2012).

7. Anche il secondo motivo è infondato.

In punto di mancata sospensione necessaria del procedimento arbitrale, ex artt. 295 ed 819 bis c.p.c., in relazione ad altro giudizio pendente, in grado di appello, dinanzi alla Corte dei Conti per il risarcimento del danno erariale, la Corte d'appello ha rilevato che la doglianza non meritava accoglimento, stante la diversità di oggetto dei distinti giudizi e perché la sentenza di primo grado della Corte dei Conti non era stata valutata dall'Arbitro come cosa giudicata ma come fonte di prova ai fini dell'accertamento della sussistenza di condotte contrarie all'interesse sociale tenute dall'amministratore delegato V.S.. Ora, l'art. 819 ter c.p.c. dispone espressamente che nei rapporti tra arbitrato e processo giudiziario non si applica l'art. 295 c.p.c., come già affermato dalla giurisprudenza di questo giudice di legittimità (Cass. 783/2016; Cass. 16995/2007: "Il rapporto di pregiudizialità tra due controversie, che impone al giudice di sospendere il processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c., ricorre solo quando la decisione della prima influenzi la pronuncia che deve essere resa sulla seconda, nel senso che sia idonea a produrre effetti relativamente al diritto dedotto in lite e che possa, quindi, astrattamente configurarsi il conflitto tra giudicati. Ne consegue che la natura privata dell'arbitrato e del provvedimento che ne deriva, escludendo il pericolo di un contrasto di giudicati, impedisce anche la possibilità per il giudice di sospendere la causa in attesa della definizione di una lite pendente davanti agli arbitri o in relazione alla quale sia prevista la definizione a mezzo di arbitrato"; Cass. 20351/2005; Cass. 4943/2001) stante la natura negoziale dell'arbitrato.

8. Il terzo motivo è inammissibile, in quanto la Corte d'appello ha ritenuto, del tutto correttamente, inammissibili le critiche mosse dai V. al lodo in punto di accertata responsabilità dei medesimi, per genericità delle stesse e perché volte a provocare un inammissibile riesame del merito della pronuncia arbitrale, non consentito. Ora, attraverso la censura in punto di contraddittorietà della motivazione, i ricorrenti intendono sollecitare una inammissibile nuova valutazione delle risultanze istruttorie e delle specifiche condotte ritenute dall'Arbitro fonte di responsabilità.

9. Anche la quarta censura è inammissibile per difetto di autosufficienza, in quanto la Corte d'appello ha ritenuto la doglianza (mossa dal V.S.) infondata (*rectius* inammissibile) perché generica e perché tendente ad un riesame di merito della pronuncia arbitrale. Ora, nel motivo di ricorso, non si chiarisce il che termini si era censurato il lodo in ordine alla quantificazione del danno e come aveva motivato l'arbitro sul punto.

10. Per tutto quanto sopra esposto, dichiarata cessata la materia del contendere sul ricorso principale del C., respinge il ricorso incidentale di Vi.Se. e V.S.. Le spese processuali del presente giudizio di legittimità vanno integralmente compensate, stante l'esito della lite, nel rapporto C./Dicom spa, mentre, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza, nei restanti rapporti (rilevandosi che la G. ha depositato controricorso solo in risposta a quello del C., anche perché non era andata a buon fine la notifica del ricorso dei V. nei suoi riguardi).

P.Q.M.

La Corte:

a) dichiara cessata la materia del contendere sul ricorso principale di C.P.; dichiara integralmente compensate le spese processuali del presente giudizio di legittimità nel rapporto processuale C./Dicom spa; condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali del presente giudizio di legittimità in favore della controricorrente G., liquidate in complessivi Euro 6.800,00, a titolo di compensi, oltre Euro 200,00 per esborsi, nonché al rimborso forfetario delle spese generali, nella misura del 15%, ed agli accessori di legge.

b) respinge il ricorso incidentale di Vi.Se. e V.S.; condanna in solido i ricorrenti al pagamento delle spese processuali del presente giudizio di legittimità, liquidate, in favore della Dicom spa, in complessivi Euro 10.000,00, a titolo di compensi, oltre Euro 200,00 per esborsi, nonché al rimborso forfetario delle spese generali, nella misura del 15%, ed agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 10 settembre 2020.

Depositato in Cancelleria il 6 ottobre 2020

CAPITOLO XV
IL LODO

Cassazione civile sez. I, 28/09/2015, n. 19163

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SALVAGO Salvatore - Presidente -
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -
Dott. GENOVESE Francesco Antonio - Consigliere -
Dott. MERCOLINO Guido - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso proposto da
FALLIMENTO DELLA CO.GE.FRI. S.R.L. (c.f. (OMISSIS)), in persona del curatore p.t. Dott. C.B., elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Innocenzo XI n. 8, presso l'avv. RENZULLI Francesco, unitamente all'avv. FRANCESCO LONGO del foro di Pordenone, dal quale è rappresentato e difeso in virtù di procura speciale a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
ENTE DIOCESI DI TRIESTE - PARROCCHIA NOSTRA SIGNORA DI LOURDES, in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Avezzana n. 3, presso l'avv. DI MATTIA Salvatore, dal quale, unitamente all'avv. ALBERTO ZARO del foro di Trieste, è rappresentato e difeso in virtù di procura speciale a margine del controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte di Appello di Brescia n. 233/08, pubblicata il 12 marzo 2008.
Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20 maggio 2015 dal Consigliere Dott. Guido Mercolino;

uditi i difensori delle parti;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SOLDI Anna Maria, la quale ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - Con sentenza del 12 marzo 2008, la Corte d'Appello di Brescia ha dichiarato inammissibile l'impugnazione proposta dal curatore del fallimento della Co.Ge.Fri. S.r.l. avverso il lodo emesso l'8 giugno 2002 dal collegio arbitrale costituito per la risoluzione di una controversia insorta tra la società fallita e l'Ente Diocesi di Trieste - Parrocchia Nostra Signora di Lourdes.
Premesso che nella specie era applicabile la disciplina dettata dal titolo 8^ del libro 4^ del codice di rito, nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, la Corte, per quanto ancora rileva in questa sede, ha escluso l'applicabilità del termine previsto dall'art. 828 c.p.c., comma 1, osservando che a tal fine è necessaria la notificazione del lodo ad istanza di parte, alla quale non poteva considerarsi equipollente la comunicazione integrale disposta dal presidente del collegio, nonostante l'avvenuta effettuazione della stessa a mezzo di ufficiale giudiziario. Ritenuto pertanto applicabile il termine previsto dall'art. 828, comma 2, ha rilevato che la decisione, adottata con il dissenso di uno degli arbitri, era stata sottoscritta l'8 giugno 2002 soltanto dagli altri due, mentre il terzo aveva fatto pervenire una propria relazione, datata 19 giugno 2002 e giunta a destinazione il 26 giugno 2002: ciò posto, ha ritenuto che la mancanza della sottoscrizione del terzo arbitro non comportasse l'invalidità del lodo, in quanto la motivazione faceva espressamente menzione del suo dissenso; ha tuttavia affermato che, in assenza di tale sottoscrizione, il *dies a quo* per la proposizione dell'impugnazione doveva essere individuato nella data in cui gli altri due arbitri avevano apposto la loro, ed ha negato qualsiasi rilievo alla sigla apposta dal terzo arbitro in corrispondenza dello spazio destinato alla sottoscrizione, in quanto la stessa valeva esclusivamente a presidiare il rinvio del dissenziente al proprio elaborato, affermando pertanto la tardività dell'impugnazione, proposta con atto notificato il 25 settembre 2003.
2. - Avverso la predetta sentenza il curatore propone ricorso per cassazione, articolato in quattro motivi. L'Ente Diocesi ha resistito con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo d'impugnazione, il ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 823 c.p.c., comma 2 e della L. 7 ottobre 1969, n. 742, art. 1, sostenendo che, nell'individuare il dies a quo per l'impugnazione nella data della sottoscrizione del lodo da parte dei primi due arbitri, la sentenza impugnata si è posta in contrasto con l'art. 828 c.p.c., comma 2, il quale fa decorrere il termine annuale dalla data dell'ultima sottoscrizione, senza che assuma alcun rilievo, a tal fine, la disciplina dettata dall'art. 823 c.p.c., comma 2, n. 7, riguardante esclusivamente i requisiti di validità ed esistenza del lodo.
2. - Con il secondo motivo, il ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione dell'art. 24 Cost., dell'art. 327 c.p.c., art. 823 c.p.c., comma 2 ed art. 825 c.p.c. e della L. n. 742 del 1969, art. 1, affermando che una

lettura costituzionalmente orientata dell'art. 828, comma 2, avrebbe imposto di far decorrere il termine per l'impugnazione soltanto dalla data in cui, attraverso la piena conoscenza del lodo, egli era stato posto in grado di decidere se esercitare o meno il suo diritto d'impugnazione. Tale data avrebbe dovuto essere individuata nel giorno in cui il presidente del collegio aveva ricevuto la relazione inviata dal terzo arbitro e vi aveva apposto la sua sottoscrizione, sottoscrivendo nuovamente il lodo per attestarne il deposito e disponendone la comunicazione alle parti, poiché soltanto da quella data queste ultime potevano promuovere la procedura volta ad ottenere la dichiarazione di esecutività del lodo.

3. - Con il terzo motivo, il ricorrente lamenta la contraddittorietà della motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, assumendo che impropriamente la sentenza impugnata ha fatto riferimento alla collegialità del lodo, dal momento che nella specie non erano controverse l'esistenza o la validità dello stesso, ma solo l'individuazione del *dies a qua* per l'impugnazione. Essa, inoltre, non ha considerato che la decisione era stata adottata con il dissenso di uno degli arbitri, la cui dichiarazione era stata in seguito materialmente allegata al lodo, del quale costituiva parte integrante, con la conseguenza che alla data della sottoscrizione dei primi due arbitri il lodo non poteva ancora considerarsi esistente.

4. - I predetti motivi, da esaminarsi congiuntamente, in quanto riflettenti profili diversi della medesima questione, sono fondati.

Premesso che la questione sollevata dal ricorrente non è deducibile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, riflettendo un *error in procedendo*, in ordine al quale questa Corte è giudice anche del fatto, e può quindi procedere all'accertamento del vizio lamentato attraverso l'esame diretto degli atti di causa, indipendentemente dalla motivazione adottata dal giudice di merito (cfr. Cass., Sez. 3, 31 luglio 2012, n. 13683; Cass., Sez. 1, 8 marzo 2007, n. 5351), si osserva che, ai fini dell'individuazione del termine per l'impugnazione, la sentenza impugnata ha correttamente richiamato l'art. 828 c.p.c., comma 2 (nel testo, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, anteriore alla sostituzione disposta dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 23), che in mancanza della notificazione del lodo fissa il termine di un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione, e l'art. 823 c.p.c., che, nell'indicare tra i requisiti di validità del lodo la sottoscrizione di tutti gli arbitri, stabilisce, al comma 3, che è valido anche il lodo sottoscritto dalla maggioranza degli stessi, alla duplice condizione che si dia atto che è stato deliberato in conferenza personale di tutti e che gli altri non hanno voluto o non hanno potuto sottoscriverlo. Precisato che nella specie erano incontestati sia l'avvenuta deliberazione del lodo in conferenza personale che l'adozione dello stesso con il dissenso di uno degli arbitri, la Corte distrettuale ha rilevato che, mentre gli altri due arbitri avevano apposto le loro sottoscrizioni l'8 giugno 2002, quello dissenziente aveva trasmesso al presidente una propria relazione, sottoscritta il 19 giugno 2002 ma pervenuta a destinazione il 26 giugno 2002. Ritenuto che tale comportamento implicasse la volontà di astenersi dalla sottoscrizione del lodo, ha considerato sufficiente, ai fini della relativa attestazione, l'allegazione all'atto della predetta relazione, ed ha fatto quindi decorrere il termine per l'impugnazione dalla data di apposizione delle prime due sottoscrizioni; al riguardo, ha considerato irrilevante la circostanza che lo spazio del lodo riservato alla sottoscrizione dell'ultimo arbitro fosse stato riempito con un rinvio alla

relazione accompagnato dalla sigla del suo autore, affermando che tale segno valeva soltanto "a presidiare il rinvio ... al proprio elaborato dissenziente".

In quanto fondata sulla convinzione che il dissenso dalla decisione dovesse necessariamente tradursi nel rifiuto di sottoscriverla, tale conclusione non può considerarsi appagante, potendo gli arbitri far constare la diversità degli orientamenti emersi nell'ambito del collegio anche in altri modi, e segnatamente attraverso l'inclusione di un'opinione dissenziente nella motivazione del lodo, che in tal caso l'arbitro di minoranza non avrebbe avuto alcun motivo di non sottoscrivere. Che questa sia stata la volontà degli arbitri emerge d'altronde proprio dalle modalità di allegazione della relazione di minoranza, non semplicemente acclusa al lodo, ma richiamata in calce allo stesso con l'apposizione della sigla dell'arbitro dissenziente, alla quale non avrebbe potuto quindi essere attribuita la mera portata di una certificazione della propria manifestazione di disapprovazione. L'equiparazione dell'allegazione materiale della relazione all'attestazione prescritta dall'art. 823 c.p.c., comma 3, si pone d'altronde in contrasto con le esigenze di certezza che tale adempimento è destinato a soddisfare, proprio in funzione della validità del lodo e degli effetti che l'art. 828 c.p.c., comma 2, ricollega all'apposizione dell'ultima sottoscrizione. È pur vero che, secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, richiamato anche dalla sentenza impugnata, l'attestazione che la deliberazione del lodo ha avuto luogo in conferenza personale di tutti gli arbitri e, in caso di omessa sottoscrizione da parte di un arbitro dissenziente, che questi non abbia voluto sottoscriverlo, pur costituendo requisito di validità della pronuncia, ai sensi degli artt. 823 e 829 c.p.c., non richiede formule particolari, essendo sufficiente che dal testo del provvedimento risulti, anche in modo implicito, l'osservanza di dette modalità di deliberazione (cfr. Cass., Sez. 1, 30 aprile 2014, n. 9544; 30 luglio 2002, n. 11241). La natura formale del requisito alla cui mancanza l'attestazione è destinata a sopperire e la circostanza che la decorrenza del termine per l'impugnazione non sia ancorata alla data di tale adempimento nè a quella di deposito del lodo, ma alla data dell'ultima sottoscrizione, impongono tuttavia di ritenere che, indipendentemente dall'esplicitazione delle relative ragioni, non richiesta dalle norme in esame, il rifiuto della sottoscrizione o l'impedimento dell'arbitro debbano risultare da elementi idonei ad evidenziare in modo non equivoco la causa cui è dovuta l'assenza di uno dei requisiti prescritti a pena di nullità del lodo.

Non merita pertanto consenso la sentenza impugnata, nella parte in cui, ravvisata nell'invio della relazione di dissenso una manifestazione della volontà di non sottoscrivere il lodo e nell'allegazione del predetto documento l'attestazione di tale rifiuto, ha fatto decorrere il termine per l'impugnazione dalla data della sottoscrizione apposta dagli arbitri di maggioranza, in tal modo concludendo per l'inammissibilità della domanda. In quanto pacificamente ascrivibile all'arbitro dissenziente, la sigla apposta al lodo non era infatti configurabile come una mera attestazione del proprio dissenso, neppure richiesta ai fini della validità dell'atto, ma come una vera sottoscrizione, alla cui apposizione, collocabile in epoca non anteriore alla data di ricevimento della relazione e fatta comunque risalire pacificamente a quest'ultima data, avrebbe quindi dovuto essere ancorata la decorrenza del termine per l'impugnazione.

5. - Il ricorso va pertanto accolto, restando assorbito il quarto motivo, con cui il ricorrente ha censurato la sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c., comma 1, nella parte in cui l'ha condannato al pagamento integrale delle spese processuali.

6. - La causa va conseguentemente rinviata alla Corte d'Appello di Brescia, che provvederà, in diversa composizione, anche al regolamento delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie i primi due motivi di ricorso, dichiara inammissibile il terzo ed assorbito il quarto, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte d'Appello di Brescia, anche per la liquidazione delle spese processuali.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile, il 20 maggio 2015.

Depositato in Cancelleria il 28 settembre 2015

Cassazione civile sez. I, 27/10/2016, n. 21739

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. DOGLIOTTI Massimo - Presidente -
Dott. SCALDAFERRI Andrea - Consigliere -
Dott. DI MARZIO Mauro - Consigliere -
Dott. MERCOLINO Guido - rel. Consigliere -
Dott. NAZZICONE Loredana - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso proposto da:
MULTIPARTNER S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, alla via Tacito n. 41, presso il prof. avv. SALVATORE PATTI, dal quale è rappresentata e difesa in virtù di procura speciale a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
C.P., in proprio e nella qualità di legale rappresentante p.t. della GESTION PIERRE CARDIN S.A.R.L., elettivamente domiciliato in Roma, alla piazza SS. Apostoli n. 81, presso l'avv. ALESSANDRO AMEDEO IWAN MAINI, unitamente all'avv. MAURO AMBROGIO PIROVANO del foro di Milano, dal quale è rappresentato e difeso in virtù di procura speciale a margine del controricorso;
- controricorrenti -

avverso il decreto della Corte di Appello di Milano depositato il 18 aprile 2011. Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21 aprile 2016 dal Consigliere dott. Guido Mercolino;
udito l'avv. Patti per la ricorrente e l'avv. Bruni per delega del difensore dei controricorrenti;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. DE AUGUSTINIS Umberto, il quale ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
1. Con decreto del 10 gennaio 2011, il Tribunale di Milano rese esecutivo il lodo sottoscritto il 9 novembre 2010 e depositato il 17 novembre 2010, emesso dalla Camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano nel procedimento arbitrale promosso dalla Multipartner S.p.a. nei confronti di C.P. e della Gestion Pierre Cardin S.a.r.l.

2. Avverso il predetto decreto il C. e la Gestion Pierre Cardin hanno proposto reclamo alla Corte d'Appello di Milano, che con decreto del 18 aprile 2011 ha revocato la dichiarazione di esecutività, in quanto concessa senza che fosse stata prodotta la convenzione di arbitrato in originale o in copia conforme.
Premesso infatti che il rilascio dell'exequatur ha luogo all'esito di un procedimento caratterizzato dall'assenza del contraddittorio e sulla base di un controllo di legittimità formale ed estrinseca, con esclusione di ogni altra indagine, la Corte ha ritenuto che la predetta verifica debba avere ad oggetto anche la regolarità dei documenti nei termini indicati dall'art. 825 c.p.c., il quale richiede il deposito della convenzione di arbitrato in originale o in copia conforme. Ha escluso l'applicabilità dell'art. 2719 c.c., osservando che nella specie, oltre a mancare un'attestazione di conformità all'originale, l'assenza del contraddittorio impedisce l'esercizio della facoltà di disconoscimento, precludendo qualsiasi verifica connessa a tale adempimento, con la conseguenza che il controllo resta limitato ai requisiti formali indicati dalla norma. Ila ritenuto infine infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 825 cit., osservando che i documenti equipollenti ai quali faceva riferimento tale disposizione, nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla L. 2 febbraio 2006, n. 40, consistenti negli atti separati rispetto al compromesso o alla clausola compromissoria dai quali risultasse la volontà compromissoria delle parti, dovevano essere anch'essi prodotti in originale o in copia conforme.
3. Avverso il predetto decreto la Multipartner ha proposto ricorso per cassazione, affidato ad un solo motivo, illustrato anche con memoria. Il C. e la Gestion Pierre Cardin hanno resistito con controricorso, anch'esso illustrato con memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con l'unico motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2719 c.c. e degli artt. 214 e 215 c.p.c., osservando che, nel negare qualsiasi rilievo alla mancata contestazione della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, in virtù delle particolari caratteristiche del procedimento volto al conseguimento dell'exequatur, il decreto impugnato non ha considerato che il disconoscimento non avrebbe dovuto aver luogo in tale procedimento, ma in quello arbitrale, nel quale l'efficacia della convenzione e la regolarità delle sottoscrizioni non era stata mai messa in discussione. Nell'affermare che l'assenza del contraddittorio impedisce il disconoscimento, la Corte di merito non ha considerato che essa preclude anche la dimostrazione dell'avvenuta conclusione del contratto ad opera della parte che intende avvalersene; a differenza dell'autenticità della scrittura privata, la conformità delle copie all'originale può essere d'altronde provata con qualsiasi mezzo, ed il relativo disconoscimento deve comunque aver luogo nella prima udienza successiva alla produzione, nella quale non è stata invece sollevata alcuna eccezione.
1.1. Il ricorso è inammissibile.
In tema di arbitrato, questa Corte ha già avuto modo di affermare più volte, anche in riferimento alla disciplina dettata dall'art. 825 c.p.c. come sostituito dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 23 che il provvedimento di rigetto del reclamo proposto nei confronti del decreto che abbia dichiarato l'esecutorietà del lodo non è impugnabile con il ricorso per cassazione, in quanto, avendo il lodo efficacia vincolante fra le parti fin dalla data della sua ultima sottoscrizione, deve escludersi la possibilità di riconoscere al decreto di esecutorietà tanto il carattere della decisorietà, spettante esclusivamente alla decisione arbitrale, quanto quello della definitività.

tenuto conto dell'esistenza di diversi strumenti (impugnazione del lodo, opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi) per rimuoverne l'efficacia, e della conseguente inidoneità di tale provvedimento a pregiudicare i diritti soggettivi scaturenti dal rapporto definito con il lodo arbitrale, nonché della portata della sua incidenza, limitata alla sola possibilità di mettere in esecuzione il lodo (cfr. Cass., Sez. 1, 14 maggio 2014, n. 10450; 21 ottobre 2011, n. 21894; 19 maggio 1998, n. 4986). Tale principio dev'essere esteso anche al provvedimento di rigetto del reclamo proposto avverso il decreto che abbia negato l'esecutorietà del lodo, il quale, pur incidendo indubbiamente sul diritto della parte risultata vittoriosa nel procedimento arbitrale al conseguimento del titolo esecutivo, per il rifiuto dell'atto che conferisce al lodo tale efficacia, non le preclude definitivamente l'esercizio della facoltà di procedere ad esecuzione forzata, ben potendo essa agire in via ordinaria per far accertare, in un giudizio a cognizione piena, la sussistenza dei requisiti formali e sostanziali cui è subordinata l'efficacia esecutiva del lodo, ovvero, in alternativa, provvedere nuovamente al deposito dello stesso, corredato eventualmente della documentazione di cui sia stata precedentemente rilevata la mancanza o l'irregolarità, giacché tale adempimento, originariamente assoggettato ad un termine perentorio, è oggi ammesso senza limiti di tempo, per effetto delle modifiche apportate all'art. 825 c.p.c. dapprima dalla L. 5 gennaio 1994, n. 24, art. 17 e successivamente dal citato D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 23.

2. La novità della questione trattata giustifica la dichiarazione dell'integrale compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso, ed interamente compensate tra le parti le spese processuali.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile, il 21 aprile 2016.

Depositato in Cancelleria il 27 ottobre 2016

Cassazione civile sez. un., 18/11/2016, n. 23463

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -
Dott. BUCCIANTE Ettore - Presidente di Sez. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sez. -
Dott. PETITTI Stefano - Presidente di Sez. -
Dott. NAPPI Aniello - rel. Consigliere -
Dott. CHINDEMI Domenico - Consigliere -
Dott. MANNA Felice - Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -
Dott. DE STEFANO Franco - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso proposto da:
D.L.P. Costruzioni generali s.r.l. in liquidazione, in persona del Liquidatore pro tempore, domiciliata in Roma, via Largo Antonio Sarti 4, presso lo STUDIO LEGALE ASSOCIATO, rappresentata e difesa dagli avv. prof. Bruno Capponi e Domenico Di Falco, come da mandato a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di (OMISSIS), in persona del Commissario Straordinario pro tempore, domiciliato in Roma, via de Monti Parioli 48, presso l'avv. Ulisse Corea, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Intorcia, come da mandato in calce al controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 2838/2011 della Corte d'appello di Napoli, depositata l'1 settembre 2011;
Sentita la relazione svolta dal Consigliere dott. Aniello Nappi;
udito il difensore del resistente, avv. Capece per delega dell'avv. Intorcia;
Udite le conclusioni del P.M., Dott. SALVATO Luigi, che ha chiesto accogliersi il primo motivo del ricorso, dichiarando assorbito il secondo.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Viene impugnata per cassazione la sentenza della Corte d'appello di Napoli dichiarativa della nullità di due lodi pronunciati nel giudizio arbitrale promosso l'8 marzo 2006 dalla D.L.P. Costruzioni generali s.r.l. nei confronti dell'Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di (OMISSIS), nell'ambito di una controversia relativa all'esecuzione di un contratto d'appalto stipulato con clausola compromissoria il (OMISSIS).
Ritenne la corte d'appello che la D.L.P. Costruzioni generali s.r.l. fosse estranea alla convenzione arbitrale, stipulata in realtà dall'impresa individuale D.L.P.S., ed escluse che la conseguente eccezione di inammissibilità della domanda di arbitrato proposta dalla società risultasse preclusa, benché già disattesa dal primo dei due lodi arbitrali, perché quel lodo, il n. 1/2007, non era immediatamente impugnabile, in quanto risolutivo della sola questione della competenza del collegio arbitrale. Sicché l'Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di (OMISSIS) aveva tempestivamente e correttamente proposto l'impugnazione solo dopo la pronuncia del secondo lodo, il n. 13/2008.
Per la cassazione di questa sentenza ha proposto ricorso la soccombente società D.L.P. Costruzioni Generali s.r.l., sulla base di due motivi d'impugnazione, illustrati anche con memoria, cui resiste con controricorso l'Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di (OMISSIS).
La Prima sezione civile di questa corte, cui il ricorso era stato assegnato, ne ha chiesto la rimessione alle Sezioni unite, avendo rilevato che è controversa in giurisprudenza l'immediata impugnabilità del lodo che abbia deciso sull'esistenza di una valida clausola compromissoria giustificativa della competenza arbitrale.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 827 c.p.c., comma 3 e art. 279 c.p.c., comma 2, lamentando che la corte d'appello abbia erroneamente qualificato come pregiudiziali le questioni preliminari di merito decise con il lodo n. 1/2007, attinenti alla titolarità attiva del rapporto dedotto in giudizio e alla validità della clausola compromissoria.
Sostiene dunque che, essendo indiscussa la pertinenza al merito di tali questioni, il lodo n. 1/2007 ebbe natura di decisione parziale sul merito, impugnabile immediatamente a norma dell'art. 827 c.p.c., comma 3.
Con il secondo motivo la ricorrente deduce violazione degli artt. 1362, 1363, 1366, 1367 e 2558 c.c., vizi di motivazione della decisione impugnata, lamentando che la corte d'appello abbia omesso di considerare il ruolo di effettiva unica interlocutrice della stazione appaltante svolto dalla D.L.P. Costruzioni generali s.r.l., nella quale era stata conferita l'azienda individuale con tutti i suoi rapporti contrattuali. Sostiene infatti che il riferimento del contratto all'impresa individuale fu dovuto a un mero errore materiale, illegittimamente disconosciuto dalla corte d'appello in violazione dei principi di ermeneutica contrattuale sanciti dal codice civile.
2.1- Il primo motivo del ricorso pone la questione sulla quale si è manifestato nella giurisprudenza di questa corte il contrasto denunciato dalla prima sezione civile.
Il contrasto riguarda l'interpretazione della disposizione dell'art. 827 c.p.c., comma 3 cui "il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile, ma il lodo che risolve alcune delle

questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo". E si manifesta in realtà in una duplice prospettiva, risultando controverse due distinte questioni:

a) se il lodo sia immediatamente impugnabile anche quando decida questioni pregiudiziali o preliminari (Cass., sez. 1, 6 aprile 2012, n. 5634, m. 622251, Cass., sez. 1, 17 febbraio 2014, n. 3678, non massimata) ovvero solo quando decida nel merito di una domanda (Cass., sez. 1, 26 marzo 2012, n. 4790, m. 622240, Cass., sez. 2, 24 luglio 2014, n. 16963, m. 631855);

b) se la questione di validità della convenzione arbitrale, che fonda il potere decisorio degli arbitri, sia di merito (Cass., sez. 1, 6 aprile 2012, n. 5634, m. 622251, Cass., sez. 1, 10 aprile 2014, n. 8457, m. 630882), benché "sol mediatamente incidente sul bene della vita rivendicato dalla domanda" (Cass., sez. 1, 17 febbraio 2014, n. 3678), o sia invece di rito (Cass., sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24153, m. 627787).

2.2- Tuttavia il secondo indicato profilo del contrasto di giurisprudenza è ormai solo residuale, perché questa corte, superato il precedente orientamento contrattualistico, riconosce ormai da tempo che "l'eccezione di compromesso, attesa la natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario da attribuirsi all'arbitrato rituale in conseguenza delle disciplina complessivamente ricavabile dalla L. 5 gennaio 1994, n. 5 e dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, deve ricomprendersi, a pieno titolo, nel novero di quelle di rito" (Cass., sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24153, m. 627787, Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1005, m. 628870, Cass., sez. 6, 6 novembre 2015, n. 22748, m. 637741).

Ciò nondimeno parte ricorrente argomenta diffusamente per la pertinenza al merito della questione relativa alla titolarità attiva del rapporto dedotto in giudizio e alla validità della clausola compromissoria. E lo fa non solo evocando l'ormai superata giurisprudenza sulla natura negoziale dell'arbitrato rituale, ma anche richiamando la giurisprudenza di questa corte sulla pertinenza al merito dell'accertamento circa l'effettiva titolarità del rapporto dedotto in un giudizio ordinario.

Sennonché l'ascrizione al rito o al merito di una questione non dipende da un'immutabile natura delle cose, come sembra ritenere anche Cass., sez. 1, 17 febbraio 2014, n. 3678, bensì dalle diverse funzioni che la questione può assumere anche in ciascuna fase di uno stesso giudizio. Infatti nella prospettiva del giudizio la stessa distinzione tra norma sostanziale e norma processuale è solo relativa: norma sostanziale essendo quella che funge da criterio di giudizio, da regola di inferenza esibita a garanzia dell'argomentazione che ascrive determinate conseguenze giuridiche a un fatto; norma processuale quella che regola l'attività del giudice e delle parti nel processo. Sicché una stessa norma giuridica può venire in discussione ora come regola di un'attività processuale, ora come criterio di giudizio.

Per il giudizio arbitrale l'art. 827 c.p.c., comma 1, prevede che il lodo è soggetto a impugnazione per nullità, oltre che per revocazione e opposizione di terzo. E l'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 1, prevede che l'impugnazione per nullità è ammessa "se la convenzione d'arbitrato è invalida". Ne consegue che nel giudizio arbitrale la questione dell'invalidità, come dell'inesistenza (Cass., sez. 1, 8 ottobre 2014, n. 21215, m. 632410), della clausola compromissoria è funzionale all'accertamento di un *error in procedendo* che vizia una decisione giurisdizionale, qual è il lodo.

- Non v'è dubbio pertanto che nel giudizio arbitrale è una questione pregiudiziale di rito quella concernente l'esistenza o la validità della convenzione giustificativa della *potestas iudicandi* degli arbitri.

2.3- Il secondo profilo del contrasto di giurisprudenza denunciato attiene invece alla distinzione tra il lodo che, decidendo parzialmente il merito della controversia, è immediatamente impugnabile, e il lodo che, risolvendo alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale, non è immediatamente impugnabile.
Tuttavia questa distinzione, che è solo in parte sovrapponibile a quella tra sentenze definitive e non definitive ex art. 279 c.p.c., ha ora un criterio normativo di definizione nell'art. 360 c.p.c., comma 3 e art. 361 c.p.c., comma 1 (come modificati dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), che riconoscono l'immediata ricorribilità per cassazione solo delle sentenze di condanna generica ex art. 278 c.p.c. e delle sentenze che decidono una o alcune delle domande senza definire l'intero giudizio.
Come questa corte ha già avito modo di chiarire, infatti, la riforma del 2006 si pone "nel solco della disciplina già introdotta per il lodo dalla legge 5 gennaio 1994, n. 25, con il novellato art. 827 c.p.c." (Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25774, m. 637968).
Sicché, come può da questa giurisprudenza chiaramente desumersi, "lodo che decide parzialmente il merito della controversia", a norma dell'art. 827 c.p.c., comma 3, è sia quello di condanna generica ex art. 278 c.p.c. sia quello che decide una o alcune delle domande proposte senza definire l'intero giudizio. Ed è irrilevante a questi fini se la questione risolta senza definire il giudizio sia una questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito.
2.4- Risolvendo il contrasto di giurisprudenza denunciato dalla Prima sezione civile di questa corte, può dunque enunciarsi il seguente principio di diritto:
"Lodo che decide parzialmente il merito della controversia, immediatamente impugnabile a norma dell'art. 827 c.p.c., comma 3, è sia quello di condanna generica ex art. 278 c.p.c. sia quello che decide una o alcune delle domande proposte senza definire l'intero giudizio, non essendo immediatamente impugnabili i lodi che decidono questioni pregiudiziali o preliminari".
Ne consegue l'infondatezza del primo motivo del ricorso.
3. Il secondo motivo del ricorso è inammissibile perché propone censure attinenti alla decisione di merito sul fatto.
In realtà la corte d'appello ha fondato la propria decisione sui seguenti fatti: 1) la D.L.P. Costruzioni generali s.r.l. fu costituita il 29 dicembre 1990, anche con il conferimento dell'azienda di D.L.P.S.; 2) il 10 ottobre 1991 l'appalto controverso fu aggiudicato dall'Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di (OMISSIS) all'impresa individuale di D.L.P.S.; 3) il contratto di appalto con l'Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di (OMISSIS) fu poi stipulato il (OMISSIS) dall'impresa D.L.P.S.; 4) l'impresa D.L.P.S. fu cancellata dal registro delle imprese il 30 dicembre 1992.
Sulla base di questi fatti e dell'inequivocabile riferimento del testo contrattuale all'impresa individuale D.L.P.S., la corte d'appello ha escluso che potessero avere rilevanza successivi comportamenti concludenti delle parti, sia per l'esigenza della forma scritta nei contratti della pubblica amministrazione sia per l'impossibilità di sostituire per via interpretativa un contraente con un altro.
La ricorrente, oltre a ipotizzare il conferimento in società di un contratto non ancora stipulato, non pone in discussione i fatti esibiti a fondamento della decisione impugnata, ma ne propone una diversa

interpretazione, lamentando che non sia stato riconosciuto il dedotto errore materiale nell'individuazione del contraente effettivo dell'appalto.

Sicché, pur lamentando la violazione dei criteri legali di interpretazione dei contratti, propone censure in fatto.

In realtà nella giurisprudenza di questa corte, riconosciuto che l'interpretazione dei contratti pone una questione di fatto (Cass., sez. L, 25 febbraio 2004, n. 3772, m. 570512, Cass., sez. 3, 20 gennaio 2003, n. 732, m. 559863, Cass., sez. 3, 13 febbraio 2002, n. 2074, m. 552238), si ritiene che tale giudizio sia sindacabile solo per vizio di motivazione o per violazione dei criteri legali di interpretazione. Tuttavia, una volta ammesso che si tratta di regole legali del giudizio di fatto, ne consegue che anche la violazione di queste norme dà luogo a un vizio della motivazione. Si può certo distinguere tra "il rispetto dei canoni legali di ermeneutica e la coerenza e logicità della motivazione addotta" (Cass., sez. 3, 13 maggio 2004, n. 9091, m. 572836), ma non pare possa discutersi che anche la violazione dei criteri legali di interpretazione rilevi solo quale vizio della giustificazione del giudizio di fatto, perché sono norme queste che non regolano la decisione, bensì solo la sua giustificazione. Come per ogni altro vizio della giustificazione del giudizio di merito sul fatto, dunque, la decisione può risultare corretta nonostante la violazione di tali regole; e può risultare scorretta pur se esse siano state perfettamente osservate.

È infatti indiscusso in giurisprudenza che, "per sottrarsi al sindacato di legittimità, quella data dal giudice al contratto non deve essere l'unica interpretazione possibile, o la migliore in astratto, ma una delle possibili e plausibili interpretazioni, per cui, quando di una clausola contrattuale sono possibili due o più interpretazioni (plausibili), non è consentito, alla parte che aveva proposto l'interpretazione poi disattesa dal giudice, dolersi in sede di legittimità del fatto che sia stata privilegiata l'altra"(Cass., sez. 3, 23 maggio 2006, n. 12123, m. 591080, Cass., sez. 3, 17 luglio 2003, n. 11193, m. 565195, Cass., sez. 1, 24 gennaio 1966, n. 277, m. 320526).

Il ricorso va dunque rigettato, ma le spese del giudizio di legittimità possono essere compensate integralmente, in ragione delle incertezze giurisprudenziali sulla questione controversa.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese.

Così deciso in Roma, il 8 novembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 18 novembre 2016

CAPITOLO XVI
LE IMPUGNAZIONI DEL LODO

Cassazione civile sez. un., 30/03/2021, n. 8776

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. AMENDOLA Adelaide - Primo Presidente f.f. -
Dott. MANNA Antonio - Presidente di Sez. -
Dott. NAPOLITANO Lucio - Consigliere -
Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -
Dott. GRAZIOSI Chiara - Consigliere -
Dott. TERRUSI Francesco - Consigliere -
Dott. GRASSO Giuseppe - Consigliere -
Dott. VINCENTI Enzo - Consigliere -
Dott. NAZZICONE Loredana - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso 1028/2015 proposto da:
A.T.I. (ASSOCIAZIONE TEMPORANEA IMPRESE) C.I.M.E. S.R.L., S.T.I.M. S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore della C.I.M.E - Costruzioni Impianti Metano s.r.l., società mandataria dell'A.T.I. C.I.M.E. S.r.l. - S.T.I.M. S.r.l., elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE REGINA MARGHERITA 217, presso lo studio dell'avvocato FILIPPO FALIVENE, che la rappresenta e difende;
- ricorrente -

contro
ORION SOCIETA' COOPERATIVA A R.L.;
- intimata -

avverso la sentenza n. 2262/2013 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 19/12/2013.

Udita la relazione della causa svolta nella Camera di consiglio del 09/03/2021 dal Consigliere Dott. LOREDANA NAZZICONE;
lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale Dott. ALBERTO CARDINO, il quale conclude per il rigetto del ricorso.

FATTI DI CAUSA

La Corte di appello di Bologna con sentenza del 19 dicembre 2013, n. 2262 ha dichiarato inammissibile l'impugnazione di lodo arbitrale, proposta in via principale dall'A.t.i. CIME s.r.l. - STIM s.r.l. avverso la Orion soc. coop. a r.l., rilevandone d'ufficio la tardività, in quanto proposta oltre il c.d. termine lungo per l'impugnazione del lodo decorrente dalla data dell'ultima sottoscrizione, ai sensi dell'art. 828 c.p.c., nel testo applicabile *ratione temporis*, anteriore alla riforma del 2006; ha ritenuto altresì la questione, di natura esclusivamente processuale, rilevabile d'ufficio, senza la necessità di sottoporla al contraddittorio delle parti; ha, infine, ritenuto inefficace l'impugnazione incidentale e compensato tra le parti le spese di lite.
Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'A.t.i. CIME s.r.l. - STIM s.r.l., sulla base di due motivi.
L'intimata Orion soc. coop. a r.l. non ha svolto difese.
Con ordinanza interlocutoria 24 settembre 2020, n. 20104, la Prima Sezione civile ha rimesso la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, sulla questione relativa al dies a quo della decorrenza del termine lungo per l'impugnazione del lodo arbitrale, reputata di massima di particolare importanza.
La causa è, in tal modo, pervenuta alle Sezioni unite.
Il P.G. ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.
La ricorrente ha depositato la memoria di cui all'art. 378 c.p.c..

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Il ricorso espone due motivi, che possono essere come di seguito riassunti.
Con il primo motivo, la ricorrente deduce la violazione degli artt. 3,24 e 111 Cost., in quanto l'art. 828 c.p.c., nel testo risultante dalla riforma del 1994, applicabile *ratione temporis*, prevede la decadenza dall'impugnazione per nullità del lodo, se proposta dopo il decorso di un anno dall'ultima sottoscrizione, mentre nel testo originario del codice il termine decorreva dalla data del provvedimento di esecutività del lodo: ma ciò contrasta con le ricordate disposizioni costituzionali, perché il momento delle sottoscrizioni non è conoscibile, posto che gli artt. 823 e 824 c.p.c., non prevedono la "pubblicazione", essendo contemplati solo la "deliberazione-redazione" non pubblica e la "comunicazione", a differenza di quanto previsto per i provvedimenti giurisdizionali, ove si distinguono i momenti della deliberazione, della pubblicazione e della comunicazione; non risulta perciò legittimo il computo, nel termine per l'impugnazione, dell'intervallo temporale tra l'ultima sottoscrizione e la comunicazione, in cui il testo del lodo è ignoto alle parti.

Propone, pertanto, una "lettura costituzionalmente orientata" che faccia decorrere il termine lungo dal momento in cui il lodo è conoscibile dalle parti; in subordine, prospetta una questione di legittimità costituzionale dell'art. 828 c.p.c., comma 2, in relazione agli artt. 3,24 e 111 Cost., precisando che la questione è rilevante, in quanto, in base alla comunicazione del lodo, questo fu depositato presso la sede dell'arbitrato il 6 maggio 2005, il giorno stesso della comunicazione, che dovrebbe allora costituire il *dies a quo* dell'anno per l'impugnazione, onde, aggiunti i 45 giorni della sospensione feriale, essa sarebbe stata tempestiva.

Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione degli artt. 24,111 Cost. e art. 183 c.p.c., comma 4, avendo la corte territoriale pronunciato su questione rilevata d'ufficio non segnalata alle parti, così pervenendo alla declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione attraverso una decisione "a sorpresa" o "della terza via"; senza che tale ragione di nullità possa venire obliterata pretendendosi, in sede di impugnazione, l'esposizione delle ragioni che si sarebbero potute far valere in mancanza del vizio; peraltro, la ricorrente deduce come si sarebbe innanzi alla corte d'appello potuto, in presenza del corretto contraddittorio, evidenziare la proposta interpretazione dell'art. 828 c.p.c..

2. - La questione sottoposta alle Sezioni unite concerne l'interpretazione della disposizione dell'art. 828 c.p.c., comma 2, secondo cui "l'impugnazione non è più proponibile decorso un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione".

La lettera della norma è univoca, non prestandosi in sé a dubbi interpretativi.

Ma ciò potrebbe ritenersi non risolutivo, essendo il canone letterale affiancato, ai sensi dell'art. 12 preleggi, comma 1, da altri criteri.

Se l'interpretazione è ascrizione di significato all'enunciato di un documento normativo in rapporto ad un fatto da regolare, l'individuazione delle regole contenute nell'enunciato non deriva, sovente, da una mera lettura del testo, in quanto frutto di più o meno complessi procedimenti interpretativi.

L'idea positivistica dell'interpretazione "unica" dei testi normativi, quale mero accertamento della volontà della legge, è invero superata, anche dalla disposizione-guida sull'interpretazione della legge.

L'art. 12 preleggi, richiama i criteri dell'interpretazione letterale, storico-teleologica, analogica secondo la legge ed analogica secondo i principi o sistematica.

3. - L'ermeneutica corrente, accolta dalla giurisprudenza, richiede la ricerca della ratio legis, secondo il coordinamento sistematico delle singole disposizioni, non solo nel caso in cui, nonostante l'impiego del criterio letterale, il significato della norma "rimanga ambiguo", ma altresì quando, sia pure in presenza di una lettera chiara, "l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo" (Cass., sez. un., 23 aprile 2020, n. 8091; Cass., sez. un., 4 febbraio 2020, n. 2504, in motivazione; Cass., sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230; v. pure, fra le recenti, in tema di impugnazione delle decisioni dei giudici speciali, Cass., sez. un., 15 settembre 2020, n. 19174 e Cass., sez. un., 28 febbraio 2020, n. 5589).

In tale visuale, in prima battuta vengono sempre in rilievo i canoni dell'interpretazione letterale e storico-teleologica, sebbene poi il significato finale della disposizione vada ricercato in modo da limitare le antinomie con altre fonti, in forza del criterio dell'interpretazione logico-sistematica, individuandone il significato nello specifico settore normativo (la ratio legis) ed in conformità ai principi costituzionali ed ai principi generali dell'ordinamento giuridico (la ratio iuris).

Si è andata così profilando un'opzione ermeneutica, nel senso che possa svalutarsi l'interpretazione letterale anche in presenza di un testo univoco, in quanto non sarebbe da privilegiare come assoluto il criterio interpretativo letterale, per la necessità di ricercare, in ogni caso, la coerenza della norma e del sistema, secondo lo spirito o ratio di essi.

Occorre, peraltro, sottolineare come non sia consentito superare i confini permessi dalla esegesi del testo: come ha affermato la Corte costituzionale circa la cd. interpretazione adeguatrice, resta il limite che risiede "nell'univoco tenore della disposizione impugnata", il quale "segna il confine" oltre il quale l'interpretazione giudiziale non può andare (cfr. *e multis*, Corte Cost. 13 dicembre 2019, n. 270; Corte Cost. 14 dicembre 2017, n. 268; Corte Cost. 13 aprile 2017, n. 87, n. 83 e n. 82; Corte Cost. 24 febbraio 2017, n. 42; Corte Cost. 11 novembre 2016, nn. 240 e 241; Corte Cost., 12 ottobre 2016, n. 219; Corte Cost. 6 maggio 2016, n. 95; Corte Cost. 11 dicembre 2015, n. 262; Corte Cost. 4 luglio 2014, n. 191; Corte Cost. 23 luglio 2013, n. 232; Corte Cost. 4 luglio 2013, n. 170; Corte Cost. 3 maggio 2012, n. 110; Corte Cost. 5 aprile 2012, n. 78; Corte Cost. 28 gennaio 2010, n. 26; Corte Cost. 20 giugno 2008, n. 219).

Giova, del pari, richiamare i principi esposti da questa Corte in tema di eccesso di potere giurisdizionale riferito all'attività legislativa (*e multis*, Cass., sez. un., 1 aprile 2020, n. 7643; Cass., sez. un., 14 gennaio 2020, n. 413; Cass., sez. un., 11 settembre 2019, n. 22711; Cass., sez. un., 25 marzo 2019, n. 8311; e già Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144; 23 dicembre 2014, n. 27341; e v., sui limiti dell'interpretazione sistematica, la recente Cass., sez. un., 29 gennaio 2021, n. 2142), secondo cui l'attività interpretativa è segnata dal limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale.

In definitiva, il fondamentale canone di cui all'art. 12 preleggi, comma 1, impone all'interprete di attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione, potendo bensì con esso concorrere i criteri della interpretazione teleologica e sistematica, purché, tuttavia, l'interprete non varchi il limite esegetico consentito dall'enunciato formale (art. 101 Cost., comma 2) e non reputi, addirittura, l'interpretazione - in luogo che mezzo attraverso cui ricomporre un contrasto solo apparente con la Costituzione - strumento sostitutivo della *voluntas legis*.

4. - Come sopra ricordato, la lettera dell'art. 828 c.p.c., comma 2, non dà in sé adito a dubbi o perplessità interpretative, fissando sin dal momento dell'ultima sottoscrizione degli arbitri il *dies a quo* per impugnare nel c.d. termine lungo. Ma anche gli altri criteri, richiamati dall'art. 12 preleggi, non conducono a una diversa conclusione.

La ratio della disposizione in esame si lega, invero, all'attribuzione di efficacia al lodo sin da tale momento, laddove il deposito nella cancelleria del tribunale sede dell'arbitrato, di cui all'art. 825 c.p.c., è previsto come mero adempimento, del quale è onerata la parte che intenda fare eseguire il lodo (in Italia, oppure assoggettarlo a trascrizione o annotazione nei casi in cui sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza), previo accertamento della sua "regolarità formale".

Pertanto, l'art. 828 c.p.c., comma 2, dà rilievo, ai fini della decorrenza del termine annuale, al momento in cui è apposta l'ultima sottoscrizione, proprio perché il lodo - salvo il disposto dell'art. 825 c.p.c., ai fini della

sua esecutività - produce gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria dalla data della sua ultima sottoscrizione.

Com'è noto, nell'ambito di un complessivo disegno di contenimento dei tempi processuali, il c.d. termine lungo per l'impugnazione sin dal 2009 è stato ridotto, nell'art. 327 c.p.c., da un anno a sei mesi, reputati dal legislatore sufficienti a far presumere la conoscenza di una sentenza.

Identica ratio di contenimento dei tempi anima l'art. 828 c.p.c., comma 2, laddove prevede il termine lungo di un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione per impugnare il lodo arbitrale.

Il legislatore ha così stabilito una corrispondenza tra la pubblicazione della sentenza - con la quale il provvedimento viene ad esistenza e comincia a produrre i suoi effetti - e l'attività consistente nell'apposizione della ultima sottoscrizione degli arbitri.

5. - L'efficacia vincolante fra le parti caratterizza, infatti, il lodo sin dalla sua sottoscrizione, nell'approdo attuale della disciplina positiva.

La decisione arbitrale, secondo l'evoluzione subita dall'istituto, viene parificata alla pronuncia giurisdizionale ed esiste sin dalla sua sottoscrizione, non essendovi un ufficio di cancelleria deputato al deposito per la pubblicazione, in tal modo avendo il legislatore attuato il principio dell'autonomia dell'arbitrato dalla giurisdizione ordinaria.

5.1. - Il c.p.c. del 1865, di ispirazione liberale, non riconduceva effetti giuridici al lodo, se non dopo il decreto pretorile di esecutorietà, il c.d. exequatur, con conseguente inefficacia del lodo fino al momento dell'emanazione del decreto; sebbene tale codice discorresse di "sentenza arbitrale" anche con riferimento al lodo non depositato (artt. 21-23), configurando l'arbitrato come un'opzione posta sullo stesso piano della giurisdizione statale, salva l'impossibilità per gli arbitri di emettere decisioni esecutive atteso il monopolio statale dell'esercizio della forza.

5.2. - Il c.p.c. di cui al R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443, individuò la decisione arbitrale quale mero "lodo", del pari idoneo a produrre effetti soltanto a seguito del decreto di esecutorietà, così che esso da un'ampia parte della dottrina fu reputato avere natura negoziale, appartenendo solo allo Stato la giurisdizione. Il codice di rito distingueva tra lodo omologato, cui veniva attribuita l'efficacia di sentenza, e lodo non omologato, dagli effetti non disciplinati dalla legge, implicitamente derivandone che, in caso di mancato deposito, il lodo rituale fosse improduttivo di qualunque effetto.

5.3. - Quindi, la L. 9 febbraio 1983, n. 28, per la prima volta, previde l'"efficacia vincolante tra le parti" del lodo sin dal momento dell'ultima sottoscrizione, divenendone il deposito non un obbligo, imposto agli arbitri, ma un onere per la parte interessata, la quale intendesse "far eseguire il lodo nel territorio della Repubblica".

5.4. - La L. 5 gennaio 1994, n. 25, stabilì quindi espressamente, all'art. 827 c.p.c., che "i mezzi di impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo", così confermando che il lodo arbitrale rituale ha efficacia sin dalla data della sua sottoscrizione, anche prima dell'exequatur pretorile.

In tale prospettiva fu, dunque, eliminato l'adempimento del decreto di esecutività quale indispensabile elemento di efficacia, nell'intento di attribuire al lodo ancor maggiore pregnanza.

5.5. - Infine, è sopraggiunta la riforma di cui alla Legge Delega 14 maggio 2005, n. 80, in esecuzione della quale è stato emanato il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che, al dichiarato fine di superare i contrasti interpretativi seguiti alle riforme del 1983 e del 1994, ha attribuito al lodo arbitrale, anche se non omologato, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (art. 824-bis c.p.c.), con formula già anticipata nella stessa legge delega, ove era previsto "che il lodo, anche non omologato, abbia gli effetti di una sentenza".
Si è, in definitiva, passati da una situazione di obbligatorio deposito del lodo per la sua efficacia, ad un'affrancazione da ogni intervento giurisdizionale per quanto riguarda l'efficacia vincolante fra le parti; anche se chi intenda fare eseguire il lodo è ancora onerato dell'introduzione di un apposito procedimento innanzi al giudice, il quale, accertatane la regolarità formale, lo dichiarerà esecutivo.
Dunque, il procedimento arbitrale, semplificato nel suo esito finale, è tendenzialmente sottratto ad ogni automatica subordinazione alla giurisdizione statale.
L'ordinanza delle Sezioni unite del 25 ottobre 2013, n. 24153 (resa in tema di arbitrato estero), favorita da Corte Cost. 19 luglio 2013, n. 223, è giunta, pertanto, a sancirne la natura giurisdizionale, in quel che è stato descritto come il c.d. superamento del principio di statualità della giurisdizione.
6. - La disciplina post D.Lgs. n. 40 del 2006, induce, dunque, a distinguere tra fonte e contenuto del potere degli arbitri, da un lato, ed effetti del lodo, dall'altro lato.
Ciò è particolarmente evidente in forza dell'art. 806 c.p.c., art. 813 c.p.c., comma 2 e art. 824-bis c.p.c.: prevedendo la legge - oltre che la generale operatività dell'autonomia dei privati solo nell'area dei diritti disponibili - da un lato che "agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio", e, dall'altro lato, che "salvo quanto disposto dall'art. 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria".
Resta, al di là della tendenziale equipollenza del ruolo assunto nella risoluzione delle controversie tra lodo e sentenza, che essi non hanno un'identica natura e neppure identici effetti - oltre alle esclusioni espresse ex art. 819-ter c.p.c., comma 2, si pensi alle questioni circa il rilievo dello *ius superveniens*, del bis in idem o degli effetti riflessi nei confronti dei terzi estranei (questioni, peraltro, qui non esaminabili perché estranee al *thema decidendum*), ma anche alla riservatezza della pronuncia, ove non sia depositata per l'esecutorietà o non sia impugnata, non essendo il lodo di per sè destinato, come invece la sentenza, a divenire pubblico, con ciò individuandosi, anzi, proprio una ragione specifica di preferenza rispetto al giudizio ordinario - rimanendo pur sempre il lodo arbitrale estraneo all'esercizio di poteri pubblicistici e continuando esso a fondarsi sul consenso delle parti, onde non si tratta della funzione giurisdizionale dello Stato (cfr. art. 823 c.p.c., comma 2), nella perdurante natura privata del patto compromissorio.
Come osservato da molti, se l'attività degli arbitri serve ad assicurare anch'essa la risoluzione della controversia e, come tale, riveste un interesse pubblico, essa non è però attività giurisdizionale autoritativa, essendo esercitata in carenza di imperium e di poteri coercitivi. La *potestas iudicandi* non sorge, come per il giudice, dalla legge, ma dalla volontà delle parti, donde le cautele, anche formali, per una simile solenne investitura (artt. 807,808,808-bis c.p.c.). La natura giurisdizionale del lodo non importa, pertanto, anche la natura pubblicistica dei poteri esercitati dagli arbitri: questi restano estranei al potere giudiziario dello Stato, essendo i

poteri decisori attribuiti loro direttamente dalle parti compromittenti; le quali, infatti, possono affidarvi solo le controversie aventi ad oggetto diritti disponibili.

Tanto è vero che la scelta di politica legislativa è stata quella di prevedere un rimedio impugnatorio specifico per l'arbitrato - l'"impugnazione per nullità di lodo arbitrale" - che si svolge bensì innanzi alla corte d'appello (ossia, come in dottrina rilevato, il giudice che, al tempo dell'entrata in vigore della L. n. 25 del 1994, era il giudice della delibazione delle decisioni giurisdizionali straniere, e che, in base al sistema attuale, ha il controllo giudiziario sulla esistenza delle condizioni dell'inserimento automatico del lodo e della sentenza straniera nel nostro ordinamento), ma che nei contenuti è diverso, per funzione e scopo, dall'appello in quanto assai più limitato, specialmente dopo la riforma del 2006: quando non si prospetta neppure più l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, se (salvo sia espressamente disposta dalla legge per speciali settori) le parti non abbiano espressamente previsto tale facoltà, alla stregua dell'art. 829 c.p.c., comma 3, frutto del criterio direttivo previsto nella Legge Delega 14 maggio 2005, n. 80, che chiedeva di "subordinare la controllabilità del lodo ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 2, alla esplicita previsione delle parti".

L'impugnazione alla corte d'appello è a giudizio rescindente, mentre solo nei casi indicati nell'art. 830 c.p.c., comma 2 e sempre salvo volontà contraria delle parti, il giudice togato, investito dell'impugnazione per nullità e dichiarata la nullità del lodo, potrà compiere un nuovo esame nel merito.

Resta, così, in ogni caso assicurata la scelta delle parti in favore dell'arbitrato; mentre nell'arbitrato estero il giudizio di nullità si ferma al rescindente, a meno che le parti abbiano stabilito la sua decisione anche nel merito nell'ambito della convenzione di arbitrato o ne facciano concorde richiesta, quindi sempre dietro loro esplicita dichiarazione di volontà in tal senso.

In sostanza, viene dal legislatore particolarmente in tal modo enfatizzato il peculiare e differente fondamento volontaristico dell'arbitrato, nell'obiettivo della sua massima efficacia e rapidità.

Tutto ciò, a giustificare ancora parziali differenze di disciplina positiva.

7. - Dalla sottoscrizione del lodo derivano una serie di effetti giuridici, tutti coerenti fra di loro, previsti dal legislatore positivo e ricostruiti dal diritto vivente.

A tale momento sono ricollegati, invero, molti ulteriori ed importanti effetti, quali:

a) l'efficacia del lodo: l'art. 823 c.p.c., comma 2, n. 6, richiedeva quale contenuto necessario del lodo "la sottoscrizione di tutti gli arbitri, con l'indicazione del giorno, mese ed anno in cui è apposta".

Dopo la riforma del 2006, del pari l'art. 823 c.p.c., comma 2, n. 7, prevede la sottoscrizione degli arbitri e il n. 8 la data delle sottoscrizioni; mentre l'art. 824-bis c.p.c., conseguente alla novella di cui al D.Lgs. n. 40 del 2006, stabilisce che "il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria".

L'art. 824-bis c.p.c., riconosce, dunque, al lodo l'efficacia di sentenza soltanto "dalla data dalla sua ultima sottoscrizione", dalla quale l'art. 828 c.p.c., comma 2, fa decorrere il termine lungo di impugnazione.

Dispone, inoltre, l'art. 825 c.p.c., che il soggetto interessato all'esecutività del lodo lo depositi nella cancelleria del tribunale, cosicché l'ufficio lo dichiari esecutivo con decreto. Ma il lodo ha efficacia vincolante fra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione: di conseguenza, si reputa inammissibile il ricorso per cassazione

avverso il provvedimento di rigetto del reclamo nei confronti del decreto di dichiarazione di esecutorietà del lodo (Cass. 14 maggio 2014, n. 10450), come del decreto che la neghi (Cass. 27 ottobre 2016, n. 21739), e ciò appunto in forza dell'inettitudine di tale decreto a pregiudicare i diritti soggettivi derivanti dal rapporto definito con il lodo arbitrale, avendo esso rilevanza limitata alla sola possibilità di mettere in esecuzione il lodo.

In sostanza, dal combinato disposto di tali norme risulta che la "efficacia vincolante" è assegnata coerentemente al lodo fin dalla data della sua ultima sottoscrizione;

b) il momento di perfezionamento del lodo nel caso un arbitro non possa o non voglia sottoscriverlo: ai sensi dell'art. 823 c.p.c., comma 2, n. 6 e, dopo la riforma del 2006, dell'art. 823 c.p.c., comma 2, n. 7, il lodo va sottoscritto da tutti gli arbitri, ma la mera sottoscrizione da parte della maggioranza è sufficiente, se accompagnata dalla dichiarazione che il lodo è stato deliberato con la partecipazione di tutti e che gli altri non hanno voluto o non hanno potuto sottoscriverlo; in tal caso, dalla data della sottoscrizione da parte degli arbitri di maggioranza decorre il termine di un anno per la sua impugnazione, di cui all'art. 828 c.p.c., in presenza dell'attestazione sulle ragioni della firma mancante, per esigenze di certezza (cfr. Cass. 28 settembre 2015, n. 19163, che ha ritenuto non realizzatasi, nella vicenda, la fattispecie de qua);

c) la immodificabilità del lodo: dopo l'ultima sottoscrizione, il lodo non può più essere revocato o modificato dai suoi estensori.

Secondo la precisazione contenuta all'art. 824-bis c.p.c., frutto della riforma ex D.Lgs. n. 40 del 2006, fin dall'ultima sottoscrizione il lodo ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. E questa Corte ha ritenuto (Cass. 16 marzo 2018, n. 6666, non massimata; Cass. 12 novembre 2015, n. 23176; Cass. 26 maggio 2014, n. 11634) come, anche prima dell'introduzione dell'art. 824-bis c.p.c., da parte del D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, gli effetti tra le parti del lodo arbitrale rituale fossero equiparati a quelli della sentenza. È, dunque, sancita l'efficacia processuale di sentenza del lodo: esso è sottoposto al regime normativo consistente nella immodificabilità ed irrevocabilità da parte degli arbitri che lo hanno pronunciato, da tale momento sottratto alle ordinarie impugnative negoziali e soggetto alle impugnazioni processuali appositamente previste;

d) l'imputazione per competenza delle somme da esso portate: ai fini fiscali, si è così ritenuto che il credito derivante da un lodo arbitrale costituisca sopravvenienza attiva ed elemento costitutivo del reddito di impresa del contribuente sin dal momento della sottoscrizione del lodo, atteso che il lodo ha efficacia vincolante tra le parti proprio da tale momento (Cass. 1 aprile 2003, n. 4965; v. pure Cass. 24 marzo 2016, n. 5840);

e) l'impugnabilità del lodo: infine, dall'ultima sottoscrizione il lodo, venuto ad esistenza, è impugnabile.

Ai sensi dell'art. 827 c.p.c., anche nel testo anteriore alla riforma del 2006, i mezzi d'impugnazione esperibili nei confronti del lodo arbitrale sono l'impugnazione per nullità, la revocazione c.d. straordinaria e l'opposizione di terzo, precisandosi che tali rimedi possono essere esperiti "indipendentemente dal deposito del lodo" e sin dall'ultima sottoscrizione.

La ratio è identica a quella del c.d. termine lungo di impugnazione delle sentenze: unica differenza, la fissazione del *dies a quo* dalla pubblicazione per le sentenze e dall'ultima sottoscrizione per i lodi arbitrali: distinzione perfettamente coerente con la diversa natura delle due pronunce, più sopra evidenziata (v. p. 6);

f) l'impugnabilità del provvedimento di correzione del lodo: l'art. 828 c.p.c., comma 3, ultimo periodo, prevede che il lodo non depositato sia impugnabile, relativamente alle parti corrette, nei termini ordinari a decorrere dalla "comunicazione dell'atto di correzione": dunque, il legislatore ha implicitamente previsto che, in assenza di comunicazione, valga il termine lungo di impugnazione, decorrente - del pari - dall'ultima sottoscrizione del provvedimento di correzione emesso dagli arbitri.

Non ha pregio allora la pretesa di alterare la lettera dell'art. 828 c.p.c., in quanto essa coerentemente esprime la logica e la struttura dell'intero sistema positivo dell'arbitrato.

8. - In definitiva, è infondato l'assunto dei ricorrenti, secondo cui dovrebbe darsi una lettura forzata ed antiletterale dell'art. 828 c.p.c., comma 2, fissandosi giudizialmente la decorrenza del termine annuale per impugnare dal momento in cui "il lodo è conoscibile dalle parti", con conseguente incertezza del diritto, che in tal modo si determinerebbe.

Ma nemmeno hanno pregio le altre prospettazioni, quali la pretesa di far decorrere detto termine, come indirettamente parte ricorrente indica, dalla comunicazione del lodo alle parti, ai sensi dell'art. 824 c.p.c., momento non corrispondente nè alla lettera, nè alla ratio della disposizione, e comportando un simile assunto l'irragionevole conseguenza che, in difetto di comunicazione, quel termine non decorrerebbe mai; o dal deposito del lodo, trattandosi di attività meramente eventuale in funzione dell'esigenza di disporre degli strumenti coattivi statuali.

La formulazione letterale della disposizione censurata, in una col sistema tutto come sin qui illustrato, non consente un'interpretazione come quella voluta, fortemente manipolativa del dato testuale: le interpretazioni proposte dalla ricorrente, in definitiva, si risolverebbero in un'arbitraria e illogica *interpretatio abrogans* della disposizione censurata ed in un'altrettanto arbitraria e illogica *interpretatio creans* di una norma nuova.

9. - Sulla base di quanto esposto, è altresì manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale posta, in quanto si giustifica la previsione in discorso, quale legittima opzione legislativa e di certezza del diritto.

9.1. - È pur vero che il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di talune disposizioni che, in tema di decorrenza di termini processuali d'impugnazione, fissavano la stessa - in luogo che dalla comunicazione agli interessati - da altri eventi, ovvero:

- dall'affissione della sentenza di fallimento, come previsto dalla L. Fall., art. 18, comma 1, quanto al termine di quindici giorni per fare opposizione (Corte Cost. 27 novembre 1980, n. 151);
- dall'affissione, invece che dalla notificazione della sentenza, quanto al termine di trenta giorni concesso dalla L. Fall., art. 195, comma 4, per proporre opposizione contro la sentenza che dichiari lo stato di insolvenza di impresa soggetta a l.c.a. (Corte Cost. 4 luglio 2001, n. 211);
- dall'affissione della sentenza resa dal tribunale nel procedimento di riabilitazione, anziché dalla sua comunicazione, L. Fall., ex art. 144, u.c., quanto al termine di quindici giorni per proporre il reclamo alla corte d'appello (Corte Cost. 15 luglio 2004, n. 224);

- dall'affissione della sentenza resa su opposizione allo stato passivo, ai sensi della L. Fall., art. 99, comma 5, ai fini del decorso dei termini di quindici giorni per appellare e di trenta giorni per ricorrere in cassazione (Corte Cost. 27 novembre 1980, n. 152;
- dal deposito in cancelleria, da parte del commissario liquidatore, dell'elenco dei crediti ammessi, anziché da quella di ricezione della lettera raccomandata con avviso di ricevimento, quanto al termine di quindici giorni stabilito per l'impugnazione dei crediti ammessi nella l.c.a. (Corte Cost. 29 aprile 1993, n. 201);
- dalla data del decreto del giudice delegato di cessazione degli effetti dell'amministrazione controllata, ai fini dei dieci giorni concessi per il reclamo avverso il provvedimento, anziché dalla sua rituale comunicazione all'interessato (Corte Cost. 26 luglio 1988, n. 881; analogamente, Corte Cost. 2 dicembre 1980, n. 155, che ha dichiarato incostituzionale la L. Fall., art. 209, comma 2, nella parte in cui faceva decorrere il termine per le opposizioni dei creditori esclusi dalla data del deposito in cancelleria dell'elenco dei crediti ammessi o respinti, anziché dalla data di ricezione delle raccomandate con avviso di ricevimento, e Corte Cost. 22 aprile 1986, n. 102, che ha dichiarato incostituzionale la L. Fall., art. 100, comma 1, nella parte in cui faceva decorrere il termine per l'impugnazione dei crediti ammessi dalla data del deposito dello stato passivo in cancelleria, anziché dalla data di ricezione delle raccomandate con avviso di ricevimento);
- dalla data del decreto del giudice delegato, ai fini del reclamo al tribunale L. Fall., ex art. 26, entro il termine di tre giorni, anziché dalla data della comunicazione dello stesso (Corte Cost. 22 novembre 1985, n. 303; Corte Cost. 27 giugno 1986, n. 156).

9.2. - Ciò che, però, fa la differenza - inducendo, nell'esegesi in esame, a diversa conclusione - è che in tutti quei casi si trattava di termini assai ristretti: così da potersi ravvisare l'effettiva compressione del diritto di difesa, attesa la non remota ipotizzabilità del loro decorso ignoto alla parte, pur diligente; tanto che il ricorso ad un'eventuale rimessione in termini avrebbe rischiato di divenire, inammissibilmente, non l'eccezione, ma la regola.

Deve, pertanto, ravvisarsi una scelta specifica del legislatore, non contrastante con nessun precetto costituzionale, in quella di fissare il *dies a quo* del termine lungo per impugnare - un anno più la sospensione feriale, dunque assai prolungato nel tempo - dall'ultima sottoscrizione, secondo l'interesse alla certezza del diritto ed alla stabilità delle decisioni, una volta prescelta dalle parti la strada dell'arbitrato.

Come rilevato dal Procuratore generale, l'esigenza di non far dipendere la definitività della sentenza o del lodo dalla comunicazione, o dalla notificazione alle parti, mira a garantire nell'attuazione del fondamentale principio della certezza e del favor iudicati - il consolidamento delle decisioni, una volta decorso un ragionevole lasso di tempo dal loro perfezionamento.

La tutela della posizione del soccombente è garantita dal lungo periodo per impugnare, nonché dalla certa sua conoscenza della decisione arbitrale mediante la comunicazione alle parti del lodo entro appena dieci giorni, la quale lascia a disposizione ancora un lungo lasso per impugnare il lodo stesso, senza nessuna compromissione del diritto di difesa, ove diligentemente esercitato.

A differenza delle fattispecie richiamate, dunque, nel caso in discorso il soggetto, attesa sia la comunicazione entro brevissimo tempo, sia la possibile richiesta di informazione agli arbitri stessi, sia - nei casi estremi - l'istanza di rimessione in termini, può sempre esercitare con pienezza il proprio diritto di impugnazione.

9.3. - Occorre, altresì, richiamare le considerazioni esposte da questa Corte con riguardo all'art. 828 c.p.c., anteriormente alla novella del 1994, allorché esso faceva decorrere il termine ultimo per l'impugnazione dalla data del provvedimento giudiziale di exequatur: in tal caso, è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma, nella parte in cui individuava il *dies a quo* del termine nel giorno dell'emanazione del decreto e non in quello della sua comunicazione ad opera della cancelleria: palesandosi, grazie alla notevole lunghezza del termine, sufficiente una verifica periodica dei registri di cancelleria, rientrante nell'ordinaria diligenza dei procuratori, per evitare la decadenza dell'impugnazione (Cass. 10 marzo 1993, n. 2896).

Sebbene, nel caso ora all'esame, non si dia neppure il deposito del decreto in cancelleria, resta agevole rispettare il termine lungo per l'impugnazione.

9.4. - Accanto all'applicazione dei menzionati canoni interpretativi, militano nel medesimo senso le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale (Corte Cost. 25 luglio 2008, n. 297), con riferimento alla prescrizione contenuta nell'art. 327 c.c., comma 1, proprio attesa la simmetria delle discipline concernenti il termine lungo per impugnare, rispettivamente, il lodo arbitrale e la sentenza (come condivisibilmente rilevato da Cass. 5 settembre 2018, n. 21648; Cass. 5 dicembre 2017, n. 28999; Cass. 5 dicembre 2017, n. 28998).

Il giudice delle leggi ha, invero, ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento alla presunta violazione del diritto di difesa, dell'art. 327 c.p.c., nella parte in cui prevede la decorrenza del termine annuale per l'impugnazione dalla pubblicazione della sentenza, anziché dalla sua comunicazione a cura della cancelleria: ciò, proprio in ragione della congruità del termine e del dovere di vigilanza dell'interessato, avendo dunque la norma operato un non irragionevole bilanciamento tra la tutela della certezza delle situazioni giuridiche e il diritto di difesa.

Al riguardo, anzi, si noti come, se il termine c.d. lungo per impugnare il lodo è di un anno ai sensi dell'art. 828 c.p.c., è stato invece ridotto alla metà - dunque, a soli sei mesi - quello per impugnare la sentenza del giudice con l'appello e con il ricorso per cassazione, oltre che con il ricorso in revocazione ex art. 395, comma 1, nn. 4 e 5, a norma dell'art. 327 c.p.c..

Sotto questo profilo, il trattamento della parte interessata all'impugnazione del lodo arbitrale è addirittura poziore, rispetto a quello della parte di un giudizio ordinario.

Preziose, altresì, le indicazioni provenienti da altra precedente decisione (Corte Cost. 28 dicembre 1990, n. 584; nonché Corte Cost. 26 marzo 1991, n. 129), la quale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 327 c.p.c., comma 1, mirando la rimessione "a una sentenza che sconvolgerebbe la coerenza del sistema delle impugnazioni", posto che tale decorrenza del termine è "un corollario del principio... secondo cui, dopo un certo lasso di tempo, la cosa giudicata si forma indipendentemente dalla notificazione della sentenza (a istanza di parte). Stabilito questo principio, di per sè non contestato dal giudice a quo, ne deriva logicamente la decorrenza del termine di un anno dal momento in cui la sentenza è perfezionata, cioè appunto dalla data della pubblicazione".

Per quanto sopra indicato, il lodo è perfezionato, del pari, al momento dell'ultima sottoscrizione, nè potrebbe sollecitarsi al giudice delle leggi una sentenza manipolativa additiva, su materia ove le scelte del legislatore sono discrezionali: onde l'intero sistema si tiene.

9.5. - Non si ravvisa, in definitiva, il sospetto di incostituzionalità dell'art. 828 c.p.c., nel riferimento agli artt. 3,24 e 111 Cost.: né sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza, attese le riscontrate perduranti differenze tra lodo arbitrale e sentenza; né quanto alla violazione del diritto di difesa o dei principi del giusto processo, non essendovi nessun effettivo pregiudizio per la decorrenza del termine c.d. lungo, tuttora mantenuto ampissimo, pur nel periodo di dieci giorni tra la sottoscrizione del lodo e la sua comunicazione alle parti.

E va rimarcato come la disciplina dell'arbitrato rispetti i canoni che lo rendono legittimo, non solo a norma dei precetti costituzionali, ma anche di quelli di cui all'art. 47 della Carta diritti fondamentali UE ed al par. 6 della Cedu: individuati - per quanto ora rileva - nella possibilità di impugnazione innanzi agli organi della giustizia ordinaria statuale, in presenza dei vizi di nullità individuati dall'ordinamento positivo.

Ciò è vero persino quando il termine di dieci giorni per la comunicazione del lodo non fosse rigorosamente rispettato e la comunicazione avvenisse in un tempo più lungo: posto che, se l'inadempimento si sia protratto per un lasso temporale ridotto, non ne sarebbe pregiudicato il diritto di difesa; mentre, ove questo fosse effettivamente compromesso dalla tardiva comunicazione, soccorre l'istituto generale della rimessione in termini della parte per causa non imputabile (cfr. p. 10).

Mentre occorre concludere che, sebbene possa parlarsi di una sensibile affinità funzionale tra arbitrato e giurisdizione, resta una non irrazionale e non incostituzionale differenza in taluni aspetti di disciplina che regola il risultato dell'attività arbitrale, da un lato, e quella della giurisdizione, dall'altro lato. Ciò non vuol dire che nell'arbitrato difetti la tutela del contraddittorio e del diritto di difesa, ed in generale la fissazione previa di regole processuali certe e prevedibili, essendo anch'esso un procedimento caratterizzato da tali principi.

Invece, per l'arbitrato ancor più debbono richiamarsi le esigenze di celerità e definizione dei rapporti, dato il non obliterabile intento originario delle parti di scegliere l'arbitrato, in luogo della giustizia ordinaria: onde tanto più per il lodo vale il principio della limitazione alle possibilità di contestazione e dei tempi per impugnare.

10. - Infine, va sottolineato come, a fronte dell'impossibilità derivante da causa non imputabile - non certamente, invece, invocando un affidamento della parte, a fronte della chiarissima lettera della legge dove discorre di "ultima sottoscrizione" - valga il regime generale della rimessione in termini, idoneo a fronteggiare le situazioni meritevoli di tutela.

La L. n. 69 del 2009, ha aggiunto all'art. 153 c.p.c., un nuovo comma, ai sensi del quale la parte che dimostri di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini. Si tratta della trasposizione del previgente art. 184-bis c.p.c., nel contempo abrogato, con il chiaro segnale - attesa la collocazione sistematica nel primo libro del codice di rito - della valenza generale dell'istituto della rimessione in termini, dunque applicabile ad ogni decadenza processuale, ivi compresa quella derivante dal mancato rispetto dei termini per impugnare.

Al pari del termine per l'impugnazione delle sentenze, decorrente dalla pubblicazione, che matura in ogni caso a fini di certezza del diritto, anche per il termine lungo di impugnazione del lodo arbitrale la disciplina è costituzionalmente compatibile proprio in ragione dell'ampiezza del termine di legge, il quale è stato stabilito in misura tale (un anno, ma lo stesso vale per i sei mesi) tale da far presumere che la parte, che sia stata

a conoscenza del processo, con l'ordinaria diligenza possa conoscere del lodo in tempo utile per proporre impugnazione.

Laddove, per qualsiasi ragione, la presunzione venga meno, soccorre il rimedio della rimessione in termini ex art. 153 c.p.c..

Sarà, come d'ordinario, onere della parte interessata provare le circostanze concrete, integranti la causa non imputabile, che abbiano reso inconoscibile il lodo o non esperibile l'impugnazione.

L'applicabilità dell'istituto in discorso al termine per impugnare è principio acquisito, sia quanto alle impugnazioni in generale (*e plurimis*, Cass., sez. un., 18 dicembre 2018, n. 32725), sia per il lodo arbitrale (Cass., sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135); mentre del pari, nella vicenda, per vero di rara realizzazione, dell'annotazione di una data di deposito diversa da quella di pubblicazione della sentenza ad opera dello stesso cancelliere, la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità della norma, come risultante dal c.d. diritto vivente, che fa decorrere il temine lungo per impugnare dalla prima data, proprio per il possibile ricorso all'istituto della rimessione in termini ex art. 153 c.p.c. (Corte Cost. 22 gennaio 2015, n. 3).

Allorché, pertanto, ricorra il caso estremo dell'inerzia degli arbitri nell'operare la comunicazione, che sia omessa o avvenga in un momento prossimo alla scadenza del termine annuale, soccorre l'istituto della rimessione in termini, idoneo a preservare comunque l'irrinunciabile principio di certezza del diritto sotteso alla previsione della decadenza dal termine lungo d'impugnazione.

Onde la suddetta possibilità vale come limite negativo alla stessa ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, restando la compatibilità con la carta fondamentale assicurata in ogni caso dall'istituto della rimessione in termini.

Né l'eventuale momento patologico del sistema, costituente ipotesi eccezionale ed autonoma, proprio per il suo carattere *extra ordinem* potrebbe, di per sé, far dubitare della costituzionalità di una norma che abbia previsto uno specifico adempimento ad opera degli arbitri, in concreto poi disatteso, e che quindi non abbia preso tale condotta omissiva in considerazione.

Come condivisibilmente osservato dal Procuratore generale nella sua requisitoria, una questione di costituzionalità si porrebbe non per la norma positiva alla stregua delle sue previsioni, ma unicamente in ipotesi di disfunzione del meccanismo predisposto dal legislatore, nella specie in ipotesi di inerzia comunicativa degli arbitri.

Tuttavia, occorre osservare come la verifica della fondatezza della questione di legittimità costituzionale di una norma ne impone una valutazione in astratto, per quanto essa dispone (e non dovrebbe) o non dispone (e invece dovrebbe), e non alle disfunzioni applicative o interpretative, né, ancor meno, all'eventuale abitualità di violazioni della norma medesima, quali momenti patologici della sua applicazione.

11. - Nel caso di specie, è possibile il diretto riscontro di quanto sin qui esposto.

Il lodo è stato sottoscritto il 15 aprile 2005, comunicato il 6 maggio 2005 e l'impugnazione avverso il medesimo proposta solo il 13 giugno 2006: disponendo, dunque, la parte di un lasso di tempo assai lungo per impugnare, nonché della certa notizia, da oltre tredici mesi, della esistenza e del contenuto del lodo.

Ciò, a fronte di una chiarissima lettera dell'art. 828 c.p.c., che parte ricorrente non deduce neppure perchè avrebbe potuto o dovuto indurla, violando il suo affidamento, ad attendere ancora oltre per proporre l'impugnazione.

Neppure viene dedotta una causa non imputabile, che abbia reso impossibile il rispetto del chiaro termine di legge; mentre una negligenza processuale, da cui sia derivata una decadenza, non può essere superata solo allegando un'interpretazione controletterale ed asistematica della norma.

12. - Il secondo motivo è infondato.

Il rilievo della decadenza per il mancato rispetto del termine per impugnare, come per la sussistenza di altre ragioni d'inammissibilità o improcedibilità del ricorso, è rilevabile d'ufficio e per essa non si dà l'esigenza di sottoporre la questione alle parti, ai sensi dell'art. 101 c.p.c., comma 2, né dell'analogo principio anteatto, come ricostruito dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr., con riguardo al sistema anteriore all'introduzione dell'art. 101 c.p.c., comma 2, operata con la L. n. 69 del 2009, art. 45, comma 13, Cass. 27 novembre 2018, n. 30716; Cass. 7 novembre 2013, n. 25054): secondo regola consolidata, non soggiace al divieto posto dall'art. 101 c.p.c., che impedisce di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti, il rilievo della tardività dell'impugnazione, in quanto l'osservanza dei termini perentori, entro cui devono essere proposte le impugnazioni, costituisce un parametro di ammissibilità della domanda alla quale la parte che sia dotata di una minima diligenza processuale non può non prestare attenzione, così da dover considerare già ex ante come possibile sviluppo della lite la rilevazione d'ufficio dell'eventuale violazione di siffatti termini (cfr., *e multis*, Cass. 18 novembre 2019, n. 29803, non massimata; Cass. 4 marzo 2019, n. 6218; Cass. 18 giugno 2018, n. 16049; Cass. 8 giugno 2018, n. 15037; Cass. 16 ottobre 2017, n. 24312; Cass. 22 febbraio 2016, n. 3432; Cass. 16 febbraio 2016, n. 2984; Cass. 23 maggio 2014, n. 11453; Cass. 13 luglio 2012, n. 11928; Cass. 27 aprile 2010, n. 10062), né tale esito processuale integra una violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu, il quale, nell'interpretazione data dalla Corte Europea, ammette che il contraddittorio non venga previamente suscitato quando si tratti di questioni di rito che la parte, dotata di una minima diligenza processuale, avrebbe potuto e dovuto attendersi o prefigurarsi (cfr. Cass. 21 luglio 2016, n. 15019).

La giurisprudenza di legittimità interpreta, invero, l'art. 101 c.p.c., comma 2, come riferibile solamente alla rilevazione d'ufficio di circostanze che, modificando il quadro fattuale, comportino nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti: al contrario, la tardività dell'impugnazione, che costituisce una circostanza obiettiva che emerge dalla documentazione già in possesso delle parti e che le stesse possono agevolmente rilevare, non configura quello "sviluppo inatteso" per il quale si renda necessaria l'instaurazione del contraddittorio mediante l'assegnazione di uno specifico termine per memorie difensive.

Anzi, costituisce preciso dovere del giudice di esaminare d'ufficio tutte le questioni di puro diritto, come l'ammissibilità e la procedibilità della domanda o della impugnazione.

13. - Non occorre la liquidazione delle spese di lite, non svolgendo difese l'intimata.

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a Sezioni unite, rigetta il ricorso.

Dichiara che, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, sussistono i presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello richiesto, se dovuto, per il ricorso.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 9 marzo 2021.

Depositato in Cancelleria il 30 marzo 2021

Cassazione civile sez. II, 08/11/2013, n. 25258

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. TRIOLA Roberto Michele - Presidente -
Dott. BURSESE Gaetano Antonio - Consigliere -
Dott. MANNA Felice - Consigliere -
Dott. GIUSTI Alberto - rel. Consigliere -
Dott. CARRATO Aldo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso proposto da:
COEDIL SUD s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, in forza di procura speciale a margine del ricorso, dagli Avv. VOSA Paolo e Giuliana Vosa, con domicilio eletto nello studio dell'Avv. Arturo Leone in Roma, lungotevere A. Da Broscia, n. 9;
- ricorrente -

contro
Avv. N.I., rappresentata e difesa da se medesima, con domicilio eletto nel suo studio in Roma, Via Lutezia, n. 8;
- controricorrente -

e contro
CONDOMINIO (OMISSIS), in persona dell'amministratore pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Maria Saviano, con domicilio eletto presso l'arch. Maria Teresa Iannaccone in Roma, Via Tuscolana, n. 982;
- controricorrente -

e contro
D.G.E., P.L., S.G., C. M.;
- intimati -

e sul ricorso proposto da:
Avv. N.I., rappresentata e difesa da se medesima, con domicilio eletto nel suo studio in Roma, Via Lutezia, n. 8;
- ricorrente in via incidentale -

contro
COEDIL SUD s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, in forza di procura speciale a margine del controricorso, dagli Avv. Paolo Vosa e Giuliana Vosa, con domicilio eletto nello studio dell'Avv. Arturo Leone in Roma, lungotevere A. Da Brescia, n. 9;
- controricorrente -

e nei confronti di:
CONDOMINIO (OMISSIS), in persona dell'amministratore pro tempore;
D.G.E., P.L., S.G., C. M.;
- intimati -

e sul ricorso proposto da:
CONDOMINIO (OMISSIS), in persona dell'amministratore pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Maria Saviano, con domicilio eletto presso l'arch. Maria Teresa Iannaccone in Roma, Via Tuscolana, n. 982;
- ricorrente in via incidentale -

contro
COEDIL SUD s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, in forza di procura speciale a margine del controricorso, dagli Avv. Paolo Vosa e Giuliana Vosa, con domicilio eletto nello studio dell'Avv. Arturo Leone in Roma, lungotevere A. Da Brescia, n. 9;
- controrlcorrente -

e nei confronti di:
Avv. N.I.; D.G.E., P.L., S. G., C.M.;
- intimati -

per la cassazione della sentenza della Corte d'appello di Napoli in data 23 luglio 2007.
Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 24 ottobre 2013 dal Consigliere relatore Dott. Alberto Giusti;
uditi gli Avv. N.I. e Matteo del Vescovo, quest'ultimo per delega dell'Avv. Maria Saviano;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GOLIA Aurelio, il quale ha concluso per l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - Al fine di procedere all'esecuzione delle opere di consolidamento e restauro del Palazzo (OMISSIS), costruzione risalente al 1600, di interesse storico ed artistico, l'Amministrazione comunale ammise i condomini proprietari N.I., I.G., R.C. e N.A. al contributo statale e rilasciò concessione edilizia.
In data 12 gennaio 1989, l'amministratore del condominio, geom.

P.L., tra l'altro componente della commissione edilizia del Comune di San Potito Ultra, stipulò contratto di appalto con la Coedil Sud s.r.l., cui affidò l'esecuzione delle opere indicate nel verbale di assemblea condominiale del 24 ottobre 1988. I lavori vennero iniziati in data 21 febbraio 1989.

In seguito a ricorso della Coedil Sud s.r.l., il presidente del Tribunale di Avellino, con decreto in data 30 ottobre 1997, ingiunse a N.I. il pagamento della somma di L. 72.024.951 per accollo spese individuali secondo il quarto stato di avanzamento lavori redatto dall'arch. D.G.E., progettista, in data 14 maggio 1990.

Avverso il decreto ingiuntivo propose opposizione la N., contestando la sussistenza dei presupposti per l'emissione del decreto ed eccependo che le opere erano state eseguite in contrasto con quanto richiesto dai condomini. Concluse chiedendo che il Tribunale: dichiarasse risolto il contratto di appalto per grave inadempimento dell'impresa, con condanna della stessa al risarcimento dei danni quantificati nella somma di L. 720.000.000; dichiarasse risolto il rapporto professionale con l'arch. D.G.;

annullasse il contratto di appalto, in quanto concluso con dolo dell'amministratore nei propri confronti; dichiarasse inapplicabile l'art. 11 del contratto di appalto sulle modalità di pagamento. La convenuta chiese inoltre l'autorizzazione alla chiamata in garanzia dell'arch. D.G. e di P.L., J. P., R.C., nella persona del di lei erede T.S.I., e la formazione delle tabelle millesimali della proprietà.

Autorizzata la chiamata in causa di P.L., dell'arch. D. G. e degli altri condomini, costoro, costituitisi in giudizio, contestarono le pretese della N..

Il Tribunale di Avellino, con sentenza in data 16 marzo 2002, ritenuta la natura rituale dell'arbitrato previsto dall'art. 12 del contratto di appalto, dichiarò la propria incompetenza a decidere, essendo la decisione della controversia devoluta alla cognizione del collegio arbitrale, e dichiarò la nullità del decreto ingiuntivo opposto, con compensazione tra le parti delle spese.

2. - Con atto del 13-17 marzo 2003 il Condominio (OMISSIS) adì la giustizia arbitrale per decidere sui seguenti quesiti:

risoluzione del contratto di appalto per inadempimento della Coedil Sud, rilascio immediato del cantiere, risarcimento dei danni per i maggiori costi derivati dall'abbandono dei lavori e per il mancato completamento delle opere ed il mancato utilizzo degli immobili. La Coedil Sud, nominato il proprio arbitro, chiese la chiamata in causa della N. per il pagamento della somma portata dal decreto ingiuntivo, annullato dal Tribunale di Avellino, e domandò la risoluzione del contratto di appalto per la esclusiva responsabilità del condominio, la condanna del condominio al pagamento dei corrispettivi maturati e non pagati ed il risarcimento di tutti i danni patiti e patiendi, nonché la condanna della condomina N. al pagamento della somma di Euro 37.197,78. Disposta la chiamata in causa, la N. si costituì reiterando le difese e le domande articolate dinanzi al Tribunale di Avellino. Su richiesta della N., venne autorizzata la chiamata in causa dell'arch.

D.G. e del geom. P., i quali, nel costituirsi, eccepirono l'incompetenza del collegio arbitrale, essendo il loro rapporto professionale diverso dal contratto di appalto.

Con lodo in data 28 dicembre 2005, gli arbitri, premesso di non condividere la qualificazione dell'arbitrato operata dal Tribunale di Avellino, affermarono la natura irrituale dell'arbitrato e, rispondendo ai quesiti, quali amichevoli compositori, dichiararono la risoluzione del contratto di appalto per inadempimento di non scarsa importanza della Coedil Sud; effettuate, quindi, le compensazioni tra i danni subiti dal

condominio e i crediti contrattuali della Coedil Sud, stabilirono che l'impresa appaltatrice restava obbligata al pagamento, in favore del condominio, della somma di Euro 15.000, oltre interessi; infine, regolarono le spese.

3. - Il lodo arbitrale è stato impugnato dinanzi alla Corte d'appello di Napoli ex art. 828 cod. proc. civ. , in via principale, dalla N. e, in via incidentale, dalla società Coedil Sud. Si sono costituiti il Condominio e il D.G..

La Corte d'appello di Napoli, con sentenza depositata il 23 luglio 2007, ha dichiarato la nullità del lodo, ha dichiarato risolto il contratto di appalto per grave inadempimento dell'impresa, ha condannato Coedil Sud alla rifusione, in favore della N., delle spese del giudizio arbitrale e della somma corrisposta a titolo di parcella al c.t.u., ha condannato Coedil Sud a versare alla N., a titolo di risarcimento del danno, la somma di Euro 1.374,81, oltre accessori, ed ha regolato le spese del grado.

3.1. - La Corte d'appello:

- ha rilevato che gli arbitri non potevano a loro volta pronunciarsi in ordine alla natura dell'arbitrato, affermandone la irritualità, e rendere la decisione come amichevoli compositori, essendo ciò precluso dalla sentenza precedente del Tribunale di Avellino, costituente giudicato, che ha riconosciuto, con statuizione condivisa e fatta propria dalla Corte distrettuale, la natura rituale della clausola compromissoria;
- ha ritenuto sussistente la legittimazione della N., in quanto condomina, a proporre l'impugnazione del lodo arbitrale a tutela di un interesse comune dei condomini;
- ha negato che la condomina N. avesse titolo a nominare, nel procedimento arbitrale, un ulteriore arbitro, dato che la nomina eseguita dal condominio era idonea a garantire anche la posizione della singola condomina;
- ha accolto l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dall'arch. D.G., in quanto terzo, per non avere questi mai sottoscritto alcuna clausola compromissoria;
- ha rilevato che la società appaltatrice non solo sospese le opere, nel luglio 1990, per un motivo (mancato pagamento dei lavori non compresi nel contributo) che, per espressa convenzione pattizia, non avrebbe mai potuto giustificare tale reazione, ma anche, in violazione delle disposizioni impartite dal direttore dei lavori, non predispose le provvidenze e non esegui i solai dei corpi A e B per evitare le infiltrazioni di acqua, cosi determinando gravi danni alla struttura e alle opere già eseguite;
- ha escluso - sulla scorta della espletata c.t.u. - che la N. sia debitrice della richiesta somma di Euro 37.197,78 a saldo dei lavori eseguiti ex art. 11 del capitolato di appalto;
- ha invece riconosciuto, a carico della impresa, i danni derivati dalla demolizione del parapetto e per la cattiva esecuzione dei discendenti delle acque piovane, quantificati dalla stessa N. in L. 2.200.000.

4. - Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello ha proposto ricorso la società Coedil Sud, con atto notificato il 22 novembre 2007, sulla base di otto motivi.

Hanno resistito, con separati atti di controricorso, la N. ed il Condominio (OMISSIS), i quali hanno, a loro volta, proposto ricorso incidentale, la N. con dieci motivi e il Condominio con quattro mezzi.

Il ricorso incidentale della N. è resistito dalla società Coedil Sud, e quello del Condominio dalla società Coedil Sud e dalla N..

In prossimità dell'udienza il Condominio ha depositato una memoria illustrativa e documenti.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Il ricorso principale ed i ricorsi incidentali devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ., essendo tutte le impugnazioni riferite alla stessa sentenza.

2. - Va esaminata la questione preliminare, sollevata d'ufficio nel corso della discussione della causa, circa l'ammissibilità o meno delle proposte impugnative del lodo per nullità dinanzi alla Corte d'appello di Napoli.

2.1. - Occorre a tale riguardo premettere che è pacifico che gli arbitri, interrogandosi preliminarmente sulla natura giuridica dell'arbitrato, lo hanno qualificato come arbitrato irrituale, così risolvendo la controversia tra le stesse in via esclusivamente negoziale, senza alcun coefficiente di eteronomia decisoria.

Va ricordato che l'impugnazione per nullità di un lodo dinanzi alla corte d'appello è proponibile, ai sensi dell'art. 828 cod. proc. civ., soltanto con riferimento agli arbitrati rituali, mentre, in caso di arbitrato irrituale, l'impugnazione predetta non può dirsi ammissibile, essendo legittimamente esperibile la sola azione per (eventuali) vizi del negozio, da proporre con l'osservanza delle norme ordinarie sulla competenza e del doppio grado di giurisdizione (Cass., Sez. 1, 22 novembre 2000, n. 15070; Cass., Sez. Lav., 26 marzo 2004, n. 6113; Cass., Sez. 1, 20 luglio 2006, n. 16718).

Questo principio si applica anche nel caso in cui l'impugnazione del lodo irrituale sia diretta a far valere la natura rituale della clausola compromissoria.

Infatti, agli effetti dell'individuazione del mezzo con cui il lodo va impugnato, ciò che conta è la natura dell'atto in concreto posto in essere dagli arbitri, più che la natura dell'arbitrato come previsto dalle parti; pertanto, se, come nella specie, sia stato pronunciato un lodo irrituale nonostante alcune delle parti sostengano di avere in realtà pattuito una clausola per arbitrato rituale, ne consegue che quel lodo è impugnabile, non dinanzi alla corte d'appello ex art. 828 cod. proc. civ., ma, appunto, secondo le norme ordinarie sulla competenza e con l'osservanza del doppio grado di giurisdizione, facendo valere i vizi di manifestazione della volontà negoziale (Cass., Sez. 1, 6 settembre 2006, n. 19129; Cass., Sez. 1, 24 marzo 2011, n. 6842).

Ne consegue che nella specie la Corte di Napoli, adita con le impugnazioni, in via principale ed incidentale, del lodo irrituale, avrebbe dovuto, In limine, dichiarare l'inammissibilità delle impugnazioni stesse.

3. - Pronunciando sui ricorsi, la sentenza impugnata va, pertanto, su conforme richiesta del pubblico ministero, cassata senza rinvio, ai sensi dell'art. 382 cod. proc. civ., u.c., perché le impugnazioni dinanzi alla Corte territoriale non potevano essere proposte.

Sussistono giustificati motivi per la compensazione tra le parti delle spese di lite, stante il rilievo d'ufficio della ravvisata ragione di inammissibilità.

P.Q.M.

La Corte, riuniti i ricorsi e pronunciando sugli stessi, cassa senza rinvio la sentenza impugnata perché le impugnazioni dinanzi alla Corte d'appello di Napoli di impugnativa per nullità del loro irrituale non potevano essere proposte. Dichiara compensate tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 24 ottobre 2013.

Depositato in Cancelleria il 8 novembre 2013

Cassazione civile sez. I, 17/10/2018, n. 26008

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Presidente -
Dott. TRICOMI Laura - Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - Consigliere -
Dott. PAZZI Alberto - rel. Consigliere -
Dott. CAMPESE Eduardo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
Sul ricorso n. 28875/2013 proposto da:
Associazione Collettività Meneghina, in persona del presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Salaria n. 400, presso lo studio dell'Avvocato Massimiliano De Luca, rappresentata e difesa dall'Avvocato Mariano Albanese giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
P.D.;
- intimato -

avverso la sentenza n. 1590/2013 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 12/4/2013;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 6/7/2018 dal cons. PAZZI ALBERTO;
lette le conclusioni scritte del P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SORRENTINO FEDERICO, che ha chiesto l'inammissibilità del ricorso.

FATTI DI CAUSA
1. Con lodo in data 1 luglio 2008 l'arbitro unico nominato in sede contrattuale definiva la controversia insorta fra l'Associazione Collettività Meneghina e P.D. rispetto al rapporto di locazione fra loro intercorso condannando quest'ultimo al pagamento della somma di Euro 9.300 oltre accessori per la morosità accumulata.
2. A seguito dell'impugnazione proposta dal P. la Corte d'Appello di Milano dichiarava, con sentenza del 20 febbraio 2013, la nullità del lodo pronunciato per violazione del principio del contraddittorio, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 9, poiché nelle missive inviate al conduttore non si faceva alcun riferimento all'imminente inizio del procedimento arbitrale né lo stesso aveva ricevuto notizia del suo successivo

svolgimento; in sede rescissoria il collegio dell'impugnazione constatava poi la mancanza di alcuna prova dell'inadempimento del conduttore e della sussistenza dei danni lamentati dall'associazione locatrice, di cui pertanto respingeva la domanda.

3. Ricorre per cassazione avverso questa pronuncia l'Associazione Collettività Meneghina, al fine di far valere quattro motivi di impugnazione.

L'intimato P.D. non ha svolto alcuna difesa.

Il Procuratore Generale ha depositato conclusioni scritte, ex art. 380 bis.1 c.p.c., sollecitando la declaratoria di inammissibilità del ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

4. Occorre preliminarmente constatare l'irritualità dell'intervenuta nomina nel corso del presente giudizio di un nuovo difensore in sostituzione del legale che aveva predisposto l'originario ricorso per cassazione.

Nella specie il giudizio arbitrale (in tema si vedano Cass., sez. U., n. 24153/ 2013, Corte Cost. n. 223/2013) è stato introdotto il 2 aprile 2008 e perciò prima del 4 luglio 2009, sicché in base al tenore dell'art. 83 c.p.c., comma 3, applicabile al caso di specie *ratione temporis* (cfr. L. n. 69 del 2009, artt. 45, comma 9 e art. 58), la nomina del nuovo difensore in sostituzione del già designato sarebbe potuta avvenire solo tramite atto pubblico o scrittura privata autenticata, ma non anche con memoria (cfr. Cass. 2460/2015) né, come è stato, tramite scrittura privata priva di autentica notarile (cfr. Cass. n. 1255/2018) inviata a mezzo posta raccomandata a questa Corte.

Il che tuttavia non ha alcun effetto sul presente giudizio, dato che la sopravvenuta rinuncia non produce alcun effetto sul giudizio di cassazione sia per il principio della cosiddetta *perpetuatio* dell'ufficio di difensore, sia perché il giudizio di legittimità è caratterizzato da uno svolgimento per impulso d'ufficio.

5.1 Il primo motivo denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 145 e 160 c.p.c.: la corte territoriale avrebbe erroneamente dichiarato la contumacia dell'Associazione Collettività Meneghina a seguito del perfezionamento della notifica dell'atto di citazione ai sensi dell'art. 143 c.p.c., con consegna dell'atto al Pubblico Ministero, senza tener conto che la notificazione era rivolta ad un soggetto, tale F.M., che non era il legale rappresentante dell'associazione né faceva parte della medesima, ma era stata semplicemente delegata a rappresentare la locatrice al momento della stipula del contratto di locazione; la notificazione, effettuata nei confronti di una persona che non aveva alcuna relazione con il destinatario, doveva considerarsi inesistente e quindi insanabile.

5.2 Il secondo mezzo assume la nullità del procedimento e della sentenza impugnata in conseguenza dell'inesistenza della notifica dell'atto introduttivo del giudizio, ai sensi dell'art. 164 c.p.c..

5.3 I motivi riguardano entrambi la violazione di norme processuali, debbono perciò essere ricondotti al disposto dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4 e vanno esaminati congiuntamente, in ragione della loro stretta connessione.

Le censure - nel vagliare le quali questa Corte, quale giudice del fatto processuale, ha accesso agli atti del procedimento al fine di verificare la fondatezza delle doglianze prospettate - sono infondate.

La corte distrettuale, dopo aver preso atto che l'impugnante aveva vanamente svolto approfondite ricerche per individuare la sede dell'associazione collettività meneghina, ha ritenuto la ritualità della notifica effettuata nei confronti di F.M. ("vista l'impossibilità di identificare il soggetto che ha rappresentato l'associazione alla stipula del contratto"), facendo implicito rinvio al combinato disposto dell'art. 145 c.p.c., u.c. e art. 143 c.p.c., comma 2.

L'impossibilità di eseguire la notificazione a norma dei primi due commi dell'art. 145 c.p.c. legittimava, ai sensi dell'art. 145 c.p.c., comma 3, il ricorso a forme alternative quali quelle previste dall'art. 143 c.p.c..

L'esame degli atti attesta poi che il presidente dell'associazione locatrice delegò, ai sensi dell'art. 6, lett. h), dello statuto, F.M. alla stipulazione del contratto di locazione con il P..

La persona fisica a cui era indirizzata la notifica effettuata nelle forme di cui all'art. 143 c.p.c. non era perciò estranea né all'associazione né al contratto di locazione de quo, ma aveva operato in rappresentanza della locatrice nel momento genetico del rapporto, senza considerare peraltro che ella protrasse queste sue funzioni, per quanto emerge dalla documentazione prodotta dalla stessa ricorrente, anche nella successiva fase patologica del negozio, dato che sembrerebbero riferibili proprio alla F. entrambe le missive inviate ("p. Associazione C. Meneghina") all'arbitro unico nominato in contratto con cui l'associazione odierna ricorrente assume di aver dato corso alla procedura arbitrale.

Può così ritenersi che la corte territoriale abbia correttamente constatato la ritualità del procedimento notificatorio eseguito nei confronti della persona che rappresentava l'ente locatore rispetto al rapporto negoziale instaurato con il P..

6.1 Con il terzo motivo la sentenza impugnata è censurata per violazione e falsa applicazione dell'art. 360 c.p.c., commi 3 e 4: la corte territoriale avrebbe erroneamente concesso, in occasione dell'udienza celebrata il 17 marzo 2009, un ulteriore termine per provvedere alla rinotifica dell'atto introduttivo, poiché a quella data il termine di impugnazione previsto dall'art. 828 c.p.c. era oramai scaduto e si doveva perciò necessariamente constatare l'inammissibilità del gravame.

6.2 Il motivo è infondato.

Al riguardo, una volta verificato che il termine di cui all'art. 828 c.p.c. alla data dell'udienza (17 marzo 2009) non era ancora perento, dato che la notifica del lodo si era perfezionata il 22 dicembre 2008 (data in cui la raccomandata spedita dall'Ufficiale giudiziario ex art. 140 c.p.c. è stata ricevuta dal P. e a cui è necessario avere riguardo, nel senso indicato da Corte Cost. n. 3/2010, per ritenere perfezionata la notifica nei confronti del destinatario), è sufficiente osservare che il rinnovo della notifica disposto dalla corte territoriale ai sensi dell'art. 291 c.p.c., comma 1, per giurisprudenza costante è applicabile al giudizio d'appello (cfr. Cass n. 10500/2018, Cass. n. 2061/1980) e perciò anche al giudizio di impugnazione di lodo arbitrale rituale (Cass. n. 13898/2014, Cass. n. 12544/2013), con la conseguenza che, provvedutosi a tale rinnovazione ed accertata la sua ritualità, resta preclusa la sanzione d'inammissibilità del gravame.

7.1 Il quarto motivo denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 9 essendo documentalmente insussistente la violazione del principio del contraddittorio opinata nella sentenza impugnata: la corte territoriale avrebbe interpretato in maniera inesatta il contenuto delle missive trasmesse dalla locatrice all'arbitro, dato che la prima introduceva il giudizio arbitrale mentre la seconda non aveva fatto

cenno all'inizio del procedimento arbitrale perché lo stesso era già in corso; la corte territoriale avrebbe poi erroneamente ritenuto che il conduttore non avesse ricevuto né la lettera del locatore con cui si sollecitava la decisione della controversia, né la raccomandata dell'arbitro con cui era assegnato termine per eventuali deduzioni, le quali in realtà erano state entrambe inviate dall'arbitro al P. senza che questi si curasse di curarne il ritiro.

7.2 Il motivo è inammissibile.

La corte territoriale ha ravvisato una violazione del principio del contraddittorio tanto nella fase di avvio del procedimento arbitrale, poiché l'Associazione Collettiva Meneghina aveva inviato missive che non facevano alcun riferimento all'imminente inizio di un procedimento arbitrale e alla sua volontà di dar vita al medesimo, quanto nel corso del suo svolgimento, dato che il conduttore non aveva ricevuto la raccomandata con cui la locatrice aveva sollecitato la decisione della controversia né la comunicazione dell'arbitro per mezzo della quale era stato assegnato alle parti un termine per eventuali deduzioni in vista della decisione finale.

La doglianza si fonda, per contestare il secondo rilievo compiuto dalla corte territoriale, su una produzione documentale che, ai sensi dell'art. 372 c.p.c., non può essere effettuata in questa sede per superare le lacune probatorie in cui l'impugnante è in precedenza incorso.

L'inammissibilità della censura mossa alla seconda *ratio decidendi*, distinta, autonoma e di per sè idonea a sorreggere la decisione su un piano logico e giuridico, rende poi inammissibili, per sopravvenuto difetto di interesse, le censure relative alla prima ragione esplicitamente fatta oggetto di doglianza, in quanto essa non potrebbe comunque condurre, stante l'intervenuta definitività dell'altra, alla cassazione della decisione stessa (Cass. n. 2108/2012).

8. In forza dei motivi sopra illustrati il ricorso va pertanto respinto.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, si dà atto della non sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 6 luglio 2018.

Depositato in Cancelleria il 17 ottobre 2018

Cassazione civile sez. I, 31/07/2020, n. 16553

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Presidente -
Dott. SAMBITO Maria Giovanna Concetta - Consigliere -
Dott. PARISE Clotilde - rel. Consigliere -
Dott. MARULLI Marco - Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso 18039/2014 proposto da:
Mitica Food S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Camerino n. 15, presso lo studio dell'avvocato Vicinanza Alessandra, rappresentata e difesa dall'avvocato Bia Raffaele, giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
Imet S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via G. Paisiello n. 55, presso lo studio dell'avvocato Scoca Franco Gaetano, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Zanuttigh Loriana, giusta procura a margine del controricorso e ricorso incidentale;
- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro
Mitica Food S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Camerino n. 15, presso lo studio dell'avvocato Vicinanza Alessandra, rappresentata e difesa dall'avvocato Bia Raffaele, giusta procura in calce al controricorso al ricorso incidentale;
- controricorrente al ricorso incidentale -

contro
Associazione Temporanea di Imprese, costituita tra il C.E.R. Consorzio Emiliano Romagnolo tra le Cooperative di Produzione e Lavoro - e la Imet S.r.l., e C.E.R. - Consorzio Emiliano Romagnolo tra le Cooperative di Produzione e Lavoro;
- intimati -

avverso la sentenza n. 96/2014 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 14/01/2014;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 22/06/2020 dal Cons. PARISE CLOTILDE.

FATTI DI CAUSA

1. Con lodo pronunciato anche secondo equità in data 5-3-2009 il Collegio arbitrale rigettava le richieste di risoluzione per inadempimento del contratto di appalto, stipulato il 16-11-2001 per la realizzazione di un opificio, avanzate sia dall'attrice committente Mitica Food s.r.l., sia dall'appaltatrice Associazione Temporanea di Imprese costituita tra il Consorzio Emiliano Romagnolo tra le Cooperative di produzione e lavoro (C.E.R.) e IMET s.r.l.. Il Collegio arbitrale, valutate comparativamente le doglianze di ciascuna parte, concludeva rilevando la sussistenza, nella fattispecie concreta, di un inadempimento bilaterale, in relazione al quale non era possibile valutare comparativamente le rispettive inadempienze, con l'effetto che la richiesta di risoluzione del contratto proposta da entrambe le parti dimostrava che esse non avevano più interesse alla prosecuzione del rapporto ed al completamento del programma comune delineato. Il Collegio arbitrale dava, dunque, atto dell'impossibilità dell'esecuzione dell'accordo per effetto della scelta ex art. 1453 c.c., comma 2, di entrambi i contraenti, ma la risoluzione non poteva essere giustificata per inadempimento delle parti. Inoltre, all'esito di indagine sia in ordine alle causali dell'istanza avanzata dall'attrice Mitica Food s.r.l. nel settembre 2002, ed accolta dalla Regione, per ottenere la proroga del termine per l'adempimento dell'opera ammessa al finanziamento pubblico a fondo perduto, e finalizzata ad evitare la decadenza dal beneficio, sia, e soprattutto, in ordine ai costi documentati dalla Mitica Food s.r.l. come pertinenti alla realizzazione dell'opera sovvenzionata e perciò considerati dall'Ente pubblico come giustificativi della spesa ed ammessi alla copertura concessa, il Collegio arbitrale riteneva che l'anticipazione versata dalla committente alle appaltatrici, in quanto conteggiata tra i costi da essa affrontati ed utilizzata per concorrere ai giustificativi della spesa complessiva ammessa al contributo pubblico a fondo perduto e divenuta, quindi, costo concorrente della beneficiaria per consentirle l'incasso integrale dell'importo finanziato, non potesse essere riconosciuta in restituzione all'attrice, non costituendo un pagamento di "indebito", fonte a suo carico di un depauperamento sine causa (art. 2041 c.c., comma 1).

2. Con sentenza n. 96/2014 pubblicata il 14-1-2014 la Corte d'appello di Milano ha rigettato l'impugnazione principale proposta da Mitica Food s.r.l. e l'impugnazione incidentale proposta da Associazione Temporanea di Imprese costituita tra il Consorzio Emiliano Romagnolo tra le Cooperative di produzione e lavoro (C.E.R.) e IMET s.r.l.. avverso il lodo arbitrale pronunciato in data 5-3-2009. In relazione all'impugnazione principale della Mitica Food s.r.l., la Corte territoriale ha affermato che: A) il Collegio arbitrale aveva esposto i motivi a sostegno della decisione di rigetto della domanda proposta da Mitica Food di restituzione delle somme versate a titolo di anticipazioni dalla committente Mitica Food s.r.l. alle convenute nel giudizio arbitrale, pari a 2.500 milioni di Lire; in particolare, dopo aver accertato che dette somme erano state conteggiate nel totale dei costi sottoposti alla Regione, il Collegio arbitrale aveva concluso per l'assenza di una causa di restituzione; B) tutti gli altri motivi di impugnazione principale erano infondati, atteso che il Collegio arbitrale aveva accertato l'insussistenza dell'indebito, si era pronunciato sulla domanda di

arricchimento senza causa e conseguente condanna di ripetizione d'indebito, e non era ravvisabile la violazione del contraddittorio denunciata, come risultava da quanto esposto nelle pag. n. 45 e 46 del lodo impugnato. La Corte d'appello ha, infine, ritenuto inammissibile anche l'impugnazione incidentale delle imprese appaltatrici, essendo finalizzata ad ottenere una diversa valutazione delle prove, e segnatamente delle fatture prodotte nel giudizio arbitrale.

3. Avverso questa sentenza, Mitica Food s.r.l. propone ricorso per cassazione, affidato a cinque motivi, nei confronti di IMET s.r.l., che resiste con controricorso e propone ricorso incidentale con un solo motivo, nonché nei confronti dell'Associazione Temporanea di Imprese e del Consorzio Emiliano Romagnolo tra le Cooperative di produzione e lavoro (C.E.R.), che sono rimasti intimati. Le parti costituite hanno depositato memorie illustrative.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso principale la Mitica Food s.r.l. lamenta "violazione e falsa applicazione dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 5, in relazione all'art. 823 c.p.c., comma 2, n. 5; art. 830 c.p.c.; artt. 1453,1458,2033 e 2041 c.c., nonché dei principi sulla caducazione del contratto per la sopravvenuta impossibilità di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti; art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.". Dopo aver riportato in ricorso le domande restitutorie avanzate con l'atto di accesso arbitrale (da pag. 18 a pag. 23), il contenuto del lodo nella parte di interesse (da pag. 23 a pag. 34), il primo motivo di impugnazione per nullità del lodo proposto avanti alla Corte d'appello (da pag. 34 a pag. 42) e le statuizioni della Corte d'appello nella parte di interesse (da pag. 42 a pag. 44), lamenta la ricorrente che la Corte di Appello abbia omesso di trarre le dovute conseguenze derivanti dalla caducazione del contratto. In particolare, richiama i principi espressi da questa Corte in tema di presupposti dell'azione di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c. e dell'azione di ingiustificato arricchimento (art. 2041 c.c.), nonché i principi in tema di caducazione del contratto non per inadempimento dell'una o dell'altra parte, ma per la sopravvenuta impossibilità di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti. Rimarca gli effetti rilevanti ai fini dell'art. 1458 c.c., in quanto ne consegue il ristabilimento tra le medesime parti della situazione anteriore alla stipula. Deduce che la domanda di ripetizione dell'indebito va azionata ogniqualvolta viene meno, per qualsiasi causa, la cd. *causa adquirendi*, atteso che il fondamento della ripetizione dell'indebito consiste nell'inesistenza della ragion d'essere del dovere della prestazione (tra le tante citate in ricorso Cass. n. 2956/2011 en. 13375/2013). Ad avviso della ricorrente principale, dunque, dal venir meno della *causa adquirendi*, in ragione dello scioglimento del contratto di appalto oggetto di causa per la sopravvenuta impossibilità di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti, derivano in via naturale il ripristino della situazione anteriore alla stipula e la restituzione degli acconti versati. Adduce, pertanto, che: A) il venir meno del contratto di appalto per la sopravvenuta impossibilità di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti (ai sensi dell'art. 1453 c.c.) ha comportato il conseguente venir meno della cd. *causa adquirendi*; B) il venir meno della cd. *causa adquirendi* giustifica pienamente e di per sé la ripetizione di quanto pagato dalla Mitica Food S.r.l. alle controparti in forza del contratto sciolto, posto che va ripristinata tra le

medesime parti la situazione anteriore alla stipula ex art. 1458 c.c., risultando ormai mancante la ragion d'essere dell'effettuata prestazione; C) verificatosi il presupposto della mancanza della cd. *causa adquirendi*, deve conseguirne la ripetizione a favore della Mitica Food S.r.l. degli acconti indebitamente versati alle controparti (art. 2033 c.c.) per l'ingente importo di Euro 1.549.370,69, trattandosi, peraltro, di prestazioni effettuate in denaro; D) erroneamente la Corte di Appello ha considerato rilevante la carenza di un attuale depauperamento in capo alla Mitica Food s.r.l., per avere la stessa ottenuto il rimborso regionale delle somme chieste in ripetizione, al fine di giustificare il rigetto anche dell'azione restitutoria di cui al lodo del 05.03.2009, atteso che la persistenza di un attuale depauperamento rappresenta un requisito sotteso all'azione di indebito arricchimento ex art. 2041, ma non anche all'azione restitutoria ex art. 2033 c.c..

2. Con il secondo motivo lamenta "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti in riferimento alla caducazione del contratto di appalto per la sopravvenuta impossibilità di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti, nonché in riferimento al pagamento, indebito, della somma di Euro 1.549.370,69 effettuato dalla Mitica Food s.r.l. a titolo di acconto prezzo sull'appalto; motivazione carente, inadeguata, contraddittoria ed incongrua in relazione ai motivi di impugnazione del lodo; art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5". Allega che la Corte d'appello, sempre nella parte relativa alla decisione sul primo motivo di impugnazione del lodo, ha ritenuto corretto l'operato del Collegio arbitrale nella misura in cui è stata rigettata l'azione di ripetizione dell'indebito per assenza della causa che la giustifica, poiché nel lodo si dà atto che la Mitica Food s.r.l.,

ha ottenuto da parte della Regione Basilicata il rimborso degli anticipi versati alle appaltatrici e richiesti con l'azione di ripetizione. Ad avviso della ricorrente, la suddetta motivazione, relativa al primo motivo di impugnazione del lodo nella parte in cui si denunciava la carenza di motivazione con riguardo alla erronea assunzione del rimborso quale presupposto dell'azione restitutoria, è inadeguata, contraddittoria ed incongrua, in quanto non consente "la individuazione dell'iter argomentativo e della logica sottesa alla decisione concretamente assunta dal Collegio arbitrale" (pag.50 ricorso).

3. Con il terzo motivo lamenta "violazione e falsa applicazione dell'art. 823 c.p.c., art. 829 c.p.c., comma 1, n. 12, art. 830 c.p.c.; artt. 1453,1458,2033 e 2041 c.c., nonché dei principi sulla caducazione del contratto per la sopravvenuta impossibilita di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti; omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti con riferimento alle domande restitutorie proposte dalla Mitica Food in conseguenza della caducazione del contratto di appalto, nonchè in riferimento al pagamento, indebito, della somma di Euro 1.549.370,6.9 effettuato dalla Mitica Food s.r.l. a titolo di acconto prezzo sull'appalto; motivazione carente, inadeguata, contraddittoria ed incongrua in relazione ai motivi di impugnazione del lodo; art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 e 5". Dopo aver riportato nel ricorso il secondo motivo di impugnazione del lodo (da pag. 51 a pag.53) e la decisione della Corte d'appello sul punto (da pag. n. 53 a pag. n. 55) allega che il secondo motivo di impugnazione non è stato correttamente qualificato dalla Corte territoriale, la cui decisione, ad avviso della ricorrente principale, "non convince" (pag. 56 ricorso). Ribadisce che il secondo motivo di impugnazione mirava a censurare il lodo sotto il profilo della nullità siccome "non ha pronunciato su alcuna delle domande (...) proposte dalle parti" (art. 829 c.p.c., comma 1, n. 12) e, in particolare, sulle azioni restitutorie collegate alla risoluzione del contratto

(art. 1458 c.c.), e al pagamento dell'indebito (art. 2033 c.c.). Ribadisce che il Collegio arbitrale aveva in realtà omesso di pronunciarsi sulle azioni restitutorie proposte dall'attrice, non potendo queste ultime reputarsi "assorbite" dal preteso accertamento dei presupposti suscettibili di determinare la fattispecie dell'arricchimento senza causa. La Corte di Appello, ad avviso della ricorrente principale, ha fornito una motivazione obiettivamente incomprensibile a fondamento del rigetto, non avendo attinenza con la censura il rilievo secondo cui la domanda di restituzione delle prestazioni eseguite sarebbe stata sollevata dalla Mitica Food S.r.l. in relazione "alla richiesta domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e non anche in relazione alla residua domanda di arricchimento senza causa". Ribadisce l'autonomia della domanda di restituzione avanzata dalla Mitica Food s.r.l. al punto 4 delle conclusioni dell'atto di accesso arbitrale, e censura il ragionamento della Corte di Appello perché certamente erroneo e contraddittorio, non essendo stati esaminati nel lodo i presupposti rilevanti ai fini della sussistenza o meno dell'indebito, ma solo il mancato depauperamento della Mitica Food S.r.l., sicché era sussistente "il vizio ex art. 829 c.p.c., comma 1, n. 12, del lodo e la violazione della medesima norma da parte della sentenza appellata, la quale, peraltro, non risulta affatto adeguatamente e correttamente motivata rispetto al secondo motivo di impugnazione del lodo in precedenza riportato" (pag. 60 ricorso). Lamenta, altresì, che la sentenza impugnata sia stata resa in violazione delle norme (artt. 1453,1458,2033 e 2041 c.c.) e dei principi anche con riferimento al primo motivo di gravame e ripropone le medesime deduzioni in diritto espresse al termine dell'illustrazione del primo motivo (pag. 48 ricorso). 4. Con il quarto motivo lamenta "violazione e falsa applicazione dell'art. 823 c.p.c., art. 829 c.p.c., comma 1, n. 5, art. 830 c.p.c..; artt. 1453,1458,2033 e 2041 c.c., nonché dei principi sulla caducazione del contratto per la sopravvenuta impossibilità di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti; omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti con riferimento alle domande restitutorie proposte dalla Mitica Food in conseguenza della caducazione del contratto di appalto, nonché in riferimento al pagamento, indebito, della somma di Euro 1.549.370,69 effettuato dalla Mitica Food s.r.l. a titolo di acconto prezzo sull'appalto; motivazione carente, inadeguata, contraddittoria e incongrua in relazione ai motivi di impugnazione del lodo; art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 e 5". Deduce, riportando nel ricorso il quinto motivo di impugnazione del lodo, che la sentenza impugnata è viziata in quanto: A) rende una motivazione contraddittoria, non corrispondendo al vero che il Collegio arbitrale si fosse puntualmente pronunciato su tutte le domande, come assume emergere dalle numerose censure sollevate nei precedenti motivi di ricorso; B) è frutto di un ragionamento assolutamente incoerente, in quanto considera la domanda di condanna alla ripetizione dell'indebito come "conseguente" a quella di arricchimento senza causa, ed invece il tenore della domanda di restituzione promossa dalla Mitica Food S.r.l. al punto 4 delle conclusioni dell'atto di accesso arbitrale aveva una autonoma consistenza e dignità rispetto a quella di arricchimento senza causa, poiché si chiedeva "in ogni caso" la condanna delle controparti "alla restituzione in favore della Mitica Food S.r.l. di tutto quanto indebitamente percepito a titolo di acconto prezzo lavori"; B) la Corte d'appello omette del tutto di considerare che, con riguardo alle azioni restitutorie proposte con l'atto di accesso al giudizio arbitrale, il Collegio arbitrale non aveva preso in considerazione i presupposti idonei a integrare le fattispecie degli artt. 1458 e 2033 c.c. e doveva procedersi alla restituzione

delle prestazioni eseguite, segnatamente alla restituzione delle somme versate alle convenute dalla Mitica Food a titolo di acconto.

5. Con il quinto motivo la ricorrente lamenta "violazione e falsa applicazione dell'art. 823 c.p.c., art. 829 c.p.c., n. 5 e 12, art. 830; nonché degli artt. 115 e 116 c.p.c. in tema di valutazione delle risultanze probatorie in base al principio del libero convincimento del giudice; omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti con particolare riferimento alla documentazione che, ad avviso del giudice di appello, proverebbe il rimborso da parte della regione Basilicata a favore della Mitica Food delle somme da quest'ultima versate alla appaltatrice art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 e 5". Premette la Mitica Food S.r.l. di non aver ricevuto il rimborso degli acconti versati alle appaltatrici con la sovvenzione a fondo perduto concessa della Regione Basilicata per l'intervento industriale effettuato in Melfi, a differenza di quanto affermato dal lodo e recepito dalla Corte di Appello. Ribadisce di aver formulato in via estremamente gradata la domanda di restituzione dell'acconto prezzo pagato alle appaltatrici, nella misura di Euro 1.549.370,69, quanto meno a titolo di ingiustificato arricchimento delle medesime. Nel riportare in ricorso il corrispondente motivo di impugnazione del lodo, copia di un documento che assume rilevante e già depositato nel giudizio arbitrale (da pag. 71 a pag. a pag. 83), una relazione della Sigmagest s.p.a. prodotta nel giudizio avanti alla Corte d'appello (da pag. 83 a pag. 92), la parte di interesse della motivazione della sentenza impugnata (da pag. 92 a 94), assume che la suddetta motivazione non sia affatto appagante, ricorrendo il vizio di insufficiente motivazione, e richiama la giurisprudenza di questa Corte in tema di prudente apprezzamento delle prove. Conclude affermando che dalla documentazione richiamata, ossia dall'elenco delle fatture a stato finale e dalla relazione Sigmagest s.p.a., risulta che nessun rimborso ha ottenuto la Mitica Food s.r.l. con riferimento alle somme controverse.

6. I primi quattro motivi di ricorso principale possono esaminarsi congiuntamente per la loro connessione, involgendo tutti, sotto i vari profili giuridici prospettati, in buona sostanza gli effetti della dedotta risoluzione del contratto d'appalto e la domanda di restituzione delle anticipazioni versate dalla committente alle imprese appaltatrici.

6.1. Occorre premettere che la convenzione d'arbitrato è contenuta nel contratto di appalto del 16-11-2001 e che si tratta di arbitrato secondo equità, essendo, perciò, gli arbitri svincolati, nella formazione del loro convincimento, dalla rigorosa osservanza delle regole del diritto oggettivo, avendo facoltà di utilizzare criteri, principi e valutazioni di prudenza e opportunità che appaiano i più adatti ed equi, secondo la loro coscienza, per la risoluzione del caso concreto, restando così preclusa, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 2, ultima parte, l'impugnazione per nullità del lodo di equità per violazione delle norme di diritto sostanziale, o, in generale, per *errores in iudicando*, che non si traducano nell'inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, dettate a tutela di interessi generali e perciò non derogabili dalla volontà delle parti, né suscettibili di formare oggetto di compromesso (Cass. n. 16755/2013).

Inoltre, secondo l'orientamento di questa Corte, a cui il Collegio intende dare continuità, l'inammissibilità dell'impugnazione del lodo arbitrale per inosservanza di regole di diritto, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 2, nel caso in cui le parti abbiano autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità, sussiste anche qualora gli arbitri abbiano in concreto applicato norme di legge, ritenendole corrispondenti alla soluzione equitativa

della controversia, non risultando, per questo, trasformato l'arbitrato di equità in arbitrato di diritto (Cass. n. 23544/2013).

Alla stregua di detti principi devono, pertanto, scrutinarsi le censure svolte dalla ricorrente principale con i primi quattro motivi, che sono in parte inammissibili e in parte infondati.

6.2. Il primo motivo di ricorso, con cui la ricorrente principale si limita, sostanzialmente, a riproporre il primo motivo di impugnazione svolto, ai sensi dell'art. 829, n. 5, nel precedente grado di giudizio, è da ritenersi ammissibile nella parte in cui denunzia quel vizio di nullità, anche se si tratta di arbitrato secondo equità, in quanto l'art. 829 c.p.c., n. 5, richiama l'art. 823, n. 5, dello stesso codice, il quale, nel disporre che il lodo deve contenere l'esposizione sommaria dei motivi, non distingue tra lodo pronunciato secondo diritto e quello pronunciato secondo equità; ne consegue che anche quest'ultimo può essere impugnato per la mancata esposizione sommaria dei motivi, ossia per totale carenza di motivazione o per una motivazione che non consenta di comprendere la ratio della decisione e di apprezzare se l'iter logico seguito dagli arbitri, per addivenire alla soluzione adottata, sia percepibile e coerente (Cass. n. 16755/2013).

Occorre, altresì, rimarcare che, in sede di ricorso per cassazione avverso la sentenza che abbia deciso sull'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, questa Corte non può apprezzare direttamente il lodo arbitrale, ma solo la decisione impugnata, nei limiti dei motivi di ricorso relativi alla violazione di legge e ai vizi motivazionali, nelle ipotesi di cui al novellato art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, applicabile nella specie *ratione temporis* e con gli ulteriori limiti di cui si dirà esaminando i motivi secondo, terzo e quarto.

6.2.1. Ciò posto, il primo motivo, nella parte in cui denuncia la carenza di motivazione del lodo, è infondato, avendo la Corte d'appello, con idoneo percorso argomentativo, affermato che sia comprensibile la *ratio decidendi* espressa nella decisione arbitrale, il cui esame diretto non è consentito a questa Corte, per quanto appena precisato. Infatti, la Corte territoriale, nel riportare testualmente nella sentenza le parti di rilevanza di detta decisione, ha affermato che il Collegio arbitrale: 1) aveva rigettato le contrapposte domande di risoluzione, avendo le parti dimostrato di non avere più interesse alla prosecuzione del rapporto; 2) aveva esposto i motivi a sostegno della decisione di rigetto della domanda proposta da Mitica Food s.r.l. di restituzione delle somme versate alle appaltatrici a titolo di anticipazioni, pari a 2.500 milioni di lire, in particolare accertando che dette somme erano state conteggiate nel totale dei costi sottoposti alla Regione Basilicata per ottenere una sovvenzione a fondo perduto, effettivamente di seguito ottenuta da Mitica Food s.r.l.; 3) aveva concluso per l'assenza di una causa di restituzione, non avendo la pretesa della committente un fondamento accettabile e mirando, anzi, ad un indebito arricchimento della stessa.

6.2.2. Il motivo è inammissibile nella parte in cui censura la decisione arbitrale, tramite la sentenza impugnata, per violazione degli artt. 1453,1458,2033 e 2041 c.c., nonché per violazione dei principi sulla caducazione del contratto per la sopravvenuta impossibilità di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti. Ciò in base al principio secondo cui è preclusa, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 2, ultima parte, l'impugnazione per nullità del lodo di equità per violazione delle norme di diritto sostanziale, o, in generale, *per errores* in iudicando, che non si traducano, come certamente non è nella specie, nell'inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, dettate a tutela di interessi generali e perciò non

derogabili dalla volontà delle parti, né suscettibili di formare oggetto di compromesso (Cass. n. 16755/2013 citata).

6.3. Il secondo motivo è inammissibile.

In disparte ogni considerazione sulla non corrispondenza della denuncia di "motivazione carente, inadeguata, contraddittoria e incongrua" al paradigma legale vigente, e applicabile nella specie, di cui al novellato art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, il "fatto" il cui esame la ricorrente denuncia come omesso è la caducazione del contratto di appalto, mentre all'evidenza non si tratta di un fatto storico, ma piuttosto di un effetto giuridico, che la ricorrente assume dover derivare dalla dedotta risoluzione.

Sotto ulteriore profilo, si rileva che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (tra le tante Cass. n. 2985/2018), è inammissibile la denuncia del vizio ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, con il quale il ricorrente riproponga questioni di fatto già oggetto della decisione arbitrale, atteso che il controllo della Suprema Corte non può mai consistere nella rivalutazione dei fatti, neppure in via di verifica della adeguatezza e congruenza dell'iter argomentativo seguito dagli arbitri. Si è detto che, secondo quanto affermato dalla Corte territoriale, il Collegio arbitrale era pervenuto ad escludere la sussistenza della causa giustificativa della restituzione, essendo, per converso, giustificato il pagamento delle anticipazioni da parte di Mitica Food s.r.l. alle appaltatrici, sulla base di una serie di fatti che aveva accertato (sovvenzione a fondo perduto ottenuta da Mitica Food s.r.l. dalla Regione Basilicata che comprendeva gli anticipi versati dalla committente alle appaltatrici e richiesti, a vario titolo, con le azioni proposte dall'attrice) e che non possono essere mai rivalutati da questa Corte, neppure sotto il residuale profilo motivazionale precisato.

6.4. Anche i motivi terzo e quarto sono inammissibili.

La ricorrente principale, nel denunciare vizi di violazione di legge e motivazionali, svolge doglianze, in buona sostanza, ripetitive del primo e del secondo motivo, svolgendo critiche confuse e generiche, senza specifica attinenza al *decisum* ed estranee al paradigma del vizio motivazionale. Adduce, infatti, che la motivazione della sentenza impugnata "non convince"(terzo motivo), o è frutto di un ragionamento incoerente (quarto motivo), nonché lamenta, genericamente, omessa pronuncia, nel lodo, sulla domanda di ripetizione d'indebito, autonoma rispetto a quella di arricchimento senza causa. Va ribadito che, in base a quanto chiaramente afferma la Corte territoriale, il Collegio arbitrale aveva rigettato tutte le domande, ritenendo che la causa del pagamento delle anticipazioni alle appaltatrici fosse sussistente, in virtù dell'ottenimento della sovvenzione a fondo perduto di cui più volte si è detto.

Resta da aggiungere che tutti i motivi di impugnazione del lodo, come riportati nella sentenza impugnata, sotto tale profilo non specificamente censurata, sono stati esaminati dalla Corte territoriale, nonché da ribadire, quanto ai denunciati vizi di violazione di legge, le considerazioni di cui ai paragrafi che precedono (in particolare p.6.2.2.).

7. Parimenti inammissibile è il quinto motivo.

7.1. Nel dolersi della valutazione delle risultanze probatorie e dell'omesso esame di un documento, non prodotto nel giudizio arbitrale ma nel giudizio impugnatorio dinanzi alla Corte d'appello, assume la ricorrente principale di non aver ricevuto "il rimborso" delle anticipazioni versate alle appaltatrici con la sovvenzione regionale a fondo perduto.

Richiamate le considerazioni espresse nei paragrafi che precedono in
ordine ai limiti impugnatori della decisione arbitrale, in generale, e di quella arbitrale per equità, in particolare, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte la valutazione dei fatti dedotti dalle parti nel giudizio arbitrale e delle prove acquisite nel corso del procedimento non può essere contestata per mezzo dell'impugnazione per nullità del lodo (Cass. n. 13968/2011 e Cass. n. 17097/2013 citata anche nella sentenza impugnata).

8. Con l'unico motivo di ricorso incidentale la IMET s.r.l. lamenta "Violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5, omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio (l'attività e le prestazioni effettivamente eseguite da ATI-CER-IMET) che è stato oggetto di discussione tra le parti". Deduce la IMET s.r.l. che era stata errata la valutazione delle prove da parte del Collegio arbitrale, il quale aveva ritenuto che le fatture prodotte in giudizio dalle imprese aggiudicatrici fossero prive di efficacia probatoria in ordine alle prestazioni effettuate. Richiama le circostanze di fatto e i documenti indicati nell'impugnazione incidentale avanti alla Corte d'appello e deduce che, qualora, come nella specie, l'iter argomentativo espresso nel lodo sia del tutto inaccettabile, è sindacabile la valutazione dei fatti e delle prove acquisite nel corso del giudizio arbitrale.

8.1. Premesso che sussiste la legittimazione all'impugnazione incidentale di Imet s.r.l., in quanto parte processuale nel precedente grado di giudizio, dovendo così disattendersi l'eccezione sollevata dalla ricorrente principale, sono inammissibili sia le censure sull'iter argomentativo del lodo, del tutto genericamente espresse e solo in relazione alla valutazione delle prove e dei fatti, sia quelle dirette a contestare la suddetta valutazione, e ciò in base alle considerazioni espresse nel p.7.1.

9. In conclusione, il ricorso principale deve essere rigettato e il ricorso incidentale deve dichiararsi inammissibile.

10. Le spese del presente giudizio possono essere compensate, considerata la reciproca soccombenza.

11. Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente principale e della ricorrente incidentale, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto, rispettivamente, per il ricorso principale e per quello incidentale, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis, ove dovuto (Cass. S.U. n. 5314/2020).

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale e dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente giudizio. Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente principale e della ricorrente incidentale, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto, rispettivamente, per il ricorso principale e per quello incidentale, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis, ove dovuto.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 22 giugno 2020.

Depositato in Cancelleria il 31 luglio 2020

Cassazione civile sez. I, 03/04/2020, n. 7681

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Presidente -
Dott. IOFRIDA Giulia - rel. Consigliere -
Dott. NAZZICONE Loredana - Consigliere -
Dott. SCALIA Laura - Consigliere -
Dott. CAMPESE Eduardo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso 15138/2014 proposto da:
T.F., domiciliata in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria Civile della Corte di Cassazione, rappresentata e difesa dall'avvocato Forte Bruno, giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
Snai S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Federico Cesi n. 44, presso lo studio dell'avvocato Molinaro Luigi, rappresenta e difesa dall'avvocato Caroselli Attilio, giusta procura in calce al controricorso;
- controricorrente -

contro
Curatela Fallimentare di T.F.;
- intimata -

avverso la sentenza n. 480/2013 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 27/03/2013;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 18/02/2020 dal cons. Dott. IOFRIDA GIULIA.

FATTI DI CAUSA
La Corte d'appello di Firenze, con sentenza n. 480/2013, depositata in data 27/3/2013, ha respinto l'impugnazione proposta da T.F. per nullità del lodo arbitrale (arbitrato rituale), sottoscritto in data 20/10/2008, con il quale era stata decisa dal Collegio arbitrale nominato la controversia insorta tra T.F., titolare all'epoca di agenzia autorizzata per la raccolta delle scommesse sportive, e la SNAI spa, in ordine all'esecuzione del

contratto, sottoscritto inter partes nel 2000, relativo al servizio di raccolta e gestione delle scommesse sportive in (OMISSIS), dichiarando risolto il contratto, per inadempimento consistito nell'illegittimo recesso dal contratto da parte della T., con interruzione del collegamento telematico con il server SNAI e cessazione dell'uso dei beni e servizi concessi alla stessa in funzione del servizio di raccolta delle scommesse, e condannando la stessa T. al risarcimento dei danni.

Avverso la suddetta pronuncia, T.F. propone ricorso per cassazione, affidato a tre motivi, nei confronti della SNAI spa (che resiste con controricorso) e del Fallimento T.F., dichiarato con sentenza del marzo 2014, su istanza della creditrice SNAI (che non svolge difese). La ricorrente ha depositato documenti (in particolare, Sentenza della Corte d'appello di Roma del 2015, che ha revocato la sentenza di fallimento del Tribunale di Frosinone del 2014).

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. La ricorrente, premettendo di essere legittimata all'impugnazione, malgrado l'intervenuto fallimento, stante l'inerzia degli organi del fallimento, lamenta: 1) con il primo motivo, la violazione e falsa applicazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3 c.p.c., degli artt. 1965 e 1976 c.c. e art. 829 c.p.c., n. 4, in relazione al mancato accoglimento del motivo di impugnazione concernente l'improcedibilità dell'arbitrato per intervenuta cessazione della materia del contendere, a fronte di una intervenuta transazione tra le parti, in conseguenza dell'accettazione da parte di SNAI della proposta di accordo trasmessa dalla T. il 4/10/2006; 2) con il secondo motivo, la nullità del lodo per omessa pronuncia, ex art. 360 c.p.c., n. 4, in violazione degli artt. 99 e 112 c.p.c., in ordine alla qualificazione giuridica del contratto inter partes, avendo la T., con l'impugnazione del lodo, contestato altresì la qualificazione del negozio giuridico operata dal Collegio arbitrale, in termini di contratto di somministrazione, anziché di appalto di servizi; 3) con il terzo motivo, l'omesso esame, ex art. 360 c.p.c., n. 5, di fatto decisivo, sempre rappresentato dalla qualificazione giuridica del contratto inter partes in termini di appalto di servizi, anziché di somministrazione, come ritenuto dal Collegio arbitrale.

2. Preliminarmente, va ribadito il principio secondo cui, al fine di verificare se la sentenza della Corte di appello sia affetta da violazioni di legge ex art. 360 c.p.c., n. 3 (entro i cui confini è circoscritta la nullità del lodo arbitrale per inosservanza delle regole *in judicando*) ed adeguatamente motivata in relazione ai motivi di impugnazione del lodo, questa Corte non può apprezzare direttamente il lodo arbitrale, ma solo la decisione emessa dalla Corte di appello. Infatti, il sindacato di legittimità va condotto esclusivamente attraverso il riscontro della conformità a legge e della logicità della motivazione della sentenza che ha deciso sull'impugnazione del lodo, non potendo riguardare il convincimento espresso dalla Corte del merito sulla correttezza e congruità della ricostruzione dei fatti e della valutazione degli elementi istruttori operata dagli arbitri (Cass. n. 15086/2012; n. 2201, n. 6028 e n. 6986 del 2007, quest'ultima nel senso che la Cassazione non può sindacare la soluzione delle questioni di merito da parte del giudice della impugnazione del lodo; Cass. 19324/2014).

Ulteriore principio da ribadire è quello secondo cui la denuncia di nullità del lodo arbitrale, in quanto ancorata agli elementi accertati dagli arbitri, postula l'allegazione esplicita dell'erroneità del canone di diritto

applicato rispetto a detti elementi e non è, pertanto, proponibile in collegamento con la mera deduzione di lacune d'indagine e di motivazione, che potrebbero evidenziare l'inosservanza di legge solo all'esito del riscontro dell'omesso o inadeguato esame di circostanze di carattere decisivo (v. Cass. 28997/2018; Cass. 19324/2014; Cass. n. 7259/2004, n. 5633/1999).

Inoltre, come più volte affermato sempre da questa Corte, "il giudizio di impugnazione arbitrale si compone di due fasi, la prima rescindente, finalizzata all'accertamento di eventuali nullità del lodo e che si conclude con l'annullamento del medesimo, la seconda rescissoria, che fa seguito all'annullamento e nel corso della quale il giudice ordinario procede alla ricostruzione del fatto sulla base delle prove dedotte; nella prima fase non è consentito alla Corte d'Appello procedere ad accertamenti di fatto, dovendo limitarsi all'accertamento delle eventuali nullità in cui siano incorsi gli arbitri, pronunciabili soltanto per determinati errori "in procedendo", nonché per inosservanza delle regole di diritto nei limiti previsti dal medesimo art. 829 c.p.c.; solo in sede rescissoria al giudice dell'impugnazione è attribuita la facoltà di riesame del merito delle domande, comunque nei limiti del "petitum" e delle "causa petendi" dedotte dinanzi agli arbitri, con la conseguenza che non sono consentite né domande nuove rispetto a quelle proposte agli arbitri, né censure diverse da quelle tipiche individuate dall'art. 829 c.p.c." (Cass. n. 20880 del 08/10/2010; conf. Cass. n. 12199 del 17/07/2012, Cass. n. 9387 del 16/04/2018).

3.Tanto premesso, la prima censura è inammissibile.

La Corte d'appello ha rilevato che, da un lato, l'eccezione di improcedibilità dell'arbitrato per intervenuta transazione avrebbe dovuto costituire oggetto di una difesa nel merito, nel procedimento arbitrale, non essendo idonea ad impedire una decisione nel merito della vertenza, laddove la T. aveva, invece, scelto di rimanere inerte (pur non essendo configurabile l'istituto della contumacia nel procedimento arbitrale, Cass. 8697/1998; Cass. 787/1999; Cass. 5835/2018) e che, dall'altro lato, tra i difensori delle due parti erano intercorse soltanto delle trattative per il bonario componimento della vertenza (che prevedevano l'immediata riattivazione dei servizi, di cui al contratto oggetto del recesso della T., ed il pagamento di una somma a titolo di danno durante il periodo di distacco), rimaste senza esito (non avendo la T. adempiuto), cosicché la SNAI aveva deciso di riassumere la procedura arbitrale, sospesa in ragione, appunto, della pendenza delle trattative.

Ora, l'art. 829 c.p.c. al n. 4 prevede che l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale è ammessa " se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'art. 817, comma 4, o ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso". La disposizione prevede poi che "la parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo".

Ora, la ricorrente non censura efficacemente la prima *ratio decidendi* della decisione impugnata, inerente l'inammissibilità dell'eccezione in quanto non sollevata nella prima difesa successiva alla violazione nell'ambito del procedimento arbitrale, limitandosi a denunciare che il Collegio arbitrale, a conoscenza dell'esito delle trattative, avrebbe dovuto dichiarare la conseguente improcedibilità.

4. Le successive due censure sono inammissibili.

La Corte d'appello, premesso che si verteva in ipotesi di arbitrato rituale, impugnabile nei limiti dell'art. 829 c.p.c., ha respinto tutti i motivi di nullità del lodo arbitrale sollevati (attinenti alla composizione del collegio arbitrale, alla violazione della clausola compromissoria, in quanto riferentesi esclusivamente alle controversie "in ordine all'interpretazione ed all'esecuzione dei rapporti contrattuali" e non comprensiva della risoluzione del contratto, alla violazione del principio del contraddittorio ed alla improcedibilità della procedura arbitrale per intervenuta cessazione della materia del contendere).

La Corte d'appello ha implicitamente rigettato, ritenendole inammissibili, le censure sollevate nel merito della decisione arbitrale.

Ora, non ricorre il vizio di omessa pronuncia, in quanto la ricorrente prescinde dall'orientamento di questa S.C. secondo cui la figura dell'assorbimento esclude il vizio di omessa pronuncia, in quanto il vizio di omessa pronuncia è configurabile solo con riguardo alla mancanza di una decisione da parte del giudice in ordine ad una domanda che richieda una pronuncia di accoglimento o di rigetto (l'omessa pronunzia continua a sostanziarsi nella totale carenza di considerazione della domanda e dell'eccezione sottoposta all'esame del giudicante, il quale manchi completamente perfino di adottare un qualsiasi provvedimento, quand'anche solo implicito, di accoglimento o di rigetto, invece indispensabile alla soluzione del caso concreto, Cass. n. 21257 del 2014) e va escluso ove ricorrano gli estremi di una reiezione implicita o di un suo assorbimento in altre statuizioni.

Non ricorre neppure il vizio di omesso esame di fatto, ex art. 360 c.p.c., n. 5, in quanto nella specie viene dedotta una mancata corretta qualificazione giuridica del contratto oggetto del lodo.

Sotto altro profilo, le censure risultano sempre inammissibili.

Invero, occorrendo distinguere tra giudizio rescindente e rescissorio, va rilevato che la T. non aveva preso parte al giudizio arbitrale, ragione questa per cui, non avendo in quella sede dedotto alcunché in ordine alla violazione delle regole interpretative del contratto, tale assenza di contestazione sul punto limitava anche l'ambito del giudizio rescindente, nel senso di non potervi includere la prospettata, ex novo, violazione.

La prospettazione della ricorrente risulta, nella sostanza, priva di decisività alla luce dei principi che regolano il giudizio arbitrale, sostanzialmente ignorati o pretermessi dalla stessa ricorrente laddove, erroneamente, invoca la diretta applicabilità di principi generali del giudizio ordinario all'impugnazione del lodo.

Il giudizio di impugnazione arbitrale si compone di due fasi, la prima rescindente, finalizzata all'accertamento di eventuali nullità del lodo e che si conclude con l'annullamento del medesimo, la seconda rescissoria, che fa seguito all'annullamento e nel corso della quale il giudice ordinario procede alla ricostruzione del fatto sulla base delle prove dedotte; nella prima fase non è consentito alla Corte d'Appello procedere ad accertamenti di fatto, dovendo limitarsi all'accertamento delle eventuali nullità in cui siano incorsi gli arbitri, pronunciabili soltanto per determinati errori "in procedendo", nonché per inosservanza delle regole di diritto nei limiti previsti dal medesimo art. 829 c.p.c.; solo in sede rescissoria al giudice dell'impugnazione è attribuita la facoltà di riesame del merito delle domande, comunque sempre nei limiti del "petitum" e delle "causae petendi" dedotte dinanzi agli arbitri, con la conseguenza che non sono consentite né domande nuove rispetto a quelle proposte agli arbitri, né censure diverse da quelle tipiche individuate dall'art. 829 c.p.c. (Cass.12430/2000; Cass. 20880/2010; Cass. 12199/2012).

Questa Corte (Cass. 23675/2013) ha poi affermato che "nel giudizio, a critica vincolata e proponibile entro i limiti stabiliti dall'art. 829 c.p.c., di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, vige la regola della specificità della formulazione dei motivi, attesa la sua natura rescindente e la necessità di consentire al giudice, ed alla controparte, di verificare se le contestazioni proposte corrispondano esattamente a quelle formulabili alla stregua della suddetta norma, mentre, in sede di ricorso per cassazione avverso la sentenza conclusiva di quel giudizio, il sindacato di legittimità, diretto a controllarne l'adeguata e corretta sua giustificazione in relazione ai motivi di impugnazione del lodo, va condotto soltanto attraverso il riscontro della conformità a legge e della congruità della motivazione stessa", cosicché "le censure proposte in cassazione non possono esaurirsi nel richiamo a principi di diritto, con invito a controllarne l'osservanza da parte degli arbitri e della corte territoriale, ma esigono un pertinente riferimento ai fatti ritenuti dagli arbitri, per rendere autosufficiente ed intellegibile la tesi per cui le conseguenze tratte da quei fatti violerebbero i principi medesimi, nonché l'esposizione di argomentazioni chiare ed esaurienti, illustrative delle dedotte inosservanze di norme o principi di diritto, che precisino come abbia avuto luogo la violazione ascritta alla pronuncia di merito".

Invero, l'impugnazione del lodo è un giudizio a critica vincolata proponibile entro i limiti stabiliti dall'art. 829 c.p.c. (Cass. n. 23675 del 18/10/2013) ed il quadro normativo di riferimento è circoscritto dagli artt. 827 c.p.c. e ss., di guisa che l'impugnazione del lodo resta soggetta anche alla disciplina e ai principi che regolano il giudizio di appello se ed in quanto compatibili (Cass. n. 13898 del 18/06/2014; Cass. n. 26008 del 17/10/2018).

Ora, la ricorrente deduce soltanto, rispetto alla decisione della Corte d'appello, una violazione processuale per omessa pronuncia o un vizio di omesso esame di fatto decisivo nella motivazione, ma non indica espressamente gli errori in procedendo addebitati al lodo, così da non consentire a questa Corte di verificare se tali contestazioni corrispondessero effettivamente ai casi di impugnabilità stabiliti dall'art. 829 c.p.c..

3. Per tutto quanto sopra esposto, va dichiarato inammissibile il ricorso.

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

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso; condanna la ricorrente al rimborso delle spese processuali del presente giudizio di legittimità, liquidate in complessivi Euro 5.000,00, a titolo di compensi, oltre Euro 200,00 per esborsi, nonché al rimborso forfetario delle spese generali, nella misura del 15%, ed agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 18 febbraio 2020.

Depositato in Cancelleria il 3 aprile 2020

Cassazione civile sez. un., 09/05/2016, n. 9284

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sez. -
Dott. NAPPI Aniello - rel. Consigliere -
Dott. CIRILLO Ettore - Consigliere -
Dott. BIANCHINI Bruno - Consigliere -
Dott. AMENDOLA Adelaide - Consigliere -
Dott. BRONZINI Giuseppe - Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -
Dott. DE STEFANO Franco - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso proposto da:
Comune di Taormina, in persona del sindaco pro tempore domiciliato in Roma, via Gaspare Gozzi 113, presso Fabiola Susanna Caroli, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Lo Schiavo, come da mandato a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
Centro assistenziale e di riabilitazione per anziani Villa Regina, domiciliato in Roma, via del Tritone 102, presso lo studio Nanna, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Vermiglio, come da mandato in calce al controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 193/2012 della Corte d'appello di Messina, depositata il 5 aprile 2012;
Sentita la relazione svolta dal Consigliere Dott. Aniello Nappi;
uditi i difensori, avv. Lo Schiavo per il ricorrente e avv. Vermiglio per il resistente;
Udite le conclusioni del P.M., Dott. BASILE Tommaso, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
Con la sentenza impugnata la Corte d'appello di Messina rigettò l'impugnazione proposta dal Comune di Taormina per la dichiarazione di nullità del lodo arbitrale pronunciato nella controversia insorta con il

Centro assistenziale e di riabilitazione per anziani Villa Regina in relazione alla convenzione stipulata tra le parti il 22 dicembre 2004.

Il comune aveva lamentato che, pur avendo dichiarato risolta la convenzione per inadempimento del Centro assistenziale, gli arbitri avevano rigettato la sua domanda di risarcimento dei danni e accolto invece la domanda riconvenzionale del Centro assistenziale di pagamento di corrispettivi per complessivi Euro 590.980,11, violando altresì il principio del contraddittorio.

La corte d'appello, dichiarate infondate le altre censure, ritenne inammissibile la deduzione di violazione delle norme di diritto relative al merito della controversia, in quanto la richiesta di arbitrato, pur fondata su una clausola compromissoria stipulata nel 2004, era stata proposta dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 40 del 2006, il cui art. 24 ha modificato l'art. 829 c.p.c. nel senso che "l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge", mentre una tale previsione delle parti non era contenuta nella clausola compromissoria stipulata dalle parti il 22 dicembre 2004. Il D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27 prevede infatti che anche l'art. 829 c.p.c. si applichi nella nuova formulazione ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato sia stata proposta dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina (2 marzo 2006), così escludendo l'applicabilità della sua precedente formulazione, che ammetteva l'impugnazione del lodo per violazione di regole di diritto, quando le parti non avessero autorizzato decisioni secondo equità né dichiarato il lodo non impugnabile.

Per la cassazione di questa sentenza ha proposto ricorso il Comune di Taormina sulla base di tre motivi d'impugnazione, cui resiste con controricorso il Centro assistenziale, che ha poi depositato memoria.

La Prima sezione civile di questa corte, cui il ricorso era stato assegnato, ne ha chiesto la rimessione alle Sezioni unite, avendo rilevato che è controverso in giurisprudenza se la nuova formulazione dell'art. 829 c.p.c. debba applicarsi anche quando la convenzione arbitrale sia stata stipulata prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 40 del 2006.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo il comune ricorrente lamenta sia un'erronea interpretazione della clausola compromissoria, che nella sua genericità includerebbe anche l'impugnabilità del lodo per violazione di norme di diritto, sia un'erronea applicazione dell'art. 829 c.p.c., comma 3, che risulterebbe costituzionalmente illegittimo ove inteso ad attribuire alla clausola controversa un significato diverso da quello che aveva al momento della sua sottoscrizione.

Con il secondo motivo il ricorrente deduce che il collegio arbitrale avrebbe fondato la propria decisione su documenti irritualmente acquisiti.

Con il terzo motivo il ricorrente si duole della condanna integrale alle spese pur in presenza di una decisione che aveva addebitato al Centro assistenziale la risoluzione della convenzione.

2.1- Il primo motivo del ricorso pone la questione sulla quale si è manifestato nella giurisprudenza di questa corte il contrasto denunciato dalla Prima sezione civile.

Come ben chiarisce l'ordinanza di rimessione, infatti, l'originario testo dell'art. 829, comma 2 prevedeva che, salvo deroghe convenzionali, i lodi arbitrali fossero sempre impugnabili per violazione di norme di diritto

sostanziali; mentre nel suo nuovo testo, introdotto dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 24, l'art. 829, comma 3 prevede all'opposto che l'impugnazione dei lodi arbitrali per violazione di norme di diritto sostanziali è ammessa solo "se espressamente disposta dalle parti o dalla legge". Sicché il silenzio delle parti stipulanti, che in origine rendeva impugnabile il lodo arbitrale anche per violazione delle norme di diritto sostanziali, con la sopravvenuta nuova formulazione esclude invece l'impugnabilità del lodo per tali motivi.

Secondo una parte della giurisprudenza tuttavia il D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, comma 4, che prevede l'applicazione delle nuove norme ai giudizi arbitrali promossi dopo il 2 marzo 2006, andrebbe interpretato in coerenza con il principio generale di irretroattività della legge e con gli artt. 3 e 24 Cost., con la conseguenza che il nuovo testo dell'art. 829 c.p.c., comma 3 non varrebbe a precludere l'impugnabilità per *errores in judicando* dei lodi arbitrali emessi sulla base di clausole compromissorie precedentemente stipulate (Cass., sez. 1, 19 aprile 2012, n. 6148, m.

622519, Cass., sez. 1, 3 giugno 2014, n. 12379, m. 631488, Cass., sez. 1, 18 giugno 2014, n. 13898, Cass., sez. 1, 19 gennaio 2015, n. 745, Cass., sez. 1, 19 gennaio 2015, n. 748, Cass., sez. 1, 28 ottobre 2015, n. 22007).

A questa interpretazione si è però opposto che il D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, comma 4 è "chiarissimo" laddove stabilisce che l'art. 829 c.p.c., nel suo nuovo testo, si applica "ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del predetto decreto, pur se riferita a clausola compromissoria stipulata in epoca anteriore" (Cass., sez. 6, 17 settembre 2013, n. 21205, m.

627936, Cass., sez. 1, 20 febbraio 2012, n. 2400, m. 621295, Cass., sez. 1, 25 settembre 2015, n. 19075, m. 636684). Sicché il nuovo testo dell'art. 829 c.p.c., comma 3 si applica anche ai lodi arbitrali emessi sulla base di clausole compromissorie stipulate prima del 2 marzo 2006.

2.2- Benché manifestatosi con riferimento all'interpretazione del D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, comma 4, il contrasto giurisprudenziale denunciato dalla Prima sezione civile deve trovare la sua soluzione nell'interpretazione dell'art. 829 c.p.c., comma 3.

Non sembra infatti discutibile l'inequivocabile portata della pur controversa norma transitoria, laddove prevede che le disposizioni del D.Lgs. n. 40 del 2006, artt. 21, 22, 23, 24 e 25 "si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente" al 2 marzo 2006, quand'anche sulla base di clausole compromissorie stipulate precedentemente, cui è esclusa l'applicabilità solo delle disposizioni del D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 20, relative a forma ed effetti delle convenzioni.

A tutti i giudizi arbitrali promossi dopo il 2 marzo 2006 si applica dunque anche l'art. 829 c.p.c., comma 3, come modificato dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 24 con la previsione che "l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge".

Occorre tuttavia domandarsi quale sia la "legge" la cui espressa previsione può rendere ammissibile l'impugnazione del lodo arbitrale anche "per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia".

E sembra ragionevole ritenere che questa legge debba avere i tre seguenti connotati.

Deve innanzitutto trattarsi ovviamente di una legge diversa dallo stesso art. 829 c.p.c., comma 3, che esclude certamente l'impugnabilità del lodo arbitrale per violazione delle norme di diritto sostanziali, ma ammette che a questa esclusione possano derogare altre norme di legge o la volontà delle parti.
Deve trattarsi in secondo luogo di una legge che disciplini la convenzione di arbitrato, perché è quella convenzione a definire, anche per volontà delle parti, i limiti di impugnabilità del lodo.
Deve trattarsi infine della legge vigente nel momento in cui la convenzione di arbitrato viene stipulata, perché è solo la legge vigente in quel momento che può ascrivere al silenzio delle parti un significato normativamente predeterminato.
Infatti il silenzio è un comportamento di per sé neutro; è solo il contesto normativo preesistente che può attribuirgli un particolare significato. Secondo quanto l'art. 1366 c.c., comma 2 dispone per l'interpretazione dei contratti, "le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso". E il silenzio è appunto un comportamento ambiguo (Cass., sez. 1, 10 aprile 1975, n. 1326, m.
374846, Cass., sez. 3, 3 giugno 1978, n. 2785, m. 392208), che può assumere un significato convenzionale solo in ragione del contesto anche normativo proprio del luogo e del momento dell'azione (Cass., sez. 3, 15 maggio 1959, n. 1442, m. 880789, Cass., sez. 2, 14 giugno 1997, n. 5363, m. 505200).
È certo possibile che una legge sopravvenuta privi di effetti una determinata convenzione contrattuale, ammessa nel momento in cui fu stipulata (Cass., sez. 3, 26 gennaio 2006, n. 1689, m. 587843).
Sicché si è ritenuto che "il divieto di arbitrato, previsto dal D.L. 11 giugno 1998, n. 180, art. 3, comma 2, (convertito con modificazioni dalla L. 3 agosto 1998, n. 267) per le controversie relative all'esecuzione di opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali, comporta l'inefficacia per il futuro delle clausole compromissorie già stipulate" (Cass., sez. 1, 27 aprile 2011, n. 9394, m. 617862). Ma non è possibile che una norma sopravvenuta ascriva al silenzio delle parti un significato convenzionale che le vincoli per il futuro in termini diversi da quelli definiti dalla legge vigente al momento della conclusione del contratto. Né vale osservare, come pure si è fatto, che le parti, consapevoli del sopravvenuto mutamento legislativo, possono rinnovare la convenzione, perché la conclusione della nuova convenzione richiederebbe il consenso di tutti gli stipulanti, anche di quelli eventualmente interessati al mantenimento del vincolo precedente.
Non è possibile dunque che al silenzio tenuto dalle parti nel momento in cui la convenzione di arbitrato fu stipulata venga attribuito un significato diverso da quello che vi ascriveva la legge vigente al momento della stipulazione.
Del resto è questa la ratio della stessa disciplina transitoria dettata dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, commi 3 e 4, che distinguono appunto tra norme disciplinanti le convenzioni e norme disciplinanti il giudizio di arbitrato. E poiché è la convenzione a definire i limiti di impugnabilità dei lodi, è alle norme che la disciplinano nel momento della stipulazione che occorre richiamarsi.
Né in questa prospettiva assume rilievo il mutamento di giurisprudenza intervenuto nel 2013, con il riconoscimento della natura giurisdizionale (Cass., sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24153, m. 627786), anziché negoziale (Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, m. 539100), dell'arbitrato rituale. Infatti la natura processuale

dell'attività degli arbitri non esclude che sia pur sempre la convenzione di arbitrato a determinare i limiti di impugnabilità dei lodi. Mentre la presenza di un'esplicita disciplina transitoria priva di rilevanza esclusiva il riferimento alla natura processuale degli atti per risolvere le questioni di diritto intertemporale.

2.3- Nel caso in esame la convenziona di arbitrato, essendo stata stipulata il 22 dicembre 2004, risultava dunque regolata dal previdente art. 829 c.p.c., comma 2, laddove prevedeva che "l'impugnazione per nullità è altresì ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile". Ed è questa la legge che, in applicazione del sopravvenuto nuovo testo dell'art. 829 c.p.c., comma 3, ammette l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, in mancanza di contraria previsione delle parti.

Sicché nel caso in esame, contrariamente a quanto affermato dai giudici del merito, è ammissibile l'impugnazione del lodo anche per *errores in judicando*.

Il primo motivo del ricorso del Comune di Taormina è dunque fondato e assorbente dei rimanenti due motivi. Il suo accoglimento comporta la cassazione della sentenza impugnata con rinvio alla Corte d'appello di Messina, che si atterrà al seguente principio di diritto:

"In applicazione della disciplina transitoria dettata dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, l'art. 829 c.p.c., comma 3, come riformulato dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 24, si applica nei giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto, ma la legge cui lo stesso art. 829 c.p.c., comma 3 rinvia, per stabilire se è ammessa l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, è quella vigente al momento della stipulazione della convenzione d'arbitrato".

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo del ricorso, dichiara assorbiti il secondo e il terzo motivo, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia anche per le spese alla Corte d'appello di Messina in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 3 maggio 2016.

Depositato in Cancelleria il 9 maggio 2016

Cassazione civile sez. un., 12/02/2019, n. 4135

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. MAMMONE Giovanni - Primo Presidente -
Dott. CAPPABIANCA Aurelio - Presidente di Sezione -
Dott. MANNA Felice - Presidente Sezione -
Dott. D'ANTONIO Enrica - Consigliere -
Dott. LOMBARDO Luigi Giovanni - Consigliere -
Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -
Dott. RUBINO Lina - Consigliere -
Dott. MERCOLINO Guido - Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso 12278/2017 proposto da:
CONSERVE ITALIA SOC. COOP. AGRICOLA, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA MAZZINI 27, presso lo studio dell'avvocato GIOVAN CANDIDO DI GIOIA, rappresentato e difeso dagli avvocati DOMENICA PAOLA VALTANCOLI, LUCA MIGOTTO e FRANCESCO DAMIANI;
- ricorrente -

contro
SIREC ENGINEERING S.R.L., IN LIQUIDAZIONE, in persona del liquidatore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE MAZZINI 11, presso lo studio dell'avvocato MARIO STELLA RICHTER, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati GIORGIO COSTANTINO, CLAUDIO CECCHELLA ed ALBERTO LEDDA;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 901/2017 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 06/04/2017;
Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15/01/2019 dal Consigliere ANTONIO PIETRO LAMORGESE;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SORRENTINO Federico, che ha concluso per l'inammissibilità, in subordine rigetto del ricorso;
uditi gli avvocati Domenica Paola Valtancoli, Luca Migotto, Claudio Cecchella e Giorgio Costantino.

FATTI DI CAUSA

1.- Con contratto di fornitura del 10 maggio 2005, contenente clausola compromissoria per arbitrato rituale, Conserve Italia Soc. coop. agricola affidò alla Sirec Engineering S.r.l. la realizzazione di macchine distributrici alimentari.

La Sirec Engineering, con domanda arbitrale del 22 ottobre 2007, chiese l'accertamento della nullità dell'accordo di risoluzione consensuale concluso tra le parti il 16 marzo 2006 per abuso di dipendenza economica. Con lodo reso a maggioranza il 25 ottobre 2008, gli arbitri condannarono la Conserve Italia al risarcimento del danno in favore della controparte, liquidato in Euro 11.560.000,00, di cui Euro 3.000.000,00 a titolo di danno da disorganizzazione aziendale ed il residuo per mancato guadagno.

2.- La Conserve Italia, con citazione notificata il 19 novembre 2008, ha impugnato il lodo svolgendo molteplici motivi, deducenti violazioni processuali (per essere il lodo stato assunto senza la necessaria partecipazione di tutti gli arbitri, per violazione del contraddittorio, dell'ordine pubblico sostanziale e processuale, extrapetizione e vizi motivazionali).

3.- Successivamente, ha formulato, in data 4 febbraio 2014, istanza di rimessione in termini svolgendo (secondo la narrazione processuale contenuta nel ricorso per cassazione) motivi aggiunti di nullità del lodo per violazione di regole di diritto relative al merito della controversia, ai sensi del previgente art. 829 c.p.c., comma 2, al fine di estendere l'oggetto dell'impugnazione a motivi che originariamente non aveva proposto con l'atto introduttivo del giudizio impugnatorio, in ragione dell'apparente preclusione derivante dal tenore letterale del novellato art. 829 c.p.c., e della norma transitoria contenuta nel D.Lgs. n. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 27.

4.- Detta istanza era dichiarata inammissibile con ordinanza del 19 febbraio 2014 e poi, riproposta dalla Conserve Italia nella comparsa conclusionale, rigettata dalla Corte d'appello di Bologna che, con sentenza del 6 aprile 2017, ha rigettato anche gli altri motivi di impugnazione.

Ad avviso della Corte, la rimessione in termini non era concedibile in ragione del fatto che mancava la caratteristica dell'*overruling* nella richiamata sentenza della Cassazione del 19 aprile 2012, n. 6148, la quale alle convenzioni arbitrali anteriori alla riforma, dell'art. 829 c.p.c., ad opera del D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (art. 24), aveva ritenuto applicabile la disciplina previgente che consentiva l'impugnazione del lodo per violazione di norme di diritto (salvo che le parti avessero autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile). Non si configurava, infatti, un mutamento imprevedibile di una precedente interpretazione risposta su massime di legittimità ripetute nel tempo, né l'attrice aveva sostenuto di avere conformato la propria condotta processuale, ai fini impugnatori, su un precedente orientamento di legittimità sul punto, che non esisteva, ma solo su orientamenti della dottrina e su precedenti di merito.

5.- Avverso questa sentenza la Conserve Italia ha proposto ricorso, affidato a quattro motivi, illustrato da memoria; ha resistito con controricorso la Sirec Engeneering s.r.l. in liquidazione, che ha depositato una memoria.

6.- Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 184 bis (sostituito dall'art. 153 c.p.c., comma 2), per avere la sentenza impugnata rigettato l'istanza di rimessione in

termini, volta ad introdurre motivi di impugnazione del lodo per violazione di regole di diritto, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 2, nel testo anteriormente vigente, originariamente non proposti unicamente in ragione del tenore letterale "inequivoco" del D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 27, suffragato dalle opinioni della dottrina e della giurisprudenza di merito dell'epoca; mentre solo a partire dalla sentenza della Corte di cassazione n. 6148 del 19 aprile 2012, era stata enunciata la opposta tesi permissiva - peraltro, con ulteriori smentite successive, sino all'intervento nomofilattico di Cass., sez. un., 9 maggio 2016, n. 9284, 9285 e 9341 - in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata della riforma, divergente dal tenore "letterale" della disposizione.

6.1.- Alla Corte territoriale, pertanto, si imputa di avere compiuto un duplice errore: di avere affermato che la causa petendi dell'istanza di rimessione in termini risiedesse nel cd. *overruling* giurisprudenziale, mentre risiedeva nella lesione dell'affidamento incolpevole dell'attrice e nella non imputabilità della decadenza derivante da errore scusabile, avendo essa richiamato il predetto istituto solo in virtù della possibile applicazione analogica dei principi sottesi, in tal modo incorrendo in extrapetizione e violazione dell'art. 112 c.p.c.; inoltre, di avere male applicato l'art. 184 bis c.p.c. (art. 153, comma 2), il quale contempla ogni fatto che, estraneo alla volontà della parte ed inevitabile pur con una condotta diligente, abbia impedito il legittimo esercizio di un potere, posto che l'affidamento incolpevole può basarsi sul diritto vivente circa una data regola del processo, in assenza di indici di prevedibilità del successivo mutamento interpretativo.

6.2.- La ricorrente aggiunge che l'affermarsi del principio dell'*overruling* palesa un'evoluzione del sistema tendente a valorizzare la tutela dell'affidamento nella certezza delle regole vigenti, come interpretate ed applicate, secondo le teorie che agganciano la decadenza non al mero decorso del tempo, ma all'inerzia colpevole; evoluzione confermata, ad esempio, oltre che dal sistema processuale amministrativo, dal D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 8, in tema di sanzioni tributarie, e dalla sentenza della Corte cost. n. 364 del 1988, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p., nella parte in cui non escludeva dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile.

7.- Il suddetto motivo giunge all'esame delle Sezioni Unite a seguito di ordinanza interlocutoria del 2 agosto 2018, con cui la 1a Sezione ha rimesso la causa al Primo Presidente per la soluzione della seguente questione di massima di particolare importanza: se, nella vicenda ermeneutica dell'art. 829 c.p.c., e D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, sia applicabile il principio del *prospective overruling*; se tale istituto sia estensibile alla legge sostanziale, quale è reputata essere la regola dell'art. 829 c.p.c., comma 3, sull'impugnazione del lodo e, comunque, se sia applicabile la rimessione in termini per "causa non imputabile" al fine di neutralizzare la decadenza consolidatasi, con riguardo alla nuova interpretazione delle predette disposizioni, resa dal giudice di legittimità, che abbia radicalmente disatteso la precedente interpretazione letterale offerta dalla giurisprudenza di merito (e, segnatamente, dal giudice chiamato a decidere l'impugnazione del lodo arbitrale) cui l'impugnante si era conformato.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.- La Conserve Italia ha impugnato il lodo solo per *errores in procedendo* e, come consentito, per violazione dell'ordine pubblico, ritenendo che la facoltà di impugnarlo per errori di diritto relativi al merito della controversia fosse preclusa dalla "lettera" del D.Lgs. n. 40 del 2006, che, invertendo la regola posta dall'art. 829 c.p.c. (che originariamente concedeva detta facoltà "salvo che le parti avessero autorizzati (gli arbitri) a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile"), l'ha consentita solo "se espressamente disposta dalle parti o dalla legge".

2.- Ed infatti, al momento dell'impugnazione del lodo (nel novembre 2008) non vi erano pronunce della Cassazione che avessero interpretato il D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, che, dettando la disciplina transitoria della riforma, prevedeva che le nuove disposizioni (tra le quali l'art. 24 che modificava l'art. 829 c.p.c., comma 3, sul regime impugnatorio del lodo arbitrale) si applicassero "ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto", ma solo (secondo quanto dedotto nel ricorso) pronunce di merito e scritti dottrinali nel senso dell'immediata applicabilità del nuovo regime a tutti i giudizi arbitrali introdotti con domanda proposta successivamente alla data di entrata in vigore del nuovo art. 829 c.p.c., comma 3, non rilevando che la convenzione di arbitrato fosse stipulata in data precedente.

3.- Solo al 2012 risale la prima pronuncia della Cassazione (anticipatrice delle Sezioni Unite del 2016) nel senso che "le modifiche apportate all'art. 829 c.p.c., dalla legge di riforma di cui al D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, sono volte a delimitare l'ambito d'impugnazione del lodo arbitrale, laddove le convenzioni concluse prima della sua entrata in vigore continuano ad essere regolate dalla legge previgente, che disponeva l'impugnabilità del lodo per violazione della legge sostanziale, a meno che le parti non avessero stabilito diversamente; ne consegue che, in difetto di una disposizione che ne sancisca la nullità o che obblighi le parti ad adeguarle al nuovo modello, la salvezza di tali convenzioni deve ritenersi insita nel sistema, pur in difetto di un'esplicita previsione della norma transitoria" (Cass. n. 6148 del 19 aprile 2012, seguita da Cass. 3 giugno 2014, n. 12379; 18 giugno 2014, n. 13898; 28 ottobre 2015, n. 22007).

4.- Alla luce del suddetto principio - avversato da altro orientamento, secondo il quale "l'art. 829 c.p.c., nel suo nuovo testo, si applica a norma del D.Lgs. del 2 febbraio 2006, n. 40, art. 27, comma 4, ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del predetto decreto, pur se riferita a clausola compromissoria stipulata in epoca anteriore" (Cass. 17 settembre 2013, n. 21205; 25 settembre 2015, n. 19075) - la Conserve ha formulato istanza di rimessione in termini contenente motivi aggiunti allo scopo di denunciare *errores in iudicando* non formulati prima.

5.- Com'è noto, le Sezioni unite, in linea di continuità con l'indirizzo inaugurato da Cass. n. 6148 del 2012, hanno enunciato il seguente principio di diritto: "In applicazione della disciplina transitoria dettata dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, l'art. 829 c.p.c., comma 3, come riformulato dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 24, si applica nei giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto, ma la legge cui lo stesso art. 829 c.p.c., comma 3, rinvia, per stabilire se è ammessa l'impugnazione per violazione delle regole di diritto

relative al merito della controversia, è quella vigente al momento della stipulazione della convenzione d'arbitrato" (Cass., sez. un., 9 maggio 2016, n. 9284, 9285 e 9341).

6.- Si è così formato un diritto vivente rispetto al quale sono stati prospettati dubbi di legittimità costituzionale per la violazione dei principi di uguaglianza - "in quanto a coloro che hanno, comunque, proposto domanda di arbitrato dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 40 del 2006, verrebbe applicato un diverso regime processuale, a seconda che la clausola compromissoria sia stata stipulata prima o dopo di tale data, nonostante la circostanza che la nuova disciplina non incida, in alcun modo, sulla validità e sul contenuto della clausola compromissoria su cui l'arbitrato risulta fondato" -, del *tempus regit processum*, dell'autonomia privata e della libertà contrattuale, che la Corte cost., con sentenza n. 13 del 2018, ha ritenuto infondati.

7.- La questione rimessa alle Sezioni Unite è duplice: se sia estensibile il concetto di *prospective overruling* alla legge sostanziale, anche a prescindere dai mutamenti degli indirizzi consolidati del giudice di legittimità, e se, indipendentemente da ciò, in un caso come quello in esame sia da applicare la disposizione generale dell'art. 153 c.p.c., comma 2 (e art. 184 bis), in quanto nella nozione di "causa non imputabile" possa rientrare l'assenza di colpa nell'incorrere nella decadenza, quando si sia creato un ragionevole affidamento sulla portata "letterale" di una disposizione di legge.

7.1.- L'ordinanza di rimessione riferisce del principio di tutela dell'affidamento nell'ordinamento giuridico, che trova una importante applicazione nell'istituto del *prospective overruling*, in base al quale una norma è suscettibile di assumere nel tempo contenuti diversi, sia pure entro il limite dei significati resi possibili dalla plurivocità del significante testuale, ma ciò non dovrebbe determinare una lesione dell'affidamento della parte, visto che le norme processuali costituiscono le "regole del gioco" che devono essere stabili e affidabili.

7.2.- Se è vero in generale che l'interpretazione di una norma processuale, successivamente affermatasi, non integra uno *ius superveniens*, di cui si debba predicare la necessaria irretroattività, in quanto essa semplicemente rilegge l'enunciato ed è come tale destinata ad applicarsi sin dall'inizio, resta il fatto che l'originaria difforme lettura giurisprudenziale ha (o può avere) creato "l'apparenza di una regola" (Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144) sulla quale la parte - prosegue l'ordinanza di rimessione - ha riposto un affidamento da tutelare sino al momento, da verificare in concreto, di oggettiva conoscibilità del nuovo orientamento correttivo. Il rimedio per tali evenienze sarebbe pur sempre quello di escludere la decadenza e/o di rimettere in termine la parte che, avendo regolato la propria condotta confidando nel precedente orientamento, vi sia incorsa anche consentendole il successivo compimento di attività ormai precluse.

7.3.- L'ordinanza di rimessione prosegue rilevando che la "lettera" della norma costituisce un limite invalicabile dell'attività interpretativa, la quale "è segnata dal limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale" (si citano Cass., sez. un., 23 dicembre 2014, n. 27341; sez. un., 19 settembre 2017, n. 21617; 30 marzo 2017, n. 8282; 21 marzo 2017, n. 7157 ed altre) e che "l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale" (si citano Corte cost. n. 36 del 2016; n. 231 del 2013; n. 91 del 2013; n. 78 del 2012 ed altre). E nella specie, la "lettera" del D.Lgs. n. 40 del 2006, artt. 24 e 27, evidenziava un'interpretazione sulla quale la ricorrente aveva fatto legittimo affidamento in senso opposto a quella poi seguita dalle Sezioni Unite con le sentenze

del 2016, come dimostrato anche dalla giurisprudenza di merito tempestivamente intervenuta a precisare che unico elemento rilevante ai fini dell'applicazione del nuovo regime di impugnazione dei lodi arbitrali era la presentazione della domanda di arbitrato dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 40 del 2006, a prescindere dalla data di stipulazione della convenzione di arbitrato.

7.4.- La giurisprudenza di questa Corte inoltre ha circoscritto l'operatività dell'istituto dell'*overruling* al mutamento interpretativo ad opera del giudice di legittimità della legge processuale, escludendo quella sostanziale, ma della persistente giustificazione di questa limitazione l'ordinanza di rimessione dubita e invita anche a "chiedersi se a costituire il diritto vivente concorra anche la giurisprudenza di merito, soprattutto in assenza di arresti della Corte di cassazione, a causa del fatto che date questioni (es. la materia cautelare) non giungono proprio al suo esame o nei primi anni di vita di una nuova disposizione sia solo la giurisprudenza di merito a costituire precedente nell'interpretazione di una norma".

7.5.- Per altro verso, alle Sezioni Unite è chiesto di verificare se possa trovare comunque applicazione il rimedio restitutorio della rimessione in termine di cui all'art. 153, comma 2 (e 184 bis) c.p.c., al fine di non far sopportare alla parte non in colpa le gravi conseguenze di un errore nella proposizione di un'impugnazione, come strumento di generale applicazione ai fini dell'effettività della tutela processuale, come già ritenuto nella giurisprudenza di legittimità nell'ipotesi di decadenza realizzatasi per la scelta difensiva del c.t.u. in sede penale nella proposizione del ricorso per cassazione nelle forme del rito penale (Cass. 21 dicembre 2012, n. 23836).

Si chiede quindi di verificare la possibilità di applicare detto rimedio quando non siano configurabili profili di colpa nella condotta processuale della parte e, in particolare, nella sua scelta - avallata dalla giurisprudenza di merito - di non impugnare il lodo per violazione di regole di diritto, in un caso come quello in esame in cui si assume che l'enunciato normativo presenti "una lettera all'apparenza inequivoca", suscettibile di interpretazione solo entro il limite dei significanti resi possibili dall'enunciato stesso.

8.- Il primo motivo in esame si articola in una preliminare censura di errata interpretazione della rinnovata istanza di rimessione in termini, riproposta nella comparsa conclusionale, che la Corte d'appello avrebbe male inteso, identificandola con l'istituto dell'*ovverruling* ed incorrendo, in tal modo, in violazione dell'art. 112 c.p.c., essendo quell'istanza volta ad ottenere la rimessione in termini per poter proporre motivi di impugnazione del lodo per violazione di norme di diritto, con l'effetto che non si sarebbe pronunciata su ciò che le era stato chiesto.

8.1. La preliminare censura in esame è inammissibile.

In primo luogo, come rilevato dal Procuratore Generale, la ricorrente avrebbe dovuto trascrivere nel ricorso la predetta istanza di rimessione in termini, illustrando altresì quali fossero gli ulteriori motivi (di diritto) che avrebbe potuto porre tempestivamente a fondamento dell'impugnazione del lodo, anche al fine di consentire a questa Corte di identificarli e valutarne la relazione con i numerosi motivi esaminati e rigettati dalla Corte bolognese (le indicazioni fornite al riguardo dalla ricorrente a pag. 7 della memoria 10 gennaio 2018 non sono utili).

In secondo luogo, il lamentato errore interpretativo consiste in una denuncia di extrapetizione e/o omessa pronuncia che è improponibile con il mezzo proposto, essendo il vizio di omessa pronuncia non configurabile rispetto all'omesso o all'erroneo esame di questioni processuali, ma soltanto rispetto alle domande ed eccezioni di merito (Cass. 14 marzo 2018, n. 6174) e potendo configurarsi, in astratto, un vizio della decisione per violazione di norme diverse dall'art. 112 c.p.c., se, ed in quanto, si riveli erronea e censurabile, oltre che utilmente censurata, la soluzione implicitamente data dal giudice alla problematica prospettata dalla parte (Cass. 12 gennaio 2016, n. 321), ipotesi questa insussistente nella specie. Ed infatti, la Corte territoriale, esercitando il potere processuale (che le è riservato) di interpretazione dell'istanza, correttamente l'ha qualificata come riferita (anche) all'*overruling*, avendo la stessa Conserve Italia in questi termini richiamato, seppur in via analogica, la sentenza di legittimità n. 6148 del 2012, a fondamento dell'istanza di rimessione in termini che la Corte ha esaminato e rigettato su entrambi i profili della mancata concessione della tutela da *prospective overruling* e della rimessione in termini.

9.- L'inammissibilità della censura poc'anzi esaminata non travolge però le altre censure esposte nel motivo in esame (sub par. 7 ss. dei "Fatti di causa") per il cui esame si deve esaminare la questione, preliminare e potenzialmente rilevante, della natura sostanziale o processuale dell'art. 829 c.p.c., comma 3, in tema di impugnazione del lodo.

10.- Nella giurisprudenza di legittimità è acquisito il principio secondo cui nell'ordinamento giuridico italiano alcune norme che regolano la clausola compromissoria (e il compromesso) si riferiscono al suo momento genetico, statico o strutturale, ed in tal caso viene in evidenza e preminenza l'aspetto negoziale (al fine di verificare, ad esempio, la capacità delle parti, l'esistenza e i requisiti formali dell'accordo, ecc.), non essendo dubbio che, rispetto a dette norme, la clausola compromissoria sia da qualificare come negozio di diritto sostanziale. Altre disposizioni, al contrario, hanno per oggetto il medesimo istituto e lo prendono in considerazione per gli effetti caratteristici e le conseguenze in tema di procedura; in tali casi la clausola compromissoria va considerata come fonte di effetti processuali e presa appunto in considerazione soltanto in questa sua qualità (Cass., sez. un., 13 dicembre 1971, n. 3620).

Sulla base di questo principio, che valorizza la natura composita del fenomeno arbitrale, è possibile qualificare l'art. 829 c.p.c., comma 3, come disposizione di natura (anche) processuale, in linea con le indicazioni di una parte della dottrina che l'ha annoverata tra le norme sostanziali con effetti sul piano processuale e ne ha valorizzato la natura ambivalente, ossia sostanziale e processuale ad un tempo, in ragione della diretta incidenza sull'esercizio del diritto di azione e, in particolare, sull'*an* e sul *quomodo* delle censure deducibili con l'impugnazione del lodo rituale, quindi sul piano della tutela che è propria della giurisdizione civile, coerentemente con l'affermata natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale (Cass., sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24153).

A questa conclusione non è di ostacolo la sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2018 che ha, in sostanza, implicitamente confermato la natura composita della menzionata disposizione, rilevando la "natura sostanziale e non meramente processuale della regola posta dal novellato art. 829 c.p.c., comma 3", in ragione del fatto che "la natura processuale dell'attività degli arbitri non esclude che sia pur sempre la convenzione

di arbitrato a determinare i limiti di impugnabilità dei lodi", in linea con le Sezioni Unite n. 9284, 9285 e 9341 del 2016.

11.- Il primo quesito posto dall'ordinanza di rimessione si basa sulla plausibile interpretazione offerta dalla Corte territoriale dell'istanza di rimessione in termini come riferita, seppure analogicamente, all'istituto del *prospective overruling* che, tuttavia, pur essendo astrattamente applicabile in considerazione della poc'anzi indicata natura anche processuale dell'art. 829 c.p.c., comma 3, non è invocabile nelle specie per plurime ragioni.

11.1.- È noto che l'interpretazione delle norme giuridiche da parte del Corte di cassazione e, in particolare, delle Sezioni Unite mira ad una tendenziale stabilità e valenza generale, sul presupposto, tuttavia, di una efficacia non cogente ma solo persuasiva, trattandosi di attività consustanziale all'esercizio stesso della funzione giurisdizionale, sicché un mutamento di orientamento reso in sede di nomofilachia non soggiace al principio di irretroattività, non è assimilabile allo *ius superveniens* ed è suscettibile di essere disatteso dal giudice di merito (Cass. 9 gennaio 2015, n. 174).

Nella sentenza 11 luglio 2011, n. 15144, le Sezioni Unite affermarono che il mutamento della propria precedente interpretazione della norma processuale da parte del giudice della nomofilachia (cd. *overruling*) che porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima escluse, opera - laddove il significato che la norma esibisce non trovi origine nelle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale come interpretazione correttiva che si salda alla relativa disposizione di legge processuale "ora per allora", nel senso di rendere irrituale l'atto compiuto o il comportamento tenuto dalla parte in base all'orientamento precedente. Infatti, il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost., comma 2) impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la *lex temporis acti*, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con l'affermarsi dell'esegesi del giudice. E tuttavia, ove l'*overruling* si connoti del carattere dell'imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso), si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante ex post non conforme alla corretta regola del processo) e l'effetto, di preclusione o decadenza, che ne dovrebbe derivare, con la conseguenza che - in considerazione del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 Cost., comma 1), volto a tutelare l'effettività dei mezzi di azione e difesa anche attraverso la celebrazione di un giudizio che tende, essenzialmente, alla decisione di merito - deve escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo. Ne consegue che, in siffatta evenienza, lo strumento processuale tramite il quale realizzare la tutela della parte va modulato in correlazione alla peculiarità delle situazioni processuali interessate dall'*overruling*.

11.2.- La giurisprudenza successiva ha precisato che un orientamento del giudice della nomofilachia cessa di essere retroattivo come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, e può quindi parlarsi di *prospective overruling*, a condizione che ricorrano cumulativamente i seguenti presupposti:

a) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo, non anche su disposizioni di natura sostanziale (Cass. 13 settembre 2018, n. 22345; 18 luglio 2016, n. 14634; 24 marzo 2014, n. 6862; 3 settembre 2013, n. 20172; 11 marzo 2013, n. 5962);

b) che tale mutamento sia stato imprevedibile o quantomeno inatteso e privo di preventivi segnali anticipatori del suo manifestarsi, in ragione del carattere consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso (Cass., sez. un., 12 ottobre 2012, n. 17402; n. 23836 del 2012 cit.), ipotesi non ravvisabile in presenza di preesistenti contrasti interpretativi (Cass. 15 dicembre 2011, n. 27086) o di incertezza interpretativa delle norme processuali ad opera della Corte di cassazione in assenza di un orientamento consolidato della stessa Corte (Cass. 15 febbraio 2018, n. 3782) o nel caso in cui la parte abbia confidato nell'orientamento che non è prevalso (Cass. 5 giugno 2013, n. 14214);

c) che l'*overruling* sia causa diretta ed esclusiva di un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte, ponendosi esso quale causa di sopravvenuta inammissibilità, improcedibilità, decadenze o preclusioni, in ragione della diversità delle forme e dei termini da osservare sulla base dell'orientamento sopravvenuto alla proposizione del ricorso, che abbia reso impossibile una decisione sul merito della pretesa azionata in giudizio (Cass., sez. un., n. 17402 del 2012 cit.; 27 dicembre 2011, n. 28967; 26 luglio 2011, n. 16365);

Il mezzo per ovviare all'errore oggettivamente scusabile della parte che si sia conformata alla consolidata interpretazione delle norme regolatrici del processo, travolta dal successivo revirement giurisprudenziale dello stesso giudice di legittimità, è la rimessione in termini (Cass. 25 febbraio 2011, n. 4687), a norma dell'art. 184 bis c.p.c. (e art. 153 c.p.c., comma 2), non ostando il difetto dell'istanza di parte, atteso che la causa non imputabile è conosciuta dalla Corte di cassazione che, con la sua stessa giurisprudenza, ha dato indicazioni sull'agire processuale ex post rivelatesi inattendibili (Cass. n. 23836 del 2012 cit.; n. 16365 del 2011 cit.; 2 luglio 2010, n. 15811).

11.3.- Il *prospective overruling* (o, più correttamente, la tutela in tali casi accordata) è un meccanismo finalizzato a porre la parte al riparo dagli effetti nocivi di mutamenti imprevedibili delle "regole del gioco" attraverso la sterilizzazione delle conseguenze pregiudizievoli del nuovo indirizzo interpretativo, consentendosi all'atto compiuto con modalità ed in forme ossequiose dell'orientamento giurisprudenziale successivamente ripudiato, ma dominante al momento del compimento, di produrre ugualmente i suoi effetti. Analogamente, l'errore della parte che sia incorsa in una decadenza per avere "omesso" di compiere un atto non dovuto secondo la giurisprudenza dominante, successivamente *overruled*, non ha rilevanza preclusiva entro certi limiti (Cass. 14 marzo 2018, n. 6159).

A meritare la tutela, quindi, è la parte che vedrebbe frustrato il proprio legittimo affidamento nell'interpretazione resa dalla Suprema Corte nel momento in cui ha tenuto la condotta processuale, qualora fosse esposta agli effetti processuali pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) derivanti dal

successivo revirement giurisprudenziale, ma pur sempre riconducibili alle disposizioni processuali vincolanti per tutti i giudici, soggetti solo alla legge (art. 101 Cost., comma 2).

È per questa ragione che la parte ha interesse a che la propria condotta processuale venga giudicata alla luce della norma come interpretata nel momento in cui quella condotta è stata tenuta, al fine di non incorrere negli effetti sfavorevoli e preclusivi determinati dalla nuova interpretazione giurisprudenziale.

Alla logica dell'istituto in esame, invece, è estranea l'ipotesi in cui il nuovo indirizzo giurisprudenziale sia ampliativo di facoltà e poteri processuali e sia la parte ad invocarlo perché più favorevole nei suoi confronti.

Se il nuovo indirizzo interpretativo è *in bonam partem*, infatti, non vi è una lesione dell'affidamento meritevole della tutela da *prospective overruling*, al fine di superare decadenze o preclusioni maturate in osservanza del precedente indirizzo, ma potrebbero ricorrere, in ipotesi, gli estremi per una rimessione in termini "ordinaria", a norma dell'art. 153 c.p.c., comma 2 (sul punto vd. infra).

A confermare la impraticabilità, nella specie, del rimedio della rimessione in termini da *prospective overruling* (per consentire alla ricorrente di denunciare con motivi aggiunti errori di diritto imputabili al lodo prima non denunciati) è l'osservazione che la parte imputa il lamentato pregiudizio non al nuovo orientamento espresso dalla sentenza n. 6148 del 2012 (e dalle Sezioni Unite nel 2016) - che anzi chiede di applicare perchè ampliativo delle proprie facoltà impugnatorie e quindi favorevole -, ma alla personale e limitativa interpretazione della disciplina transitoria contenuta nel D.Lgs. n. 40 del 2006, in materia arbitrale. Quindi non si oppone all'applicazione di un sopravvenuto orientamento giurisprudenziale visto come causa di una ingiusta decadenza per una condotta ossequiosa del precedente orientamento, solo successivamente modificato, come nella logica dell'*overruling*, che non può invocarsi quando, come nella specie, è il proprio errore interpretativo che costituisce causa diretta ed esclusiva della decadenza in cui è incorsa per non avere impugnato il lodo per motivi di diritto nei termini perentori di cui all'art. 828 c.p.c., commi 1 e 2.

11.4. L'esigenza di tutela insita nel suddetto istituto non sussiste, né è ravvisabile in via analogica, in una situazione - qual è quella in esame - in cui la condotta processuale della parte, e cioè la sua scelta di non impugnare il lodo per violazione di regole di diritto relative al merito della controversia, è stata determinata non dall'adesione ad un orientamento interpretativo della Corte di cassazione - che, infatti, al tempo dell'impugnazione del lodo (nel novembre 2008) non si era ancora pronunciata in materia -, ma da una personale lettura in senso restrittivo delle nuove disposizioni modificative dell'art. 829 c.p.c., introdotte dal D.Lgs. n. 40 del 2006, quanto ai motivi di impugnabilità del lodo in presenza di convenzioni arbitrali stipulate anteriormente.

La prima pronuncia di legittimità è la n. 6148 del 19 aprile 2012 che alcuni anni dopo (il lodo era stato impugnato nel novembre 2008) affermò la perdurante ammissibilità dell'impugnazione per violazione di regole di diritto, in presenza di clausola compromissoria anteriore all'entrata in vigore della riforma del 2006, orientamento tra l'altro avversato da altre pronunce della medesima sezione della Corte.

La constatazione che il pregiudizio lamentato dalla ricorrente non è imputabile a una "innovativa esegesi interpretativa", "imprevedibile e repentina rispetto al consolidato orientamento pregresso" (Cass., sez. un., 8 novembre 2018, n. 28575) rende non pertinente il riferimento alla teoria dell'*overruling*, che attiene

propriamente non al rapporto tra la parte (e il suo difensore tecnico) e la legge, in relazione ai possibili e diversi significati ritraibili da quest'ultima, ma al rapporto tra la parte e la giurisprudenza di legittimità, quale unico veicolo di interpretazione del significato della legge "affidabile" per la collettività.

11.5. L'ordinanza di rimessione chiede inoltre se tra le cause di legittimo affidamento nella scelta processuale della parte possa annoverarsi anche la giurisprudenza di merito.

Sorvolando sul fatto che, nella specie, la ricorrente non ha indicato le pronunce di merito pubblicate prima del 19 novembre 2008 (data di impugnazione del lodo) che si sarebbero espresse per l'immediata operatività della preclusione derivante dal novellato art. 829 c.p.c., comma 3, si osserva che "alcune pronunzie adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un diritto vivente" (Corte cost. n. 78 del 2012) e, quindi, a giustificare un affidamento qualificato, in quanto tale meritevole di tutela con il rimedio dell'*overruling*, che è riconoscibile solo in presenza di stabili approdi interpretativi del giudice di legittimità, eventualmente a Sezioni Unite (Corte cost. n. 147 del 2008), i quali soltanto assumono il valore di *communis opinio* tra gli operatori del diritto, se connotati dai "caratteri della costanza e ripetizione" (Corte cost. n. 242 del 2008).

11.6.- Il legislatore e il giudice agiscono su piani diversi: l'uno introduce nell'ordinamento un quid novi che rende obbligatorio per tutti un precetto o una regola di comportamento; l'altro applica al caso concreto la legge intesa secondo le comuni regole dell'ermeneutica (Corte cost. n. 155 del 1990) e in tal modo ne disvela il significato corretto, pur sempre insito nella stessa, in un dato momento storico, quale espressione di un determinato contesto sociale e culturale. La giurisprudenza assolve - come si è detto - a una funzione meramente dichiarativa, intesa a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata del diritto già posto (art. 101 Cost., comma 2), con esclusione formale di un'efficacia direttamente creativa di esso (Cass. n. 4687 del 2011 cit.) e senza possibilità di interferire sul terreno della vigenza della legge che è connessa alla sua entrata in vigore come dalla stessa predeterminata con regole generali (artt. 10, 11, 14 e 15 disp. gen.) o specifiche vincolanti per l'interprete.

Ciò non toglie, come si è detto, che i mutamenti di giurisprudenza naturalmente retroattivi, perché operanti sulla fattispecie concreta anteriore alla decisione del giudice, possano porre problemi di tutela della parte che abbia conformato la propria condotta processuale al precedente orientamento giurisprudenziale.

Il meccanismo del *prospective overruling*, a tutela della parità delle parti nel processo, consente di limitare gli effetti retroattivi dell'*overruling* e, in definitiva, di sterilizzare gli effetti applicativi della legge processuale nel caso di una nuova interpretazione resa dal giudice di legittimità, pur sempre riconducibile alla legge interpretata, ma potenzialmente idonea a pregiudicare la tutela giurisdizionale della parte che ha ispirato la propria condotta processuale alla interpretazione precedentemente seguita (*overruled*), facendo su di essa legittimo affidamento.

È un potere variamente conformato nel caso concreto dal giudice e riconducibile pur sempre ad una specifica disposizione processuale, quella di cui all'art. 153 c.p.c., comma 2, che è di stretta interpretazione, in considerazione delle conseguenze che un uso improprio della rimessione in termini potrebbe determinare sul piano della imperatività e della stessa vigenza della legge, il quale inerisce alle attribuzioni proprie del (e riservate al) legislatore.

Un simile potere di incidere sugli effetti applicativi della legge, a maggior ragione, non è conferito al giudice in presenza di orientamenti interpretativi innovativi di norme di diritto sostanziale che incidono su atti di autonomia privata o fatti illeciti o comunque compiuti, sui quali neppure al legislatore è consentito di intervenire (arg. ex art. 11 disp. gen.), vertendosi su un terreno extraprocessuale cui è estraneo l'istituto della rimessione in termini.

12.- Il secondo profilo in cui è articolato il motivo in esame riguarda la mancata concessione della rimessione in termini, a norma dell'art. 184 bis (applicabile *ratione temporis*, sostituito dall'art. 153 c.p.c., comma 2), per "errore scusabile" determinato non da *overruling*, ma dal fatto che la Conserve Italia nell'impugnare il lodo arbitrale aveva fatto affidamento, in tesi, sulla "lettera" dell'art. 829 c.p.c., comma 3, novellato dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 24, e della disposizione transitoria di cui all'art. 27, del medesimo decreto, che apparentemente non consentivano la proposizione di motivi di impugnazione per violazione di regole di diritto, anche se la convenzione arbitrale risalisse, come nella specie, a data anteriore all'entrata in vigore della riforma. La suddetta interpretazione "letterale" era tuttavia smentita dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 6148 del 19 aprile 2012, che riconosceva invece questa possibilità, da qui l'istanza di rimessione in termini per la proposizione di motivi aggiunti di impugnazione del lodo per errori di diritto.

Anche questo profilo è infondato per le ragioni di seguito indicate.

12.1.- In primo luogo, la rimessione in termini, tanto nella versione dell'art. 184 bis c.p.c., quanto in quella dell'art. 153 c.p.c., comma 2, presuppone la tempestività dell'iniziativa della parte che assume di essere incorsa nella decadenza per causa non imputabile, da intendere come immediatezza della reazione della parte stessa al palesarsi della necessità di svolgere un'attività processuale ormai preclusa (Cass. 29 settembre 2016, n. 19290; 26 marzo 2012, n. 4841; 11 novembre 2011, n. 23561).

Nel caso in esame, detta reazione da parte della Conserve Italia è intervenuta con la proposizione dell'istanza di rimessione in termini in data 4 febbraio 2014, cioè quasi due anni dopo la pubblicazione della sentenza della Cassazione (la n. 6148 del 19 aprile 2012) che riconobbe la perdurante impugnabilità del lodo per motivi di diritto, nel caso di convenzione arbitrale anteriore alla riforma del 2006, e più di cinque anni dopo la pronuncia del lodo in data 25 ottobre 2008, quando i termini di impugnazione di cui all'art. 828 c.p.c., commi 1 e 2, erano scaduti da molti anni.

12.2.- È vero che l'istituto della rimessione in termini, in entrambe le formulazioni che si sono succedute (artt. 184 bis e 153 c.p.c.), trova applicazione non solo con riguardo alla decadenza dai poteri processuali interni al giudizio, ma anche a situazioni esterne e strumentali al processo, quale la decadenza dal diritto di impugnazione (Cass. 15 aprile 2014, n. 8715; 2 marzo 2012, n. 3277).

Tuttavia deve trattarsi pur sempre di un errore derivante da causa non imputabile perché cagionato da un fatto impeditivo estraneo alla volontà della parte, che presenti il carattere dell'assolutezza e non della mera difficoltà, in rapporto causale determinante con il verificarsi della decadenza (Cass. 6 luglio 2018, n. 17729; 27 ottobre 2015, n. 21794; 16 ottobre 2015, n. 20992; 4 aprile 2013, n. 8216; 28 settembre 2011, n. 19836).

Alla nozione di "causa non imputabile" è estraneo, invece, l'errore derivante dalla scelta processuale della parte, seppure determinata da una difficile interpretazione di norme processuali nuove o di complessa

decifrazione, risolvendosi in un errore di diritto che, di regola, non può giustificare la rimessione in termini per evitare o superare la decadenza da un termine processuale e per giustificare impugnazioni tardive (Cass. 8 marzo 2017, n. 5946; 22 aprile 2015, n. 8151; Cass. 19 settembre 2017, n. 21674, quest'ultima nel senso che l'applicazione di una novella processuale non può integrare un errore scusabile da parte dell'avvocato).

12.3.- La ricorrente ha ulteriormente argomentato che l'interpretazione invalsa nella giurisprudenza di legittimità, a partire dalla sentenza n. 6148 del 2012, suggellata dalle Sezioni Unite nel 2016, era imprevedibile all'epoca dell'impugnazione del lodo (nel 2008), perché palesemente contraria alla "lettera" del D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, che univocamente non ammetteva l'impugnazione del lodo per errori di diritto, anche se la convenzione arbitrale fosse anteriore all'entrata in vigore della riforma. Pertanto, quella di non impugnare il lodo per errori di diritto era stata una scelta coerente con l'interpretazione "letterale" della norma sulla quale aveva fatto affidamento e anche prudente, essendo dovere dell'avvocato evitare di proporre azioni giudiziarie manifestamente infondate; a seguito della successiva interpretazione favorevole invalsa nella giurisprudenza di legittimità, che riconosceva il più ampio potere impugnatorio del lodo, era emersa l'ingiusta lesione del suo affidamento che giustificava la richiesta di rimessione in termini e la restituzione del potere impugnatorio non esercitato nella sua pienezza per una causa asseritamente non imputabile.

12.3.1.- Questa tesi non può condividersi, dovendosi ribadire che la perdita del potere impugnatorio "pieno" da parte della Conserve Italia è riconducibile ad una causa ad essa imputabile, cioè ad un errore di diritto che, di regola, non giustifica la rimessione in termini.

Si è già detto che la scelta rinunciataria della stessa e del suo difensore (a novembre 2008) non fu dovuta ad alcun orientamento della giurisprudenza di legittimità, intervenuta in materia sorto alcuni anni dopo (ad aprile 2012), ma a una autonoma e personale valutazione basata sull'interpretazione limitativa di alcune disposizioni del D.Lgs. n. 40 del 2006 (in particolare artt. 24 e 27).

L'interpretazione giudiziale, pur essendo uno "strumento percettivo e recettivo, non correttivo e/o sostitutivo della *voluntas legis*" (Cass. 14 giugno 2016, n. 12144), consente alla disposizione legislativa di divenire "norma" e di assumere il significato attribuitole dall'interprete tra i diversi e plausibili significati traibili dal testo, secondo le variabili dello spazio e del tempo nel quale il momento esegetico si realizza.

Diversamente da quanto ritenuto dalla ricorrente, che sembra implicitamente evocare il metodo sillogistico-deduttivo postulante la univocità e unicità del prodotto dell'interpretazione giuridica, la "norma" non è il presupposto o l'oggetto ma il risultato dell'interpretazione che si alimenta di tecniche discorsive di tipo argomentativo e persuasivo ispirate al principio di ragionevolezza.

Il riferito "affidamento" riposto nel significato "letterale" della disposizione, cui conseguirebbe un'unica risposta decisionale considerata "esatta", quindi prevedibile in senso proprio, si scontra con la constatata complessità dei processi interpretativi, il cui esito è il prodotto della funzione nomopoietica distribuita tra tutti i soggetti dell'ordinamento, continuamente alimentata dal dibattito processuale del giudice con e tra le parti.

L'avvocato difensore è tenuto ad adempiere all'obbligazione inerente all'esercizio del mandato con la diligenza necessaria in relazione alla natura e all'importanza dell'attività professionale esercitata in concreto (art. 1176 c.c., comma 2).

Egli non è un mero consulente legale con il compito di pronosticare l'esito della lite e di informarne il cliente, né è un giudice cui spetta la decisione; egli ha l'obbligo di proporre soluzioni favorevoli agli interessi del cliente, anche nelle situazioni che richiedono la soluzione di problemi interpretativi complessi, di attivarsi concretamente nel giudizio con gli strumenti offerti dal diritto processuale, indicando strade interpretative nuove, portando argomenti che facciano dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti e anche della giustizia della legge, sollevando eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà con il diritto sovranazionale, ecc..
È significativo che l'art. 360 bis c.p.c., n. 1, nel prevedere l'inammissibilità del ricorso per cassazione che ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza di legittimità, imponga alla Corte di cassazione di valutare se "l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa", confermandosi in tal modo il ruolo attivo e propositivo dell'avvocato per la più efficace tutela degli interessi del cliente nel processo.
12.3.2.- L'avvocato è anche tenuto ad osservare il fondamentale dovere di precauzione, cioè ad "adottare la condotta più idonea a salvaguardare gli interessi del cliente" (Cass. 27 novembre 2012, n. 20995, con riferimento ad altro professionista legale, il notaio): ciò significa che, nella pluralità dei significati plausibili inclusi nel potenziale semantico del testo legislativo, deve scegliere quello più rigoroso, ovvero il senso che ponga la parte assistita quanto più possibile al riparo da decadenze e preclusioni.
E ciò tanto più può dirsi in presenza di un "pur larvato dibattito dottrinale" (Cass., sez. un., n. 17402 del 2012 cit.), come quello emerso ben presto dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 40 del 2006, circa la plausibilità di un'applicazione immediata della riforma anche alle parti di convenzioni arbitrali stipulate anteriormente.
È significativo che la soluzione fatta propria dalla Corte di legittimità nel richiamato (e invocato) precedente del 2012 (sentenza n. 6148) era stata propiziata dal difensore della parte che, vittoriosa già dinanzi alla Corte d'appello adita, aveva proposto un'originale interpretazione costituzionalmente orientata del D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, (tra l'altro in senso sostanzialmente difforme da Cass. 16 febbraio 2007, n. 3696) e analoghe considerazioni possono farsi per i precedenti di legittimità che al suddetto indirizzo si adeguarono.
Nel rapporto professionale con il cliente la responsabilità dell'avvocato è esclusa nei casi di risoluzione di questioni interpretative di particolare difficoltà o opinabili (art. 2236 c.c.), a meno che non risulti che abbia agito con dolo o colpa grave (Cass. 11 agosto 2005, n. 16846; 18 novembre 1996, n. 10068), ma non per questo la parte ha diritto alla rimessione in termini nel compimento di attività precluse o per le quali è decaduta, occorrendo pur sempre l'esistenza di uno stato di fatto configurabile come causa non imputabile cui la decadenza o la preclusione siano immediatamente riconducibili, a norma dell'art. 153 c.p.c., comma 2. Deve trattarsi di un "fatto incolpevole che si collochi del tutto al di fuori della sua sfera di controllo e che avrebbe, altrimenti, un effetto lesivo del suo diritto di difesa in violazione dell'art. 24 Cost." (Cass. 29 luglio 2010, n. 17704), situazione non configurabile nella specie, come si è detto.
12.3.3.- La tesi sostenuta dalla ricorrente implicherebbe che il *dictum* interpretativo offerto dalle Sezioni Unite nel 2016, confermativo dell'indirizzo inaugurato da Cass. n. 6148 del 2012, fosse così imprevedibile da oltrepassare il "limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale" (Cass., sez. un., n. 27341 del 2014 cit.), rendendolo impredittibile per qualunque operatore del diritto.

Una simile obiezione - come si è detto - presupporrebbe che la parte si dolesse di quel *dictum* perché inopinatamente sfavorevole nei suoi confronti e si battesse per farlo modificare in questa sede, mentre nella specie lo considera pienamente legittimo e corretto, al punto di invocarlo a fondamento della richiesta restitutoria del potere impugnatorio non esercitato a suo tempo, avendo riposto erroneo affidamento in una personale interpretazione limitativa (o autolimitativa) delle disposizioni in tema di impugnazione del lodo arbitrale.
In ogni caso, l'interpretazione invalsa nella giurisprudenza della Corte di cassazione, costituente diritto vivente, è stata giudicata "pienamente conforme alla disciplina transitoria di cui al D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, comma 4", dalla Corte costituzionale (n. 13 del 2018 cit.), che ha fugato i dubbi di costituzionalità prospettati dal giudice rimettente anche in relazione ai principi di uguaglianza e di ragionevolezza.
12.4.- Anche nella giurisprudenza amministrativa il beneficio della rimessione in termini per errore scusabile, previsto dall'art. 37 c.p.a., riveste carattere eccezionale nella misura in cui si risolve in una deroga al principio fondamentale dei perentorietà dei termini processuali, ed è soggetto a regole di stretta interpretazione, essendo i termini stabiliti dal legislatore per ragioni di interesse generale (Cons. di Stato, sez. 3^, 25 gennaio 2018, n. 529; sez. 4^, 28 aprile 2017, n. 1965; analogamente, secondo Cass. 29 settembre 2004, n. 19576, i termini di impugnazione sono strumentali all'esigenza di assicurare la certezza e stabilità delle situazioni giuridiche).
Un uso eccessivamente ampio della discrezionalità del giudice che l'istituto presuppone, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe alla fine risolversi in un grave vulnus del pariordinato principio di parità delle parti sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale (Cons. di Stato, sez. 4^, 14 maggio 2015, n. 2458; sez. 5^, 23 febbraio 2015, n. 889).
Non si esclude la possibilità di ammettere la rimessione in termini per errore di diritto, sempre che sia determinato da stati di fatto cui la parte rimanga del tutto estranea, imputabili alla controparte (specie se si tratti di soggetti in via di principio affidabili, come le pubbliche amministrazioni) o a terzi. Si è ritenuto, ad esempio, che sia meritevole della rimessione in termini la parte decaduta dal termine per proporre opposizione ad atti (ordinanza-ingiunzione, cartella di pagamento, preavviso di fermo, ecc.) che contengano una erronea o omessa indicazione del relativo termine o dell'autorità cui ricorrere (Cass. 27 ottobre 2017, n. 25667; 21 maggio 2015, n. 10520; 21 gennaio 2013, n. 1372; 5 maggio 2010, n. 10822; 31 maggio 2006, n. 12895).
Alcuni settori dell'ordinamento sono governati da normative speciali che danno rilievo a situazioni di "incertezza normativa oggettiva" anche sul versante del diritto sostanziale (ad es., in materia tributaria, Cass. 13 giugno 2018, n. 15452; 17 maggio 2017, n. 12301; 23 novembre 2016, n. 23845).
13.- In conclusione, il primo motivo di ricorso della Conserve Italia è infondato ed è, quindi, rigettato.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni Unite, rigetta il primo motivo di ricorso e rimette alla Sezione Prima la decisione degli altri motivi.

Così deciso in Roma, il 15 gennaio 2019.

Depositato in Cancelleria il 12 febbraio 2019

Corte Costituzionale, 30/01/2018, n. 13

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:
- Paolo GROSSI Presidente
- Giorgio LATTANZI Giudice
- Aldo CAROSI "
- Marta CARTABIA "
- Mario Rosario MORELLI "
- Giancarlo CORAGGIO "
- Giuliano AMATO "
- Silvana SCIARRA "
- Daria de PRETIS "
- Nicolò ZANON "
- Augusto Antonio BARBERA "
- Giulio PROSPERETTI "
- Giovanni AMOROSO "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 829, terzo comma, del codice di procedura civile, come sostituito dall'art. 24del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della L. 14 maggio 2005, n. 80), in combinato disposto con l'art. 27, comma4, del medesimo decreto legislativo, promosso dalla Corte di appellodi Milano nel procedimento vertente tra la Ferri Immobiliare srl e l'Unicredit spa, con ordinanza del 16 dicembre 2016, iscritta al n.61 del registro ordinanze 2017 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 18, prima serie speciale, dell'anno 2017.
Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;
udito nella camera di consiglio del 6 dicembre 2017 il Giudice relatore Giulio Prosperetti.

Ritenuto in fatto

1.- La Corte di appello di Milano, con ordinanza del 16 dicembre 2016, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 829, terzo comma, del codice di procedura civile, come sostituito dall'art. 24 del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma

dell'articolo 1, comma 2, della L. 14 maggio 2005, n. 80), in combinato disposto con l'art. 27, comma 4, del medesimo decreto legislativo, nell'interpretazione, che ritiene costituire «diritto vivente», enunciata dalle sentenze della Corte di cassazione, sezioni unite, n. 9341, 9285 e 9284 del 9 maggio 2016.

L'art. 829, terzo comma, cod. proc. civ., nel testo attualmente vigente, sostituito al precedente dall'art. 24 del d.lgs. n. 40 del 2006, entrato in vigore il 2 marzo 2006, stabilisce che «[l]'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico», precludendo con ciò la sindacabilità del lodo arbitrale per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, in assenza di una espressa previsione delle parti o della legge. Prima della riforma del 2006, la norma stabiliva, invece, che l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto era sempre ammessa, salvo che le parti avessero autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile.

L'art. 27, comma 4, del d.lgs. n. 40 del 2006, recante la disciplina transitoria, stabilisce che «[l]e disposizioni degli articoli 21, 22, 23, 24 e 25 si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto».

Osserva il rimettente che, alla stregua dell'interpretazione indicata dalle menzionate sentenze gemelle delle sezioni unite, il mutato regime di impugnabilità del lodo non sarebbe applicabile ai giudizi arbitrali promossi dopo il 2 marzo 2006, se azionati in forza di convenzioni di arbitrato stipulate prima della riforma.

Ad avviso del rimettente sarebbe da escludere la possibilità di una diversa interpretazione, costituzionalmente orientata, della norma censurata, in quanto le citate sentenze delle sezioni unite «hanno i requisiti per essere qualificate "diritto vivente", come tale non suscettibile di diversa interpretazione, fatto salvo il sindacato di costituzionalità».

Dopo aver motivato in punto di rilevanza della questione, in ordine alla non manifesta infondatezza, il rimettente evidenzia che la norma risultante dall'interpretazione delle sezioni unite si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., per violazione del principio di uguaglianza, comportando una disparità di trattamento tra situazioni analoghe.

E ciò perché, a coloro che hanno, comunque, proposto domanda di arbitrato dopo la data di entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006, verrebbe applicato un diverso regime processuale, a seconda che la clausola compromissoria sia stata stipulata prima o dopo di tale data, nonostante la nuova disciplina assuma rilievo solo sul piano processuale, non incidendo in alcun modo sulla validità e sul contenuto della clausola compromissoria su cui la domanda di arbitrato è fondata.

In altri termini, ad avviso del rimettente, il riferimento alla data di stipula della clausola compromissoria non potrebbe, in alcun modo, giustificare l'applicazione di un diverso regime a soggetti che hanno, comunque, proposto domanda di arbitrato dopo il 2 marzo 2006.

La norma che scaturisce dall'intervento delle sezioni unite violerebbe, pertanto, il principio tempus *regit processum* e il principio di uguaglianza, ponendo in comparazione due entità, nella sostanza, eterogenee: la clausola compromissoria (atto di natura sostanziale) e l'atto d'impugnazione del lodo (atto di natura processuale).

La Corte di appello di Milano ritiene, inoltre, che la norma che scaturisce dall'intervento delle sezioni unite, consentendo l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto anche nel caso in cui le parti non hanno previsto espressamente tale possibilità successivamente all'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 829, terzo comma, cod. proc. civ., violi il principio dell'autonomia privata e della libertà contrattuale stabilito dall'art. 41 Cost.

2.- Con memoria depositata in data 23 maggio 2017, è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione di legittimità costituzionale sia dichiarata non fondata.

L'interveniente osserva che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice a quo, l'orientamento espresso dalle sezioni unite della Corte di cassazione offre un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme impugnate, consentendo alle parti che, alla luce del precedente regime, non avevano inserito nella convenzione di arbitrato alcuna specifica clausola per consentire l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto, di non essere sottratte a tale facoltà in conseguenza delle modifiche della normativa intervenute nel 2006.

Ad avviso del Presidente del Consiglio dei ministri, la diversa interpretazione sostenuta dal rimettente, si porrebbe, anzi, in aperto contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost.

Sotto il primo profilo, infatti, tale interpretazione determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra quanti hanno stipulato la clausola arbitrale dopo la riforma, nella consapevolezza del significato del loro silenzio nel nuovo contesto normativo, e quanti l'hanno, invece, sottoscritta prima, quando al silenzio era attribuito dalla legge un opposto significato.

Sotto il secondo profilo, detta interpretazione violerebbe il diritto di difesa delle parti che abbiano stipulato la convenzione di arbitrato prima del 2 marzo 2006, in quanto le priverebbe della facoltà di impugnare il lodo per *errores juris* in iudicando che esse, pur con il loro silenzio, avevano voluto riconoscersi alla luce della precedente disciplina contenuta nell'art. 829, terzo comma, cod. proc. civ.

Per queste ragioni, la questione di costituzionalità, ad avviso del Presidente del Consiglio dei ministri, dovrebbe, quindi, essere dichiarata non fondata.

Considerato in diritto

1.- La Corte di appello di Milano dubita della legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione, dell'art. 829, terzo comma, del codice di procedura civile, come sostituito dall'art. 24 del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della L. 14 maggio 2005, n. 80), in combinato disposto con l'art. 27, comma 4, del medesimo decreto legislativo, nell'interpretazione, che ritiene costituire «diritto vivente», enunciata dalle sentenze della Corte di cassazione, sezioni unite, n. 9341, 9285 e 9284 del 9 maggio 2016.

Il problema interpretativo origina dalla disposizione transitoria contenuta nel citato art. 27, secondo cui «[l]e disposizioni degli articoli 21, 22, 23, 24 e 25 si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto».

Osserva il rimettente che, alla stregua dell'interpretazione indicata dalle menzionate sentenze gemelle delle sezioni unite, il mutato regime di impugnabilità del lodo non sarebbe applicabile ai giudizi arbitrali promossi dopo il 2 marzo 2006, se azionati in forza di convenzione di arbitrato stipulata prima della riforma.

Ad avviso del rimettente sarebbe da escludere la possibilità di una diversa interpretazione, costituzionalmente orientata, della norma censurata in quanto le citate sentenze delle sezioni unite «hanno i requisiti per essere qualificate "diritto vivente", come tale non suscettibile di diversa interpretazione, fatto salvo il sindacato di costituzionalità».

Ad avviso del rimettente, la norma che scaturisce dall'intervento delle sezioni unite violerebbe il principio tempus *regit processum* e il principio di uguaglianza, in quanto a coloro che hanno, comunque, proposto domanda di arbitrato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006 verrebbe applicato un diverso regime processuale, a seconda che la clausola compromissoria sia stata stipulata prima o dopo di tale data, nonostante la circostanza che la nuova disciplina non incida, in alcun modo, sulla validità e sul contenuto della clausola compromissoria su cui l'arbitrato risulta fondato.

Secondo il giudice a quo, infatti, alla nuova disciplina posta dall'art. 24 del d.lgs. n. 40 del 2006, che ha novellato l'art. 829, terzo comma, cod. proc. civ., dovrebbe riconoscersi un rilievo esclusivamente processuale e, quindi, darle immediata applicazione ai sensi del principio tempus *regit processum*.

La Corte di appello di Milano ritiene, inoltre, che la norma che scaturisce dall'intervento delle sezioni unite, consentendo l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto anche nei casi in cui le parti non hanno previsto espressamente tale possibilità, successivamente all'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 829, terzo comma, cod. proc. civ., violi il principio dell'autonomia privata e della libertà contrattuale di cui all'art. 41 Cost.

2.- La questione non è fondata.

2.1.- Preliminarmente, va osservato che il giudice a quo ritiene ostativa ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata l'esistenza di un "diritto vivente", di cui sarebbero espressione le richiamate sentenze delle sezioni unite della Corte di cassazione.

L'interpretazione, della cui legittimità dubita il rimettente, corrisponde a un orientamento delle sezioni unite della Corte di cassazione, espresso con tre sentenze, per cui, nel caso in questione, può ritenersi che ricorra un'ipotesi di "diritto vivente", a cui il giudice a quo può uniformarsi o meno (*ex plurimis*, sentenze n. 117 del 2012 e n. 91 del 2004), restando però libero, nel secondo caso, di assumere il "diritto vivente" ad oggetto delle proprie censure.

2.2.- Secondo il costante orientamento di questa Corte, la violazione del principio di uguaglianza sussiste solo qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non, invece, quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili (*ex plurimis*, sentenze n. 155 del 2014, n. 108 del 2006 e n. 340 del 2004).

Tali non risultano, nel caso in esame, le fattispecie poste a confronto, contrariamente all'avviso del giudice rimettente.

Ed, invero, coloro che hanno stipulato una clausola compromissoria nella vigenza del vecchio testo dell'art. 829, terzo comma, cod. proc. civ., che prevedeva l'impugnabilità del lodo per violazione delle regole di diritto, salvo che le parti non avessero autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile, sono in una situazione obiettivamente diversa rispetto ai contraenti che, dopo il 2 marzo del 2006, vigente la nuova regola posta dall'art. 24 del d.lgs. 40 del 2006, debbono esprimere una specifica volontà per realizzare il medesimo obiettivo dell'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto.

Il punto di riferimento ai fini della valutazione sulla identità delle fattispecie non può, infatti, essere individuato solo nella data di proposizione dell'arbitrato, in quanto così facendo si astrarrebbe la domanda dal suo contesto, trascurando il quadro normativo in cui la volontà delle parti si è formata e il ruolo che questa assume nell'arbitrato, come suo indefettibile fondamento.

Va, poi, riconosciuta la natura sostanziale e non meramente processuale della regola posta dal novellato art. 829, terzo comma, cod. proc. civ., a nulla rilevando che all'arbitrato sia attribuita natura giurisdizionale, poiché, come rilevato dalle sezioni unite della Corte di cassazione nelle richiamate sentenze, «la natura processuale dell'attività degli arbitri non esclude che sia pur sempre la convenzione di arbitrato a determinare i limiti di impugnabilità dei lodi» (Corte di cassazione, sezioni unite, 9 maggio 2016, n. 9341, 9285 e 9284).

Quanto, poi, alla ritenuta violazione del principio *tempus regit processum*, la censura deve, pure, ritenersi infondata, considerato che, come rilevato dalle sezioni unite, «la presenza di un'esplicita disciplina transitoria priva di rilevanza esclusiva il riferimento alla natura processuale degli atti per risolvere le questioni di diritto intertemporale» (Corte di cassazione, sezioni unite, 9 maggio 2016, n. 9341, 9285 e 9284) e che, quindi, l'interpretazione offerta dalle citate pronunce della Corte di cassazione appare pienamente conforme alla disciplina transitoria, regolata dall'art. 27, comma 4, del d.lgs. n. 40 del 2006.

2.3.- Con riferimento all'asserita violazione dell'art. 41 Cost., la questione deve, pure, ritenersi non fondata.

Anche nel regime precedente alla riforma del 2006, l'autonomia negoziale si poneva come momento fondamentale della disciplina dell'arbitrato, in quanto la legge consentiva l'impugnazione del lodo, per violazione delle regole di diritto, salva diversa volontà delle parti.

Il mutamento di disciplina, che restringe i motivi di impugnazione del lodo arbitrale non può, quindi, essere considerato come fondato sulla scelta di attribuire un maggiore rilievo all'autonomia delle stesse parti, visto che essa era pienamente salvaguardata anche nel vigore della precedente normativa.

Si deve, anzi, ritenere che l'interpretazione avanzata, a fronte del nuovo regime di impugnazione del lodo, dalle sezioni unite della Corte di cassazione tuteli, proprio, quell'autonomia delle parti che, invece, il giudice rimettente ritiene violata.

3.- Pertanto, la questione di legittimità costituzionale, sollevata dall'ordinanza di rimessione indicata in epigrafe, deve essere dichiarata non fondata.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 829, terzo comma, del codice di procedura civile, come sostituito dall'art. 24 del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della L. 14 maggio 2005, n. 80), in combinato disposto con l'art. 27, comma 4, del medesimo decreto legislativo, sollevata dalla Corte di appello di Milano, in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 6 dicembre 2017.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 30 GEN. 2018.

CAPITOLO XVII
I COSTI E LA RISERVATEZZA

Cassazione civile sez. I, 21/03/2014, n. 6736

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SALMÈ Giuseppe - Presidente -
Dott. SALVAGO Salvatore - Consigliere -
Dott. DIDONE Antonio - Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro - rel. Consigliere -
Dott. DI VIRGILIO Maria Rosa - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso n. 15102 - 2007 proposto da:
COMUNE DI BITONTO Elettivamente domiciliato in Roma, via del Tritone, n. 102, nello studio dell'avv. Vito Nanna; rappresentato e difeso dall'avv. Spagnolo Attilio, giusta procura speciale a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
D.V. Elettivamente domiciliato in Roma, piazza di Villa Carpegna, n. 58, nello studio dell'avv. Marco Petrini; rappresentato e difeso dall'avv. Tarantino Gianfranco, giusta procura speciale in calce al controricorso;
- controricorrente -

e contro
FALLIMENTO ITAL.CO.GI S.R.L.; A.T.I. VITO BRUNO E GIORDANO SAVERIO;
- intimati -

avverso la sentenza della Corte di appello di Bari n. 654, depositata il 30 giugno 2006;
sentita la relazione svolta all'udienza pubblica in data 11 luglio 2013 dal consigliere dott. Pietro Campanile;

sentito per il ricorrente l'avv. Spagnolo;
sentito per il controricorrente l'avv. Petrini, munito di delega;
udite le richieste del Procuratore Generale, in persona del sostituto dott. CAPASSO Lucio, il quale ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1 - L'Ing. D.V. conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Bari, sezione distaccata di Bitonto, il Comune di Bitonto e la S.r.l. Italcogi, chiedendone la condanna al pagamento delle competenze a lui spettanti per l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio nell'ambito di un procedimento arbitrale svoltosi fra dette parti e conclusosi con lodo depositato in data 13 dicembre 1997, reso esecutivo in data 18 febbraio 1998, nel quale il proprio compenso, liquidato in L. 20.647.500, veniva posto a carico delle parti nella misura rispettiva di un terzo e due terzi.

1.1 - Nella contumacia della società convenuta, si costituiva il Comune di Bitonto, contestando la fondatezza della domanda nei propri confronti, essendo tenuti unicamente l'Italcogi e l'ATI Giordano, della quale chiedeva ed otteneva la chiamata in causa, avendo già eccepito che il Collegio arbitrale suddetto era privo di *potestas judicandi*.

1.2 - Nel corso del giudizio veniva prodotta dal Comune la decisione n. 64 del 1999 con la quale la Corte di appello di Bari aveva annullato il lodo e condannato la Ital.co.gi e l'ATI al pagamento delle spese legali.

1.3 - Il Tribunale adito, con sentenza n. 76 del 2001, rigettava la domanda proposta dall'Ing. D. nei confronti del Comune di Bitonto, accogliendola, per converso, nei confronti della Italcogi e della ATI Giordano.

1.4 - Avverso tale decisione proponeva appello l'ing. D., dolendosi dell'esclusione della solidarietà, relativamente all'obbligazione derivante dalla propria prestazione nell'ambito del giudizio arbitrale, nei confronti dell'ente territoriale.

1.5 - La Corte di appello di Bari, con la decisione indicata in epigrafe, in accoglimento del gravame, estendeva le statuizioni di condanna al pagamento del compenso, come quantificato in prime cure, in favore dell'appellante, richiamando il principio secondo cui il diritto all'onorario spettante al consulente tecnico d'ufficio, avuto riguardo alla svolgimento della prestazione nell'interesse comune delle parti, può essere fatto valere, in via solidale, nei confronti di tutte le parti, a prescindere dalla soccombenza, che opera soltanto nei rapporti interni fra le stesse.

1.6 - Per la cassazione di tale decisione il Comune di Bitonto ha proposto ricorso, affidato a due motivi, cui l'ing. D. resiste con controricorso.

La parti hanno depositato memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

2 - Con il primo motivo di deduce violazione e falsa applicazione delle disposizioni in materia di arbitrato E di consulenza tecnica d'ufficio, nonché della L. n. 319 del 1980 e degli artt. 90 e 91 c.p.c., oltre a vizio di motivazione insufficiente, sostenendosi - con formulazione di idonei quesiti di diritto - che erroneamente la

corte di appello avrebbe affermato il principio di solidarietà in materia di spese di consulenza tecnica, desumibile dalla disciplina del codice di rito, non estensibile all'arbitrato.

2.1 - Con il secondo mezzo, denunciandosi violazione e falsa applicazione degli artt. 806, 807808. 814 c.p.c., dell'art. 1173 c.c. e dell'art. 112 c.p.c., si sostiene che la corte territoriale non avrebbe potuto, senza violare il principio della corrispondenza fra la domanda e il pronunciato, giustificare l'accoglimento della pretesa dell'ing. D. in virtù del vincolo di solidarietà fra le parti, avendo il consulente fondato la propria domanda sulla statuizione del lodo, che era stato poi dichiarato nullo a seguito di impugnazione.

3 - Il primo motivo è fondato.

Il principio della solidarietà nei rapporti fra il consulente tecnico d'ufficio e le parti del giudizio ordinario, in relazione all'obbligazione inerente al compenso dovuto al primo per l'attività svolta, si fonda sulla natura della prestazione, "effettuata in funzione di un interesse comune delle parti del giudizio nel quale è stata resa, interesse che, cosi, assorbe e trascende quello proprio e particolare delle singole parti" (Cass., 8 luglio 1966, n. 6199; cfr. anche Cass., 15 settembre 2008, n. 23586; Cass., 30 dicembre 2009, n. 28094).

Tale orientamento di certo risente del ruolo di natura pubblicistica attribuito al consulente tecnico d'ufficio in quanto chiamato a partecipare, in qualità di ausiliario del giudice, a un vero e proprio procedimento avente pieno carattere giurisdizionale: egli, ai sensi dell'art. 63 c.p.c., è obbligato, salvi i giusti motivi di astensione, ad assumere l'incarico; presta il giuramento; assume la qualifica di pubblico ufficiale (Cass. pen, 27 agosto 2012, n. 14652, contrariamente al consulente nominato in un giudizio arbitrale: Cass. pen, 22 gennaio 2013, n. 5901); risponde penalmente del proprio operato (art. 373 c.p.), ottiene la liquidazione del proprio compenso ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, che, anche secondo la prevalente dottrina, non può trovare applicazione del giudizio arbitrale.

4 - Deve pertanto ritenersi che l'affermazione del principio di solidarietà, per il vero non codificato (ove si prescinda dalla disposizione speciale, poi abrogata, contenuta nel D.M. n. 390 del 2000, art. 10, ultimo comma emanato ai sensi della L. 11 febbraio 1994, n. 109, art. 32 in materia di appalti pubblici), trovi la sua scaturigine, pur in assenza di un rapporto diretto fra le parti e il consulente tecnica d'ufficio, anche nell'interferenza degli elementi normativi inerenti alla sua nomina e all'incarico allo stesso affidato, tali da far ritenere che detta attività, sebbene intesa ad integrare, ove non percettiva, le cognizioni del giudice, in quanto assistita dalle garanzie inerenti a un *munus* di rilevanza pubblicistica, debba presumersi finalizzata al conseguimento di un superiore interesse di giustizia.

5 - Tali elementi, di certo, non sono rinvenibili nel rapporto che connota la presenza dei consulenti tecnici d'ufficio nel giudizio arbitrale, che, indipendentemente dalla natura giurisdizionale da riconoscersi senz'altro all'arbitrato rituale, nasce esclusivamente (salva l'ipotesi di intervento, in concreto, di specifici accordi con le parti, anche in merito all'entità del compenso) da un incarico conferito dagli arbitri, a loro volta legati alle parti da un negozio giuridico di natura privatistica.

In effetti da tale rapporto di mandato scaturisce, ai sensi dell'art. 1719 c.c., l'obbligo del mandante di "somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratte in proprio nome". Tale disposizione, maggiormente pertinente al rapporto in esame ove si consideri che, secondo l'orientamento prevalente, gli arbitri non necessitano del

consenso delle parti al fine di disporre la consulenza tecnica d'ufficio, e, quindi, di certo non agiscono in loro nome, trova piena rispondenza nella disciplina del rapporto arbitrale. Infatti l'art. 814 c.p.c., prevede che le parti sono tenute, in via solidale, al rimborso, in favore degli arbitri, delle spese, nonché al pagamento dell'onorario per l'opera prestata, dovendosi nelle prime ricomprendere anche quelle relative alla consulenza tecnica d'ufficio e del funzionamento del collegio, compreso il compenso al segretario (Cass., 23 giugno 2008, n. 17034;

Cass., 30 dicembre 2004, n. 24260).

6 - Non essendo, quindi, predicabile l'azione diretta dei consulenti tecnici nei confronti delle parti per ottenere i propri compensi, dovendo essi rivolgersi agli arbitri che li hanno nominati, è evidente che la solidarietà passiva posta alla base della decisione impugnata è da escludersi "in apicibus", dovendo al contrario affermarsi, sulla base del chiaro tenore letterale dell'art. 814 c.p.c., nei rapporti fra le parti e gli arbitri.

7 - Con riferimento, poi, agli sviluppi della vicenda in esame (risulta pacificamente che il lodo venne annullato dalla Corte di appello di Bari con sentenza n. 64 del 1999), risulta fondato anche il secondo motivo, con il quale si sostiene che a seguito di annullamento del lodo per carenza di *potestas indicandi* in capo agli arbitri, il regolamento delle spese processuali ivi contenuto, che l'ing. D. aveva posto a fondamento della propria domanda, era superato dalla nuova pronuncia, che aveva posto esclusivamente a carico dell'ATI e della Ital.co.gi il compenso dovuto al controricorrente per la consulenza resa nel giudizio arbitrale, al quale, per altro, il Comune di Bitonto aveva partecipato precipuamente per contestare il totale difetto di "potestas iudicandi" degli arbitri. Soccorre, in proposito, l'orientamento espresso di recente da questa Corte, che ha affermato che anche nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale trova applicazione il principio, desumibile dall'art. 336 c.p.c., comma 1, secondo cui la riforma, anche parziale, della sentenza di primo grado ha effetto sulle parti dipendenti dalla parte riformata (c.d. "effetto espansivo interno") e determina, pertanto, la caducazione del capo che ha statuito sulle spese di lite. Ne consegue che il giudice di appello ha il potere-dovere di rinnovare totalmente, anche d'ufficio, il regolamento di tali spese, alla stregua dell'esito finale della causa (Cass., 4 giugno 2012, n. 8919).

8- Il ricorso, pertanto, deve essere accolto, con cassazione della decisione impugnata.

9 - Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, si procede, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 2, alla decisione nel merito, nel senso del rigetto della domanda dell'ing. D. nei confronti del Comune di Bitonto.

10 - La peculiarità e la novità di talune delle questioni trattate consigliano la compensazione delle spese processuali dell'intero giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta la domanda proposta da D.V. nei confronti del Comune di Bitonto. Dichiara interamente compensate fra le parti le spese processuali dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile, il 11 luglio 2013.

Depositato in Cancelleria il 21 marzo 2014

Cassazione civile sez. I, 07/08/2019, n. 21058

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Presidente -
Dott. MELONI Marina - Consigliere -
Dott. DI MARZIO Mauro - Consigliere -
Dott. TRICOMI Laura - Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso 28611/2014 proposto da:
Impresa Costruzioni Ingg. F. e G. P. S.n. c., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Casal Lumbroso n. 134, presso lo studio dell'avvocato Lufrano Maria, rappresentata e difesa dall'avvocato Di Lullo Giovanni, giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
C.N., Pa.Ma., U.E., elettivamente domiciliati in Roma, Via Teulada n. 52, presso lo studio dell'avvocato Scarpa Angelo, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato Mauro Alessandro, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 168/2014 della CORTE D'APPELLO di TRIESTE, depositata il 06/06/2014;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 04/07/2019 dal cons. Dott. LAMORGESE ANTONIO PIETRO;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. MISTRI CORRADO, che ha concluso per l'inammissibilità, in subordine rigetto;
udito, per i controricorrenti, l'Avvocato Mauro Alessandro che ha chiesto l'inammissibilità, in subordine rigetto per infondatezza.

RILEVATO CHE:
Gli avvocati C.N., U.E. e Pa.Ma. hanno chiesto al Presidente del Tribunale di Udine, a norma dell'art. 814 c.c., comma 2, di determinare le competenze per l'attività prestata quali arbitri rituali, nella procedura arbitrale promossa dalla Valdadige Spa nei confronti dell'Impresa Costruzioni F. e G. P. snc.

Il Presidente del Tribunale ha delegato per la trattazione il Dott. Pe.Gi., giudice anziano dello stesso Tribunale, il quale ha fissato l'udienza del 18 aprile 2013.

L'Impresa Costruzioni, costituitasi, ha sollevato eccezioni in ordine alla validità della predetta delega presidenziale, all'*an* e al *quantum* della pretesa avanzata dai ricorrenti.

Il Presidente del Tribunale, investito delle suddette eccezioni, ha confermato la designazione del Dott. Pe., il quale ha provveduto in data 20 novembre 2013, liquidando al collegio arbitrale il compenso di Euro 140000, oltre accessori, e ripartendolo tra i membri del collegio e il presidente.

La Corte d'appello di Trieste, con provvedimento del 6 giugno 2014, ha rigettato il reclamo degli arbitri, rilevando che: la delega delle funzioni presidenziali da parte del Presidente del Tribunale era conforme alle tabelle in vigore nel Tribunale, poiché il Dott. Pe. era il giudice più anziano addetto alla trattazione e decisione dei procedimenti di volontaria giurisdizione e, comunque, la violazione dei criteri tabellari non incideva sulla valida costituzione del giudice, potendo determinare al più una mera irregolarità priva di rilevanza esterna; le censure riguardanti la validità del compromesso e la regolarità della nomina degli arbitri erano riservate al giudizio di impugnazione del lodo; corretta era la quantificazione del compenso operata dal primo giudice.

L'Impresa Costruzioni F. e G. P. snc ha proposto ricorso per cassazione, resistito da C.N., U.E. e Pa.Ma..

CONSIDERATO CHE:

Preliminarmente si osserva che il provvedimento impugnato, emesso dalla Corte d'appello sul reclamo avverso il provvedimento del presidente del Tribunale di determinazione del compenso degli arbitri, è ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost., comma 7, (Cass. S.U. n. 25045 del 2016).

Il primo motivo del ricorso denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 38,810 e 814 c.p.c., del R.D. n. 12 del 1942, artt. 7 ter, 47 e 104 e art. 25 Cost., per non avere la Corte di merito rilevato l'inesistenza dei presupposti legittimanti la delega del Presidente del Tribunale ad altro magistrato, essendovi nel Tribunale altro magistrato più anziano da designare per la trattazione del ricorso, con consequenziale nullità del provvedimento di liquidazione del compenso in favore degli arbitri.

Il motivo è inammissibile perché censura solo una delle due autonome *rationes decidendi*, enunciate a sostegno della decisione impugnata: quella riguardante l'anzianità del Dott. Pe., sul presupposto che vi fosse altro magistrato più anziano, e non l'altra ratto, la quale è da sola sufficiente a sorreggerla, relativa alla non incidenza della dedotta violazione dei criteri tabellari sulla capacità e valida costituzione del giudice, attenendo il provvedimento di delega al funzionamento interno degli organi giurisdizionali.

Il secondo motivo denuncia violazione dell'art. 12 c.p.a., inesistenza e invalidità della clausola arbitrale contenuta nel contratto preliminare di compravendita e nella convenzione integrativa, inerendo la controversia a un procedimento amministrativo e, quindi, a interessi legittimi e non a diritti soggettivi.

Il motivo è inammissibile, avendo la sentenza impugnata deciso la causa in senso conforme all'orientamento della giurisprudenza di legittimità (art. 360 bis c.p.c., n. 1), secondo il quale il diritto dell'arbitro di ricevere il pagamento dell'onorario sorge per il fatto di avere effettivamente espletato l'incarico, senza che, nella

sommaria procedura di liquidazione apprestata dall'art. 814 c.p.c., al presidente del tribunale sia consentita alcuna indagine sulla validità del compromesso e del lodo e sulla regolarità della nomina degli arbitri, materie comprese nella previsione dell'art. 829 c.p.c. e riservate alla cognizione del giudice dell'impugnazione indicato dal precedente art. 828 (Cass. n. 14799 del 2008). Si è anche rilevato che il diritto degli arbitri di ricevere il pagamento dell'onorario sorge per il fatto di avere effettivamente espletato l'incarico conferito, nell'ambito del rapporto di mandato intercorrente con le parti, e prescinde dalla validità ed efficacia del lodo, non venendo meno, di conseguenza, il diritto di ricevere il compenso, per l'esecuzione del mandato, nell'ipotesi d'invalidità del lodo stesso (Cass. n. 15420 del 2018).

La dedotta violazione dell'art. 816 ter c.p.c., per avere il c.t.u. e il collegio arbitrale direttamente e illegittimamente acquisito documenti dalla P.A., non si è tradotta nella formulazione di un motivo ammissibile, mancando l'individuazione della statuizione impugnata e di specifiche censure.

Il ricorso è inammissibile. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte dichiara il ricorso inammissibile; condanna il ricorrente alle spese, liquidate in Euro 5200,00, oltre spese generali e accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 4 luglio 2019.

Depositato in Cancelleria il 7 agosto 2019

Cassazione civile sez. un., 07/12/2016, n. 25045

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CANZIO Giovanni - Primo Presidente -
Dott. RORDORF Renato - Presidente aggiunto -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente aggiunto -
Dott. RAGONESI Vittorio - rel. Consigliere -
Dott. BIELLI Stefano - Consigliere -
Dott. DIDONE Antonio - Consigliere -
Dott. BRONZINI Giuseppe - Consigliere -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Consigliere -
Dott. DI IASI Camilla - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso 4585-2013 proposto da: TODINI COSTRUZIONI GENERALI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE BRUNO BUOZZI 82, presso lo studio degli avvocati FEDERICA IANNOTTA e GREGORIO IANNOTTA, che la rappresentano e difendono, per delega in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
ALTAREA SCA (già Altarea sa), ALTAREA ITALIA S.R.L., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in ROMA, VIA FLAMINIA 318, presso lo studio dell'avvocato FABRIZIO FIORAVANTI, che le rappresenta e difende unitamente all'avvocato FRANCESCO RUFFINO, per deleghe in calce al ricorso successivo;
- ricorrenti successivi -

contro
F.P., L.M., V.S., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA GAETANO DONIZETTI 7, presso lo studio dell'avvocato PASQUALE FRISINA, che li rappresenta e difende, per deleghe in calce ai controricorsi;
- controricorrenti -

avverso l'ordinanza della CORTE D'APPELLO di ROMA depositata il 10/09/2012 - r.g.v.g. n. 50941/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/10/2016 dal Consigliere Dott. VITTORIO RAGONESI;
uditi gli avvocati Gregorio IANNOTTA, Fabrizio FIORAVANTI e Caterina MERCURIO per delega dell'avvocato Pasquale Frisina;
udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. IACOVIELLO Francesco Mauro, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso e rimessione alla Sezione semplice per l'ulteriore corso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'Appello di Roma, con ordinanza depositata il 10.9.12, ha parzialmente accolto il reclamo, ex art. 814 c.p.c., comma 3, e art. 825 c.p.c., avverso il decreto di liquidazione delle competenze arbitrali compiuta dal Presidente del Tribunale della stessa città, riducendo la somma liquidata dal primo in favore degli arbitri L.M., V.S. e F.P. e posta a carico solidale delle parti del giudizio arbitrale ripartita tra di esse nella misura di 2/3 a carico della Todini Costruzioni Generali SpA e di 1/3 a carico di Altarea sca, società di diritto francese, e Altarea Italia srl, con compensazione delle spese del procedimento.
La Corte territoriale ha affermato, in particolare, che l'abrogazione delle tariffe forensi, ad opera del D.L. n. 1 del 2012, in attesa del decreto attuativo ex art. 9 detto Decreto, non impediva di servirsi di quelle, come strumento equitativo per valutare l'adeguatezza del compenso liquidato agli arbitri, ancor più perché questi formavano un collegio misto, e senza che potesse rilevare, in quella sede, l'asserita inesistenza o nullità dell'attività arbitrale.
Avverso tale ordinanza ha proposto ricorso per cassazione la società Todini Costruzioni Generali SpA, con due mezzi articolati sulla premessa di una rimeditazione, da parte di questa Corte, dell'ammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost.
Contro tale ricorso hanno resistito, con controricorso, gli arbitri L.M., V.S. e F.P..
Hanno altresì proposto "controricorso" le società condebitrici Altarea sca e Altarea Italia srl, chiedendo la cassazione del provvedimento impugnato.
Avverso tale "controricorso" hanno resistito, con controricorso, i predetti arbitri.
Sono state depositate memorie dalla Todini spa e dagli arbitri resistenti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente va osservato che la Prima Sezione civile di questa Corte ha ritenuto che il controricorso delle società Altarea dovesse essere qualificato come ricorso per cassazione, avendo con esso le "società controricorrenti" richiesto la cassazione del provvedimento impugnato. Ha osservato a tale proposito che questa Corte ha già avuto modo di chiarire che "un controricorso ben può valere come ricorso incidentale, ma, a tal fine, per il principio della strumentalità delle forme - secondo cui ciascun atto deve avere quel contenuto minimo sufficiente al raggiungimento dello scopo occorre che esso contenga i requisiti prescritti dall'art. 371 in relazione agli artt. 365, 366 e 369 c.p.c. ed in particolare, la richiesta - anche implicita - di cassazione della sentenza specificatamente prevista dall'art. 366 c.p.c., n. 4...".

Ha quindi proceduto a qualificare il ricorso in esame come incidentale disponendone la riunione con quello principale.

Queste Sezioni Unite fanno propria la decisione su tale punto della Prima Sezione che appare conforme all'orientamento già espresso da questa Corte.

2. Ciò posto, con il primo motivo di ricorso si contesta che la Corte d'appello abbia considerato non applicabili le tariffe forensi di cui al D.M. n. 127 del 2004, nonostante il D.L. n. 1 del 2012 e il D.M. n. 140 del 2012, art. 41 avessero escluso l'applicazione di quest'ultimo ai procedimenti giudiziari già conclusi prima della entrata in vigore del decreto di soppressione delle tariffe di cui al D.M. n. 127 del 2004.

Con il secondo motivo lamenta che la Corte d'appello abbia ritenuto che il valore della controversia dovesse stabilirsi sulla base della domanda (620 milioni di Euro) anziché di quanto effettivamente accertato in giudizio (10 milioni di Euro).

Con l'unico motivo di ricorso incidentale le società Altarea lamentano anch'esse l'erronea determinazione dei compensi agli arbitri in quanto le tariffe forensi non risultavano applicabili, stante la composizione mista del collegio arbitrale in cui uno dei componenti non era avvocato, per cui si sarebbe comunque dovuto far riferimento eventualmente anche a quelle di altri ordini professionali e comunque applicando principi generali di equità attinenti alla fattispecie quali il pregio e l'importanza dell'opera svolta, la complessità del giudizio ed il valore della controversia nella specie non applicati correttamente.

3. La prima questione da esaminare è quella sollevata dai controricorrenti arbitri concernente l'ammissibilità o meno del ricorso straordinario per cassazione avverso il provvedimento di liquidazione del compenso agli arbitri.

Si rammenta a questo proposito che queste Sezioni Unite (Sez. U., 03/07/2009, nn. 15586 e 15592) hanno in un primo momento ritenuto che il procedimento di cui all'art. 814 c.p.c. (nella formulazione anteriore al D.Lgs. n. 40 del 2006) previsto per la liquidazione del compenso agli arbitri svolge "una funzione giurisdizionale non contenziosa" che si conclude con una ordinanza di natura essenzialmente privatistica, perciò carente di vocazione al giudicato ed insuscettibile di ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., comma 7.

Tale orientamento è stato confermato successivamente da Sez. U., 31/07/2012, n. 13620, seppure con un diverso ordine di considerazioni, "attinenti all'esigenza di assicurare un sufficiente grado di stabilità agli indirizzi giurisprudenziali formatisi riguardo all'interpretazione di norme che, come l'art. 814 c.p.c., presentano in proposito margini di opinabilità".

Tale orientamento interpretativo richiede una necessaria rivisitazione alla luce della intervenuta modifica della disciplina normativa in materia di arbitrato come introdotta dalla novella di cui al D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, con particolare riferimento agli artt. 814 e 825 c.p.c. apparendo ormai superato il tradizionale enunciato secondo cui l'arbitrato è sempre atto di autonomia privata.

Invero le stesse Sezioni Unite (Cass. Sez. U. 25/10/2013, n. 24153) hanno recentemente affermato, in materia di arbitrato estero e in via più generale - attraverso una rivisitazione della natura stessa dell'istituto -, la compiuta giurisdizionalizzazione dell'arbitrato a seguito della novella recata dal D.Lgs. n. 40 del 2006, operando un consapevole "overruling" dei profili processuali. A tale proposito è stato altresì successivamente affermato che "l'attività degli arbitri rituali, anche alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile

dalla L. 5 gennaio 1994, n. 25 e dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione"(Cass Sez. U. 06/11/2014, n. 23675).

Queste Sezioni Unite ritengono di doversi conformare al più recente orientamento espresso dalle appena citate sentenze che trova il proprio fondamento sulle disposizioni del D.Lgs. 2 febbraio 2006, n 40, da cui si desume con ogni evidenza la natura giurisdizionale dell'arbitrato.

Il provvedimento, dunque, della Corte d'appello di Roma che ha accolto parzialmente il reclamo avverso il provvedimento di liquidazione delle competenze arbitrali effettuato dal presidente del tribunale di Roma deve ritenersi a tutti gli effetti un provvedimento giurisdizionale.

Ciò posto, al fine di esaminarne la ricorribilità con il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost., occorre valutare se ricorrono i due requisiti della decisorietà e della definitività. Come è noto i caratteri di definitività e decisorietà del provvedimento (al di là della forma adottata di ordinanza o decreto) che comportano l'efficacia di giudicato, si ravvisano quando la decisione incide su situazioni soggettive di natura sostanziale, senza che ne sia possibile la revoca o la modifica attraverso l'esperimento di alcun altro rimedio giurisdizionale. Nel caso di specie, oggetto della controversia è la determinazione del compenso per lo svolgimento di una attività quale quella di arbitri svolta da professionisti qualificati che va necessariamente qualificata come professionale.

Non pare pertanto seriamente contestabile che il riconoscimento e la determinazione di un compenso per l'attività svolta investa una controversia su diritti soggettivi.

A tale proposito è appena il caso di rammentare analoghi procedimenti per la liquidazione di altre prestazioni professionali riguardo ai quali la giurisprudenza è costante nel riconoscerne carattere contenzioso e per i quali è perciò consentito l'accesso in cassazione.

In primo luogo, il procedimento in esame può confrontarsi con lo speciale procedimento camerale di tipo sommario previsto per la liquidazione dei diritti e degli onorari degli avvocati, che viene pacificamente considerato contenzioso perché incidente su diritti soggettivi di credito dei professionisti, con la conseguenza che il regime delle impugnazioni segue il criterio della prevalenza della natura sostanziale del provvedimento sulla forma, consentendo l'impugnazione vuoi con il mezzo dell'appello, vuoi con quello del ricorso straordinario in cassazione (Cass Sez un 182/1999; Cass. 960/09; Cass. 1666/12; Cass. 4002/16).

In secondo luogo, può paragonarsi al procedimento di opposizione al decreto di liquidazione dei compensi degli ausiliari del giudice, avverso il quale è ritenuto ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7, in virtù del rinvio al procedimento speciale per la liquidazione degli onorari di avvocato (Cass 24959/11).

Infine, può rapportarsi con i procedimenti di liquidazione dei compensi in materia fallimentare. In tale ambito, infatti, si ritiene pacificamente impugnabile con ricorso straordinario il decreto del tribunale emesso in sede di reclamo avverso il provvedimento del giudice delegato di liquidazione dei compensi al difensore della

procedura ovvero al consulente, in quanto connotato da un carattere definitivo (non essendo soggetto ad ulteriore impugnazione) e da un effetto decisorio incidendo su diritti soggettivi (Cass. 7782/07; Cass. 15941/07; Cass. 13482/02; Cass. 16136/11).

Nel caso di specie, inoltre, non appare possibile alcun riferimento alla disciplina di cui agli artt. 1339 e 1349 c.c. che concernono l'integrazione della volontà negoziale delle parti da parte del terzo cui queste abbiano conferito tale compito. L'art. 814 c.p.c. prevede infatti una disciplina del tutto diversa in quanto nel caso di specie è una delle parti che determina l'ammontare del compenso dovuto e non già un terzo.

Ciò del resto corrisponde al principio secondo cui è il professionista che determina la propria parcella che deve essergli corrisposta dai propri clienti o assistiti salvo poi, in caso di mancata accettazione da parte di questi ultimi, esauriti gli eventuali procedimenti interni ai vari ordini professionali, ricorrere al giudice per la determinazione.

Nessun atto di carattere negoziale interviene quindi nella fattispecie in esame non sussistendo alcun preventivo accordo tra le parti del rapporto in tal senso.

Sotto un ulteriore profilo non appare a tale proposito contestabile che le parti e gli arbitri possano direttamente ricorrere per la determinazione del compenso degli arbitri ad un ordinario processo di cognizione o ad un procedimento monitorio. Da ciò deve necessariamente concludersi che il procedimento speciale previsto dall'art. 814 c.p.c., quale via alternativa al processo ordinario, necessariamente effettua un accertamento che coinvolge diritti avendone la medesima natura giurisdizionale.

Tale natura del resto non potrebbe essere negata in ragione delle forme semplificate che lo contraddistinguono, poiché l'utilizzo di procedimenti sommari non esclude la loro funzione di risolvere una controversia tra parti contrapposte.

Quanto alla definitività, questa attiene come è noto alla mancanza di diversi rimedi impugnatori e nel caso di specie deve ritenersi che, una volta conclusosi il procedimento di reclamo innanzi alla Corte d'appello, nessuna ulteriore impugnazione sia possibile se non il ricorso per cassazione ex art. 111 Cost..

A ciò non osta la circostanza che, come in precedenza osservato, sussiste per gli arbitri la possibilità di sottoporre la medesima controversia in sede di giudizio ordinario in quanto tale facoltà non esclude che, se gli arbitri optano per il diverso procedimento sommario di liquidazione da parte del presidente del tribunale con possibilità di successivo reclamo innanzi alla Corte d'appello, questo secondo procedimento rivesta anch'esso carattere giurisdizionale.

Il rapporto tra i due procedimenti giudiziari resta in tal modo regolato dal principio del giudicato per cui, una volta formatosi quest' ultimo in uno dei due giudizi, resta preclusa all'altro la possibilità di emanare pronuncia sulla stessa controversia.

4. Venendo all'esame dei due motivi del ricorso principale e di quello incidentale, gli stessi, tra loro collegati, possono essere trattati congiuntamente e gli stessi si rivelano fondati nei termini che seguono.

Si osserva in primo luogo che la Corte d'appello ha effettivamente ritenuto che le tariffe del D.M. n. 147 del 2004 fossero state abrogate.

Tale assunto è erroneo in quanto, come del resto concordemente ritenuto dalle parti in causa, il D.M. è entrato in vigore il 23.8.12 per cui, essendosi il giudizio arbitrale esaurito nell'ottobre del 2011, dovevano

ancora applicarsi le tabelle dello stesso, poiché il D.L. n. 1 del 2012, art. 9 che ne aveva disposto l'abrogazione, ne aveva altresì prevista l'ultrattività fino alla entrata in vigore del decreto ministeriale attuativo e comunque non oltre 120 giorni dalla conversione del decreto legge stesso.

Nonostante la non corretta affermazione in punto di diritto, la Corte d'appello ha fatto comunque applicazione delle tabelle sotto un duplice profilo: da un lato ha ritenuto di considerare, ai sensi dell'art. 2333 c.c., le tariffe come rientranti nel novero degli usi e, quindi, applicabili come criterio equitativo; dall'altro, ha considerato le stesse applicabili sempre sotto il profilo equitativo in ragione del fatto che il collegio arbitrale era a composizione mista (due avvocati ed un dottore commercialista) onde non sussisteva comunque l'obbligo di fare applicazione della tariffa forense ma questa ben poteva essere applicata in via equitativa.

In sostanza, la decisione di pervenire ad una applicazione in via equitativa appare basata su due *rationes decidendi*: la prima erronea relativa alla ritenuta non applicabilità del D.M. n. 127 del 2004 e la seconda sulla composizione mista del collegio arbitrale.

Tale seconda ratio, conforme all'orientamento già espresso da questa Corte (v. Cass. 53/03), appare di per sé sufficiente a sostenere la decisione di far ricorso ad un criterio equitativo basato sul riferimento alle tabelle del citato decreto ministeriale.

Ne consegue che le censure circa il ricorso ai criteri equitativi appaiono infondati.

Resta peraltro da valutare la corretta applicazione dei predetti criteri al caso di specie in cui la determinazione degli onorari è avvenuta sulla base del valore della domanda (620 milioni di Euro) e non su quello della somma attribuita con il lodo (10 milioni di Euro) con l'attribuzione da parte del decreto impugnato agli arbitri della somma di euro due milioni e mezzo di Euro.

Ciò posto, la censura rivolta dal ricorso principale avverso il provvedimento impugnato investe la mancata applicazione del D.M. n. 127 del 2004, art. 6, comma 1, in ragione del quale: "nella liquidazione degli onorari a carico del soccombente, il valore della causa è determinato a norma del codice di procedura civile... (omissis) nei giudizi per pagamento di somme o liquidazione di danni, alla somma attribuita alla parte vincitrice piuttosto che a quella domandata".

Il ricorso incidentale prospetta la medesima questione sotto un profilo più generale sostenendo che il criterio equitativo doveva essere applicato anche nella determinazione del valore reale della controversia derivante dal suo esito anziché su quello formale della domanda.

Tali censure appaiono fondate.

L'ordinanza impugnata, dopo avere deciso di far ricorso all'equità sulla base delle tabelle di liquidazione di cui al più volte citato D.M. n. 127 del 2004, ha poi fatto applicazione, citando giurisprudenza di questa Corte, del principio di cui all'art. 12 c.p.c. secondo cui il valore della controversia si determina in base al valore della domanda.

Invero la Corte d'appello, una volta fatta applicazione del criterio equitativo in riferimento alle tabelle del D.M. n. 147 del 2004, avrebbe dovuto attenersi alle prescrizioni di quest'ultimo non solo in riferimento alle tabelle di liquidazione ma anche ai criteri generali per la determinazione del compenso in virtù dei quali avrebbe dovuto determinare il valore della controversia in base al disposto dal D.M. 127 del 2004 e, cioè, non sulla base di quanto richiesto dalla parte ma di quanto liquidato con la decisione.

Le tabelle di liquidazione degli importi sono infatti strettamente collegate ai criteri generali di liquidazione onde non è possibile applicare in via equitativa le une prescindendo dagli altri.
In ogni caso, comunque, l'applicazione al caso di specie dell'art. 12 c.p.c., in quanto principio di diritto al di fuori del contesto di valutazione equitativa, risulta erronea perché, una volta applicati i criteri di legge alla determinazione del valore della causa, dovevano trovare necessariamente attuazione quelli di cui all'art. 6 D.M. citato risultando esso, in ragione di quanto in precedenza detto, ancora in vigore.
6. I ricorsi vanno dunque accolti.
L'ordinanza impugnata va pertanto cassata con rinvio alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione che provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.
Accoglie il ricorso principale e quello incidentale nei sensi di cui in motivazione, cassa l'ordinanza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Roma.
Così deciso in Roma, il 11 ottobre 2016.
Depositato in Cancelleria il 7 dicembre 2016

Cassazione civile sez. II, 05/08/2016, n. 16594

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. BUCCIANTE Ettore - Presidente -
Dott. MANNA Felice - Consigliere -
Dott. D'ASCOLA Pasquale - Consigliere -
Dott. SCARPA Antonio - rel. Consigliere -
Dott. CRISCUOLO Mauro - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso 10048-2012 proposto da:
TIELLE SPORT SRL rappresentata e difesa dall'avvocato RICCARDO MARZO;
- ricorrente -

contro
V.P., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA TERENZIO, 21 SC.C, presso lo studio dell'avvocato GAETANO CARLETTI, rappresentato e difeso dall'avvocato MARCELLO MARCUCCIO;
- controticorrente -

avverso la sentenza n. 511/2011 della CORTE D'APPELLO di LECCE, depositata il 08/06/2011;

nonché sul ricorso 23299-2015 proposto da:
TIELLE SPORT SRL. rappresentata e difesa dall'avvocato RICCARDO MARZO;
- ricorrente -

contro
V.P., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA TERENZIO, 21 SC.C, presso lo studio dell'avvocato GAETANO CARLETTI, rappresentato e difeso dagli avvocati MARCELLO MARCUCCIO, ROSSELLA MARCUCCIO;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 419/15 della CORTE D'APPELLO di LECCE, depositata il 16/06/2015;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 14/07/2016 dal Consigliere Dott. ANTONIO SCARPA;

udito l'Avvocato Marcello Marcuccio;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SGROI CARMELO, che ha concluso per il rigetto dei ricorsi.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. L'avvocato V.P. richiese ed ottenne dal Tribunale di Lecce Decreto Ingiuntivo n. 937 del 1996 per il pagamento delle competenze relative all'attività di arbitro unico in una procedura di arbitrato irrituale volta a definire le controversie insorte fra la Tielle Sport s.r.l. e G.P.. Con sentenza n. 127/2006 del 27 gennaio 2006 il Tribunale di Lecce rigettava l'opposizione proposta dalla Tielle Sport s.r.l. Veniva proposto appello da quest'ultima e la Corte d'Appello di Lecce, con sentenza n. 511/2011 dell'8 giugno 2011, rigettava il gravame. Quanto ai motivi di impugnazione, la Corte di Lecce superava la questione inerente la competenza del Consiglio dell'Ordine a liquidare i compensi dell'arbitro, trattandosi di investitura operata dalle parti in apposita clausola compromissoria e, peraltro, coerente con la natura di arbitrato irrituale della procedura. Venivano altresì disattese dalla Corte di merito: la contestazione in ordine all'entità del compenso liquidato ed alle modalità di determinazione dello stesso da parte del Consiglio dell'Ordine, alla stregua della tariffa applicata; le censure di inammissibilità dell'arbitrato, perché riguardante materia non deferibile agli arbitri (in particolare, "parasubordinazione"); la questione relativa alla violazione della posizione di terzietà dell'arbitro, essendo l'avvocato V. amico di G.P., a dire dell'appellante; la doglianza relativa all'esiguità dell'opera svolta dall'avvocato V.; le censure di omessa motivazione o omessa pronuncia imputabili al Tribunale.
Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Lecce, Tielle Sport s.r.l. ha proposto ricorso per cassazione, contraddistinto con R.G.N. 10048/2012 ed articolato in nove motivi, cui resiste con controricorso l'avvocato V.P..
Le parti hanno quindi depositato memorie ex art. 378 c.p.c..
2.La sentenza della Corte d'Appello di Lecce n. 511/2011 dell'8 giugno 2011 è stata altresì oggetto di domanda di revocazione proposta dalla Tielle Sport s.r.l., nella parte in cui tale pronuncia della Corte di merito affermava che non risultasse prodotto il provvedimento di liquidazione emesso dal Consiglio dell'Ordine, con conseguente difetto di prova dell'assunto errore nella quantificazione. Tale domanda di revocazione è stata dichiarata inammissibile dalla stessa Corte d'Appello di Lecce con sentenza n. 412/2015 del 16 giugno 2015, ritenendosi non decisivo, nè essenziale il denunciato errore, in quanto la pronuncia n. 511/2011 aveva rigettato il motivo di gravame inerente la liquidazione operata dal Consiglio dell'Ordine argomentando sia che essa era stata adottata non in base alla tariffa professionale, ma secondo equità, sia che il compenso accordato risultava corrispondente all'attività svolta, visti il valore della causa, superiore ad un miliardo di lire e le problematiche della controversia insorta indicate nel lodo.
Concorrendo tali motivazioni, l'assunto della mancata produzione del provvedimento di liquidazione è stato reputato dalla sentenza n. 412/2015 non rilevante.
Anche la sentenza della Corte d'Appello di Lecce del 16 giugno 2015 è stata oggetto di ricorso per cassazione della Tielle Sport s.r.l., contraddistinto con R.G.N. 23299/2015 e articolato in due motivi, cui resiste con controricorso l'avvocato V.P..

Le parti hanno quindi depositato memorie ex art. 378 c.p.c. in data 8 luglio 2016.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Devono pregiudizialmente riunirsi i due ricorsi R.G.N. 10048/2012 e R.G.N. 23299/2015, in quanto proposti, rispettivamente, contro la sentenza d'appello e contro quella che ha deciso l'impugnazione per revocazione avverso la prima. La riunione va disposta in applicazione analogica (trattandosi di gravami avverso distinti provvedimenti) dell'art. 335 c.p.c., il quale impone la trattazione in un unico giudizio di tutte le impugnazioni proposte contro la stessa sentenza. Tale riunione, pur non espressamente prevista dal codice di rito, discende dalla connessione esistente tra le due pronunce, poiché sul ricorso per cassazione proposto contro la sentenza revocanda può risultare determinante la pronuncia di cassazione riguardante la sentenza resa in sede di revocazione (Cass., sez. 2, 22 febbraio 2016, n. 3397; Cass., sez. 3, 22 maggio 2015, n. 10534).
2. È, dunque, pregiudiziale l'esame del ricorso R.G.N. 23299/2015, proposto contro la sentenza che ha deciso l'impugnazione per revocazione.
2.1. Con il primo motivo la ricorrente Tielle Sport s.r.l. denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 394 c.p.c., n. 4, ed omesso esame su fatto decisivo per il giudizio, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, attinente alla natura non "aggiuntiva", bensì integrativa, decisiva ed essenziale della dichiarata erronea circostanza sulla "mancata produzione del provvedimento di liquidazione emesso dal Consiglio dell'Ordine". Assume la ricorrente che sarebbe evidente "l'errore di fatto in cui è incorso il Giudice della revocazione nel ritenere esaurito il giudizio di rigetto del motivo d'appello sull'incongruità della liquidazione con la pronuncia di ammissibilità della valutazione equitativa e dell'altra sul valore della controversia superiore ad un miliardo", probabilmente "indotto in errore dalla locuzione usata" nella sentenza n. 511/2011 in cui era scritto: "Va aggiunto che comunque non risulta prodotto agli atti del giudizio il provvedimento di liquidazione...." Si trattava, a dire della ricorrente, di errore, piuttosto, decisivo, essenziale, e rilevante, tant'è che il provvedimento di liquidazione, erroneamente dato per non prodotto nella sentenza n 511/2011, non si ispirò affatto ad un criterio di equità "ma ad uno strano criterio atipico", ed aveva poi collocato il valore della causa nello scaglione da uno a cinque miliardi. Se il giudice dell'appello avesse esaminato il prodotto provvedimento di liquidazione, ben avrebbe potuto ritenere incongrua e contraddittoria la medesima liquidazione: sicché, dice la ricorrente, "tale parte della motivazione della sentenza è un fatto il cui esame è stato omesso dal Giudice della revocazione".
Il motivo è infondato.
Può in astratto certamente configurare un errore di fatto revocatorio, agli effetti dell'art. 395 c.p.c., n. 4, in quanto errore di percezione del giudice risultante dagli atti della causa, il caso in cui il giudice supponga inesistente un documento ritualmente prodotto ed effettivamente esistente. Non è, infatti, denunciabile in cassazione, per il vizio di omesso esame di un documento decisivo, la sentenza di merito che abbia affermato che quel documento non è stato prodotto in giudizio, in quanto tale censura non delinea un difetto di attività del giudice circa l'efficacia determinante di quel documento ai fini della decisione della causa. Se la parte assume che il giudice abbia errato nel ritenere non prodotto in giudizio il documento decisivo, deve far valere tale preteso errore proprio e soltanto in sede di revocazione, ai sensi dell'art. 395 c.p.c., n. 4, sempre che, però,

ne ricorrano le ulteriori condizioni (Cass. sez. 5, 1 giugno 2007, n. 12904; Cass. sez. 5, 25 maggio 2011, n. 11453).

Questa Corte ha costantemente affermato che l'errore sul fatto può essere motivo di revocazione della sentenza se l'erronea percezione

o la svista materiale abbia il carattere della "rilevanze, nel senso che sia collegata da un rapporto di causalità necessaria alla sentenza stessa. A norma dell'art. 395 c.p.c., comma 1, n. 4, una sentenza può essere oggetto di revocazione solo quando sia "effetto" del preteso errore di fatto, e, quindi, unicamente nell'ipotesi in cui il fatto che si assume erroneo costituisca il fondamento della decisione revocanda o rappresenti l'imprescindibile, oltre che esclusiva, premessa logica di tale decisione, sicché tra il fatto erroneamente percepito, o non percepito, e la statuizione adottata intercorra un nesso di necessità logica e giuridica tale da determinare, in ipotesi di percezione corretta, una decisione diversa (Cass. Sez. Un. 23 gennaio 2009, n. 1666; Cass. sez. 2, 24 marzo 2014, n. 6881). Va dunque esclusa l'efficacia revocatoria dell'errore incidente su fatti che vengano valutati in un più ampio contesto probatorio; ne consegue che se il giudice ritiene raggiunta la prova di un determinato fatto sulla base di una pluralità di elementi indiziari, l'errore materiale che cada su uno di tali elementi non vale ad escludere l'efficacia probatoria degli altri e ad incidere sulla decisione adottata (cfr. Cass. sez. 6 - 1, 25 maggio 2013, n. 7413; Cass. sez. 3, 29 marzo 2005, n. 6557).

Come visto, la sentenza 16 giugno 2015 della Corte d'Appello di Lecce ha comunque ritenuto non decisivo né essenziale l'errore circa il mancato esame, sul presupposto della sua mancata produzione, del provvedimento di liquidazione del compenso reso dal Consiglio dell'Ordine. Ciò in quanto il quinto motivo di appello preso in considerazione dalla sentenza n. 511/2011 - relativo all'esattezza della quantificazione degli onorari - era stato ritenuto dalla Corte di Lecce privo di fondamento, sia perché la valutazione operata dal Consiglio dell'Ordine era stata effettuata non in base alla tariffa professionale, ma secondo equità, sia perché il valore della controversia era certamente superiore ad un miliardo di lire. Solo "aggiuntivamente" la Corte di Lecce affermava che non risultava prodotto il provvedimento di liquidazione e doveva, perciò, assumersi pure come sfornita di prova ogni censura sulle modalità concrete di calcolo.

In tal senso, la Corte d'Appello di Lecce ha compiutamente argomentato la propria decisione di inammissibilità della domanda di revocazione, non avendo ravvisato l'esistenza di un errore di fatto determinante ai fini decisori alla luce della motivazione della sentenza impugnata, che si assumeva viziata in conseguenza del mancato esame del documento prodotto. La Corte di Lecce, pur riconoscendo l'errore denunciato, ne ha negato la decisività, adempiendo all'onere di indicare quali ulteriori ed indipendenti ragioni giustificative avessero assistito la pronuncia, tali da rendere la statuizione assunta stabile malgrado il venir meno dell'argomento relativo all'errata percezione della produzione documentale. L'apprezzamento dell'efficacia probatoria e del carattere di decisività del documento, supposto come inesistente ed invece ritualmente prodotto, rientra nei poteri del giudice di merito e pertanto è incensurabile in sede di legittimità, se, come nella specie, sorretto da coerente motivazione. Mentre gli eventuali profili di contraddittorietà delle alternative ragioni adottate sul punto del quinto motivo di appello nella sentenza n. 511/2011 possono essere trattati non nel giudizio di revocazione, ma in sede di impugnazione ordinaria.

Va quindi escluso il vizio di violazione e falsa applicazione dell'art. 395 c.p.c., n. 4, denunciato col primo motivo. Parimenti va escluso il vizio di motivazione, sempre denunciato col primo motivo, e che in realtà contesta "l'errore di fatto in cui è incorso il Giudice della revocazione" (così a pagina 13 di ricorso), nel non aver ravvisato, a sua volta, l'errore di fatto della sentenza revocanda, avendo omesso l'esame di un'ulteriore parte della motivazione di questa. Il motivo, per come è formulato, è in parte qua inammissibile, in quanto, alla stregua della formulazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, disposta dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, conv. in L. 7 agosto 2012, n. 134 (applicabile *ratione temporis* per il ricorso R.G.N. 23299/2015), è denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuti in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le restanti risultanze processuali. Tale anomalia, come spigato da Cass. Sez. Un. 7 aprile 2014, n. 8053, si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienze della motivazione.

2.2. Il secondo motivo del ricorso R.G.N. 23299/2015 denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 402 c.p.c. in relazione all'art. 112 c.p.c. per omessa pronuncia sulle domande proposte in sede di revocazione, ovvero per la mancata instaurazione della fase rescissoria ex art. 402 c.p.c., e la mancata decisione sul merito. Il motivo è palesemente infondato. La prima fase del giudizio di revocazione concerne la verifica dell'ammissibilità e della procedibilità dell'istanza, nonché, di seguito, della fondatezza dei motivi proposti. Soltanto se tale verifica preliminare sia risolta affermativamente (il che non è avvenuto, secondo la valutazione della Corte d'Appello di Lecce), si deve passare alla fase rescissoria, la quale consente il nuovo esame del merito della controversia.

3. Stante l'infondatezza del ricorso R.G.N. 23299/2015, può passarsi all'esame del ricorso R.G.N. 10048/2012.

3.1. Il primo motivo di tale ricorso deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 633 c.p.c., n. 2 e 3 e art. 636 c.p.c. in relazione al R.D. 27 novembre 1933, n. 1578, del R.D. 22 gennaio 1934, n. 37, della L. 13 giugno 1942, n. 794 e del D.M. 24 novembre 1990, n. 392; dell'art. 11 disp. gen., comma 1, e dell'art. 15 disp. gen.; nonché insufficiente motivazione sul fatto attinente alla dichiarata funzione di arbitratore del Consiglio dell'Ordine Forense nella liquidazione del compenso dell'arbitro Avvocato V..

La ricorrente evidenzia come quest'ultimo avesse espletato il suo incarico prima dell'entrata in vigore del D.M. 5 ottobre 1994, n. 585 che, nella Tabella relativa alle tariffe professionali dell'attività stragiudiziale, per la prima volta ebbe a determinare nel minimo e nel massimo gli onorari spettanti al collegio arbitrale, in quanto analoga previsione non era presente nel D.M. 24 novembre 1990, n. 392.

Parimenti, il R.D. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 57 e ss., come la L. 13 giugno 1942, n. 794, non prevedono alcuna funzione del Consiglio dell'Ordine Forense di liquidare onorari secondo equità e al di fuori delle previsioni tariffarie. La sentenza n. 511/2011 dell'8 giugno 2011 della Corte d'Appello di Lecce ha, invece, affermato: "che la lett. E) del lodo, pienamente accettato dalle parti, in data 10-5-1993, prevede espressamente che la liquidazione delle competenze arbitrali sarebbe stata effettuata rimettendo la relativa

determinazione al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e ponendosene l'onere a carico delle parti. in ragione del 50% ciascuna: tale accordo, intervenuto fra le parti e mai contestato ritualmente, legittima pienamente l'operato del Consiglio. Non si tratta pertanto di un'attività, che esulando dalle funzioni tipiche del Consiglio, ne comporta l'asserita incompetenza, quanto piuttosto di un'attività che il Consiglio ha svolto in forza di una clausola compromissoria contenuta nel lodo ed accettata dalle parti, che rimetteva proprio al giudizio del Consiglio - a sua volta quale terzo arbitratore - la determinazione del compenso spettante all'arbitro del processo arbitrale de quo".

La ricorrente Tielle Sport s.r.l. sostiene che il Consiglio dell'Ordine Forense non può svolgere tale funzione di arbitro o di arbitratore, e come non sia vero che lo stesso Consiglio Forense di Lecce avesse liquidato secondo equità il compenso dell'avvocato V., avendo esso affermato nel provvedimento dell'11.05.1995 che "appare equo rifarsi alle voci contemplate nella vigente tariffa, decurtate del 25%". Così come errata sarebbe l'ulteriore affermazione fatta in sentenza secondo cui "in materia di liquidazione degli onorari in materia di arbitrato irrituale, è principio generale che tale compito non spetti al Presidente del Tribunale ma all'ordine professionale", in quanto, "alla stregua della prevalente più recente giurisprudenza della Suprema Corte il disposto dell'art. 819 c.p.c. non trova applicazione all'arbitrato irrituale". Falsa sarebbe, ancora, l'asserzione che la Tielle Sport avesse accettato la decisione arbitrale sui compensi, niente essendo determinato al riguardo nel lodo, mentre alcun rilievo avrebbe, al fine di radicare la competenza del Consiglio dell'ordine, il rigetto del ricorso presentato dall'avvocato V. da parte del Presidente del Tribunale. Infine, la procedura monitoria sperimentata sarebbe del tutto estranea alla disposizioni di cui agli artt. 633 e 636 c.p.c., circa i crediti per onorari di avvocati e procuratori.

3.2. Il secondo motivo di ricordo deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 2233 c.c. in relazione agli artt. 633 e 636, nonché degli artt. 816 c.p.c. e ss., e difetto di motivazione in punto di liquidazione del compenso arbitrale secondo equità da parte del Consiglio dell'ordine forense. Si critica la ritenuta legittimità della valutazione operata secondo equità, la competenza accordata al Consiglio dell'ordine e non al giudice, il mancato rispetto dei criteri posti dall'art. 2233 c.c..

3.3. Il terzo motivo attiene alla violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. in relazione agli artt. 633, 634 e 636, ed il vizio di motivazione circa la mancata allegazione della deliberazione dell'11.05.1005 del Consiglio dell'Ordine forense di Lecce, che, invece, era stato prodotto dall'avvocato V. in sede monitoria.

Si censura, in sostanza, la stessa parte della sentenza n. 511/2011 della Corte di Lecce che è stata oggetto pure del giudizio di revocazione e sintetizzata a proposito del primo motivo del ricorso R.G.N. 23299/2015, facendosi osservare come l'assunto difetto di prova avrebbe dovuto penalizzare il ricorrente per decreto ingiuntivo, in quanto quella deliberazione era stato posta a sostegno della domanda monitoria azionata.

I primi tre motivi, che per la loro connessione possono essere trattati congiuntamente, risultano infondati.

La questione da essi affrontata, inerente l'ambito di operatività dell'art. 814 c.p.c., come auspicato dalla ricorrente, già prima della proposizione del ricorso in esame è stata effettivamente risolta dalle Sezioni Unite di questa Corte, le quali hanno affermato che, in tema di determinazione del compenso e delle spese dovuti agli arbitri dai conferenti l'incarico, secondo il regime previgente alla novella recata dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (anche nel caso in esame applicabile *ratione temporis*), qualora, in assenza di espressa rinunzia da

parte degli aventi diritto, il contratto di arbitrato non contenga la relativa quantificazione, esso è automaticamente integrato, in base all'art. 814 c.p.c., con clausola devolutiva della pertinente determinazione al presidente del tribunale, il quale, una volta investito (con ricorso proponibile anche disgiuntamente da ciascun componente del collegio arbitrale) in alternativa all'arbitratore, svolge una funzione giurisdizionale non contenziosa, adottando un provvedimento di natura essenzialmente privatistica, privo della vocazione al giudicato e, dunque, insuscettibile di impugnazione con ricorso straordinario per cassazione (Cass. Sez. Un. 3 luglio 2009, n. 15586; si veda anche Cass. Sez. Un. 31 luglio 2012, n. 13620).

Tuttavia, con scrittura del 10 maggio 1993, la Tielle Sport s.r.l. e G.P. avevano dichiarato di accettare il lodo arbitrale pronunciato dall'avvocato V.P., e tale lodo contemplava la devoluzione al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Lecce della liquidazione del compenso arbitrale. Con interpretazione immune da vizi logici, la Corte d'Appello di Lecce ha ritenuto, quindi, che la rimessione della liquidazione del compenso arbitrale al Consiglio dell'Ordine di Lecce fosse avvenuta in forza di convenzione di natura privata, di fonte strettamente negoziale e riconducibile alla accettazione del lodo ad opera delle parti come espressione della loro volontà. Sussistendo tale clausola, riconducibile agli effetti dell'art. 1349 c.c., la liquidazione del quantum del compenso degli arbitri non suppone la determinazione del Presidente del tribunale ex art. 814 c.p.c., dovendo le parti rivolgersi, come prestabilito, direttamente all'arbitratore Consiglio dell'Ordine. Nè l'attribuzione di tale funzione è contrastante con le competenze istituzionali del Consiglio dell'ordine forense. Si pensi alla L. n. 794 del 1942, art. 26, che prevede, su accordo dell'avvocato e del cliente, proprio una sorta di "arbitraggio", all'esito del quale il parere sulla parcella degli onorari reso dal Consiglio dell'ordine degli Avvocati determina quantitativamente, con efficacia vincolante, l'oggetto dell'obbligazione del cliente (Cass. Sez. 2, 30 marzo 2005, n. 6657).

Quanto alle censure sulla liquidazione equitativa operata dal Consiglio dell'Ordine di Lecce, è corretto che, per le competenze arbitrali spettanti ad avvocati, soltanto a decorrere dal l'aprile 1995 l'onorario doveva essere liquidato alla stregua della tariffa professionale in materia di onorari, diritti ed indennità spettanti agli avvocati di cui al D.M. 5 ottobre 1994, n. 585, il quale - nell'inserire l'attività arbitrale fra le prestazioni stragiudiziali - lo aveva previsto espressamente al punto 9) della relativa tabella, indicandone il minimo e il massimo secondo il valore della controversia, senza dar più la possibilità di fare ricorso ai criteri equitativi (Cass. sez. 2, 18 ottobre 2006, n. 22322; Cass. sez. 2, 18 aprile 2005, n. 8084; Cass. sez. 1, 4 aprile 2003, n. 5252).

Proprio allora perché nel caso in esame il Consiglio dell'Ordine di Lecce era stato investito, quale arbitratore, della determinazione del compenso spettante all'arbitro Avvocato V. per attività cui ancora non erano immediatamente applicabili i criteri tariffari approvati nella deliberazione del Consiglio nazionale forense del 13 giugno 1993, ed operanti soltanto a partire dal primo aprile 1995, lo stesso Consiglio dell'Ordine era libero di scegliere i criteri equitativi di valutazione più adeguati all'oggetto della controversia, alla natura e all'entità dei compiti attribuiti all'arbitro, ed anche di ricorrere, come utile termine di riferimento, alle tariffe legalmente approvate con il D.M. n. 585 del 1994, dando ragione, come fatto, dalla praticata decurtazione del 25% (cfr. Cass. Sez. 1, 13 luglio 1999, n. 7399; Cass. sez. 2, 20 marzo 1999, n. 2972).

Non è ravvisabile alcuna violazione nemmeno dell'art. 2233 c.c., dettando tale norma i criteri di determinazione del compenso spettante ai prestatori d'opera intellettuale secondo una scala preferenziale che indica al primo posto l'accordo delle parti, e ben potendo le parti stesse, ai sensi dell'art. 1349 c.c., rimettere tale determinazione ad un terzo, che vi proceda con equo apprezzamento.

Nè ha rilievo porre il difetto delle condizioni richieste dalla legge per la concessione del decreto ingiuntivo con riguardo alla deliberazione dell'11 maggio 1995 del Consiglio dell'ordine di Lecce, in quanto questione che non osta all'esame della domanda sul merito.

Quella delibera costituiva l'atto dell'arbitratore, che si imponeva alle parti in quanto accordatesi nel senso di attribuirvi efficacia integrativa del contratto di opera professionale intercorrente col l'avvocato V.. La proposta opposizione ha instaurato un ordinario giudizio di cognizione, nel quale l'accertamento della fondatezza della pretesa creditoria va fatto alla stregua di tutti gli ulteriori elementi di prova forniti in giudizio.

È pure infondato che la ricorrente Tielle Sport denunci violazione dell'art. 2697 c.c., avendo la Corte d'Appello di Lecce ritenuto proprio essa, quale appellante, onerata della prova sulle censure riguardanti le modalità concrete di conteggio e liquidazione, e perciò interessata a produrre la delibera consiliare dell'11 maggio 1995. Come, invero, illustrato da Cass. Sez. Un., 8 febbraio 2013, n. 3033, "Nel vigente ordinamento processuale, il giudizio d'appello non può più dirsi, come un tempo, un riesame pieno nel merito della decisione impugnata ("novum judicium"), ma ha assunto le caratteristiche di una impugnazione a critica vincolata ("revisio prioris instantiae"). Ne consegue che l'appellante assume sempre la veste di attore rispetto al giudizio d'appello, e su di lui ricade l'onere di dimostrare la fondatezza dei propri motivi di gravame, quale che sia stata la posizione processuale di attore o convenuto assunta nel giudizio di primo grado. Pertanto, ove l'appellante si dolga dell'erronea valutazione, da parte del primo giudice, di documenti prodotti dalla controparte e da questi non depositati in appello, ha l'onere di estrarne copia ai sensi dell'art. 76 disp. att. c.p.c. e di produrli in sede di gravame".

3.4. Il quarto motivo di ricorso denuncia il difetto di motivazione e la violazione dell'art. 12 c.p.c. quanto alla determinazione del valore della controversia in relazione all'oggetto di essa ed al conseguente scaglione tariffario di riferimento, da stabilirsi con riferimento al 7% della valore della merce in contestazione, ovvero sulla misura della provvigione richiesta dal G.. Si tratta delle critiche oggetto del quinto motivo di appello, ed al riguardo la Corte d'Appello di Lecce aveva convincentemente ribadito che la liquidazione del Consiglio dell'ordine era stata operata in via equitativa, e che il valore della controversia era comunque superiore al miliardo di lire, pari, cioè, al valore della merce trattata dalla Tielle Sport s.r.l..

Il quarto motivo di ricorso è perciò infondato giacché, essendo stata la determinazione del compenso arbitrale rimessa dalli parti negozialmente all'equo apprezzamento dell'arbitratore Consiglio dell'Ordine, il ricorso ai criteri equitativi dove reputarsi consentito anche per l'individuazione del parametro di riferimento, non sussistendo alcuna precostituzione "ex lege" imposta da tariffe, e perciò potendo il terzo determinare, sulla scorta di una sua valutazione discrezionale delle caratteristiche qualitative e quantitative dell'opera prestata, la misura in concreto del compenso spettante all'arbitro, senza dar luogo ad alcuna manifesta iniquità o erroneità rilevante ai sensi dell'art. 1349 c.c., comma 1.

3.5. Il quinto motivo censura per violazione degli artt. 112, 114, 345 e 352 c.p.c. la statuizione resa dalla Corte d'Appello secondo cui l'importo liquidato dal Consiglio dell'ordine all'arbitro V. appariva al collegio comunque assolutamente congruo ed adeguato all'attività svolta ed espressa nel lodo. Per la ricorrente si tratterebbe di un'ultrapetizione.

La doglianza è del tutto priva di fondamento per quanto detto a proposito dei precedenti motivi di ricorso. Visti i motivi dell'opposizione introdotta dalla Tielle Sport s.r.l., costituiva corretta risposta dovuta dal giudice di merito la verifica operata di non manifesta iniquità o erroneità della liquidazione equitativa del compenso spettante all'arbitro disposta dal Consiglio dell'ordine sulla base delle caratteristiche dell'opera prestata,

3.6. Il sesto motivo di ricorso deduce violazione dell'art. 806 c.p.c., comma 2, artt. 808, 817 e 813 ter c.p.c. Si critica quanto dalla Corte di Lecce risposto a proposito del secondo motivo di appello, in quanto la materia della parasubordinazione, in tal senso qualificandosi il rapporto tra G.P. e la Tielle Sport s.r.l., non è deferibile agli arbitri. La Corte di merito ha osservato che si trattava di questione che andava al più eccepita nel corso del giudizio arbitrale e che non incide sul diritto al compenso dell'arbitro. Critica la ricorrente che l'art. 813 ter c.p.c. non fosse applicabile nel caso di specie perché sopravvenuto rispetto ai fatti per cui è lite, che neppure fosse applicabile l'art. 817 c.p.c., discutendosi qui di limiti della giurisdizione arbitrale, che il lodo fosse perciò nullo, giacche vertente su materia non compromettibile in arbitri, il tutto agli effetti dell'art. 806 c.p.c., comma 2.

Anche questa censura è priva di qualsiasi fondamento.

A parte che qui, per quanto incontroverso, si aveva riguardo ad arbitrato irrituale, cui è inapplicabile l'art. 806 c.p.c. (giacché tendente ad un lodo avente effetto di contratto tra le parti, il che comporta la compromettibilità di tutti i conflitti che permettano una regolamentazione contrattuale), torna decisivo il principio, in sostanza richiamato pure dalla Corte di Lecce, secondo cui il diritto dell'arbitro di ricevere il pagamento dell'onorario sorge per il fatto di avere effettivamente espletato l'incarico, senza che, avendosi nella specie riguardo a determinazione del compenso rimesso dalle parti pattiziamente ad un terzo arbitratore, sia consentita alcuna indagine sulla validità del lodo. La sussistenza del credito per l'onorario, a favore dell'arbitro che abbia espletato la propria mansione, non è inficiata dai vizi del lodo, salva restando l'ammissibilità di un'eventuale azione risarcitoria nei suoi confronti, esperibile nella diversa sede competente, allorquando il lodo sia annullato per causa a lui imputabile. Ciò perché le questioni attinenti alla validità del lodo pronunziato da un arbitro irrituale e quelle relative all'obbligo delle parti di corrispondere a costui il compenso richiesto per l'opera svolta hanno soggetti, contenuto e titolo diverso, in quanto detto obbligo ha radice e titolo nel rapporto di mandato intercedente fra le parti e l'arbitro ed involge vicende assolutamente indipendenti dall'intrinseca validità del lodo, considerato come determinazione negoziale imputabile alla volontà delle stesse parti contraenti (Cass. Sez. 1, 26 ottobre 1973, n. 2764; si veda anche Cass. Sez. 6-1, 24 ottobre 2013, n. 24072).

3.7. Il settimo motivo di ricorso concerne violazione dell'art. 815 c.p.c., n. 5, in relazione all'art. 6 della C.E.D.U. ed il difetto di motivazione sul punto della nullità del lodo, con riguardo al rapporto professionale intercorrente tra il G. e l'arbitro avvocato V.. Si tratta di argomento oggetto del terzo motivo di appello, sui

cui la Corte di Lecce ha motivato a pagina 8 e 9 di sentenza, premettendo che doveva essere questione da far valere nel giudizio arbitrale, e che comunque le prove testimoniali espletate in primo grado avevano dimostrato un pregresso rapporto di affari tra il G. ed il V., rapporto di affari che parimenti però intercorreva tra l'avvocato V. e la Tielle Sport s.r.l. Per di più, tali pregressi rapporti erano ben noti alla Tielle Sport prima dell'inizio della procedura arbitrale. Inoltre, era stato, a dire del teste T., lo stesso G. a far conoscere l'avvocato V. ai responsabili della Tielle Sport s.r.l., e ne era nato un rapporto di collaborazione. Ciò escludeva ogni impedimento, secondo la Corte di Lecce, ad accordare al V. il compenso per l'opera svolta.

La motivazione svolta al riguardo dalla Corte di merito è del tutto congrua e la ricorrente propone al riguardo un'inammissibile rivalutazione delle risultanze processuali rispetto a quanto affermato dal giudice del merito, con apprezzamento di fatto non sindacabile in sede di legittimità, giacche non affetto da vizi logici o di diritto. Va pure ribadito il principio utilizzato dalla stessa Corte di merito, secondo cui il principio di imparzialità - terzietà della giurisdizione non può trovare diretta ed immediata applicazione nell'arbitrato irrituale, atteso che la relativa determinazione è frutto di mera attività negoziale e che l'impugnazione del provvedimento adottato dall'arbitro irrituale può effettuarsi solo attraverso la deduzione di vizi del negozio o della responsabilità dell'arbitro - mandatario. Sicché, ove la Tielle Sport avesse voluto denunciare il difetto di terzietà dell'arbitro irrituale V., designato con mandato collettivo, avrebbe dovuto necessariamente e tempestivamente proporre un'azione ex art. 1726 c.c. prospettando una giusta causa di revoca, cui sarebbe conseguita la nullità della determinazione adottata (Cass. Sez. 1, 29 maggio 2000, n. 7045).

3.8. L'ottavo motivo di ricorso prospetta un vizio di motivazione quanto alla mancanza di riscontri contabili, economici, tecnici e giuridici, con conseguente inutilizzabilità del lodo. L'avvocato V. avrebbe denotato mancanza di professionalità nella redazione del lodo. La Corte di Lecce, nel rigettare il corrispondente quarto motivo d'appello, ha affermato che l'avvocato V. aveva svolto la sua attività professionale in maniera esauriente e perciò adeguata risultava la liquidazione del compenso. Ha poi decisivamente aggiunto che tali doglianze non erano state sollevate, come si doveva, in alcuna impugnazione del lodo emesso.

Il motivo è infondato in quanto ancora una volta riverbera inaccettabilmente sul giudizio relativo al preteso diritto al compenso spettante all'arbitro questioni inerenti al diligente adempimento delle obbligazioni gravanti sull'arbitro mandatario, che dovevano essere fatte valere mediante impugnazione immediata del lodo irrituale - in quanto espressione di un giudizio privato e motivato per i suoi vizi logici. Per di più, la censura articolata con tale ottavo motivo di ricorso sollecita un'inammissibile indagine da parte del giudice di legittimità sull'effettivo contenuto del mandato conferito all'arbitro irrituale e sull'adempimento di tale mandato nella redazione del lodo, valutazione decisoria compiuta in fatto dalla Corte di merito e del tutto incensurabile nel giudizio di cassazione.

3.9. Il nono motivo di ricorso è strutturato identicamente al quinto motivo: ipotizza violazione degli artt. 112, 114, 345 e 352 c.p.c. e la nullità della statuizione resa dalla Corte d'Appello secondo cui, rispetto all'attività professionale svolta dall'avvocato V., congrua ed adeguata risulta la liquidazione del compenso.

Statuizione, ad avviso della ricorrente, adottata in mancanza di qualsivoglia domanda sulla congruità della liquidazione.

Il motivo è infondato per le stesse ragioni per cui si è detto infondato il quinto motivo: i motivi dell'opposizione introdotta dalla Tielle Sport s.r.l. imponevano al giudice di merito di verificare la non manifesta iniquità o erroneità della liquidazione equitativa del compenso spettante all'arbitro disposta dal Consiglio dell'ordine sulla base delle caratteristiche dell'opera prestata.

4. Consegue, dunque, il rigetto sia del ricorso R.G.N. 10048/2012 che del ricorso R.G.N. 23299/2015.

Le spese del presente giudizio di legittimità seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

Essendo l'impugnazione relativa al ricorso R.G.N. 23299/2015 respinta integralmente, sussistono i presupposti dell'obbligo di versamento per la ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato a norma dal D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17.

P.Q.M.

La Corte rigetta i ricorsi riuniti R.G.N. 10048/2012 e R.G.N. 23299/2015 e condanna la ricorrente a rimborsare al controricorrente le spese del giudizio di legittimità, che liquida in complessivi Euro 8.400,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre a spese generali e ad accessori di legge;

ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, dà atto della sussistenza, quanto al ricorso R.G.N. 23299/2015, dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso principale.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 14 luglio 2016.

Depositato in Cancelleria il 5 agosto 2016

Cassazione civile sez. I, 11/09/2015, n. 17956

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. FORTE Fabrizio - Presidente -
Dott. DI AMATO Sergio - Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro - rel. Consigliere -
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - Consigliere -
Dott. GENOVESE F. Antonio - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso proposto da:
F.I.; Elettivamente domiciliato in Roma, via degli Scipioni, n. 267, nello studio dell'avv. Daniela Ciardo; rappresentato e difeso dall'avv. Scala Angelo, giusta procura speciale a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
P.E.;
- intimato -

avverso la sentenza della Corte di appello di Napoli, n. 205 depositata in data 25 gennaio 2012;
sentita la relazione svolta all'udienza pubblica del 24 febbraio 2015 dal consigliere dott. Pietro Campanile;
Udite le richieste del Procuratore Generale, in persona del sostituto dott. Corasaniti, il quale ha concluso per l'inammissibilità, o in subordine, per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1 - Con lodo pronunciato in data 23 luglio 2009 il Collegio arbitrale nominato in virtù di clausola compromissoria che accedeva a contratto di appalto concluso fra i signori P.E. e F.I., per l'esecuzione di un impianto idrosanitario in una villa di (OMISSIS), affermata la natura rituale dell'arbitrato, constatava che non era stato effettuato il pagamento dell'acconto richiesto con riferimento alla metà dei compensi relativi a onorari, competenze e spese, e, quindi, richiamando la disposizione di cui all'art. 816-septies c.p.c., ravvisava in detta inottemperanza la volontà della parti di sciogliere il vincolo compromissorio, condannando il P. al pagamento del compenso arbitrale e alle spese in favore della controparte.
1.1 - Il lodo veniva impugnato dal P., il quale, lamentando con il primo motivo la violazione del principio del contraddittorio, in quanto la natura rituale dell'arbitrato era stata affermata senza che le parti avesse

potuto interloquire al riguardo, deduceva, poi, la nullità della statuizione di improcedibilità, in quanto il mancato pagamento dell'acconto avrebbe potuto comportare soltanto la rinuncia all'incarico da parte degli arbitri.

Si doleva altresì della condanna alle spese in favore della controparte, nonché della liquidazione del proprio compenso da parte degli arbitri, in assenza di una pronuncia di merito.

1.2 - Con la sentenza indicata in epigrafe la Corte di appello di Napoli, disattesa la prima censura, in quanto la questione inerente alla natura dell'arbitrato era stata oggetto di dibattito fra le parti, ha rilevato la violazione dell'art. 816-septies cod. proc. civ., sia sotto il profilo della richiesta di un acconto relativo anche al compenso e non alle "spese prevedibili", come previsto da detta norma, sia perché non poteva non poteva riconoscersi alle parti il potere di sollevare contestazioni in merito alla congruità delle somme richieste, sia perché, infine, la richiesta di una somma eccedente l'importo delle spese ragionevolmente prevedibili non poteva consentire, da parte degli arbitri, l'inadempimento della propria obbligazione.

1.3 - Per la cassazione di tale decisione il F. propone ricorso affidato a due motivi. L'intimato non svolge attività difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

2 - Con il primo motivo, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 829 cod. proc. civ., in primo luogo si sostiene che la Corte territoriale avrebbe omesso di pronunciarsi sull'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione del lodo; sotto altro profilo si prospetta l'erroneità dell'accoglimento di una censura prima di qualsiasi riferimento ai motivi di cui all'art. 829 cod. proc. civ..

3 - Con il secondo mezzo, denunciandosi violazione e falsa applicazione dell'art. 816-septies cod. proc. civ., si sostiene che gli arbitri debbono ritenersi legittimati a chiedere acconti anche sul compenso e che l'eventuale inadempienza delle parti comporta l'inefficacia della convenzione di arbitrato; in ogni caso l'esorbitanza delle richiesta avrebbe dovuto comportare il ricorso al rimedio previsto dall'art. 813 bis cod. proc. civ..

4 - Il primo motivo è infondato.

4.1 - Deve in primo luogo ribadirsi che non è ravvisabile il vizio di omessa pronuncia in presenza di una decisione che, accogliendo la domanda dell'altra parte, comporta la reiezione dell'eccezione inerente alla sua inammissibilità, anche se manchi in proposito una specifica argomentazione. Deve, infatti, ravvisarsi una statuizione implicita di rigetto quando la pretesa (o l'eccezione) non espressamente esaminata risulti incompatibile con l'impostazione logico-giuridica della pronuncia (Cass., 4 ottobre 2011, n. 20311).

4.2 - Il secondo profilo del motivo in esame non può del pari essere condiviso, in quanto, secondo l'orientamento di questa Corte, nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, che è giudizio a critica limitata, proponibile entro i limiti stabiliti dall'art. 829 cod. proc. civ., trova applicazione la regola della specificità della formulazione dei motivi, in considerazione della natura rescindente di tale giudizio e del fatto che solo il rispetto di detta regola può consentire al giudice, ed alla parte convenuta, di verificare se le contestazioni formulate corrispondano esattamente ai casi di impugnabilità stabiliti dall'art. 829, cit.. Pur non essendo indispensabile che l'impugnazione contenga la specifica indicazione delle disposizioni di legge in tesi violate, è necessario che dall'atto di impugnazione risulti quale sia stata la norma violata dagli arbitri ovvero

il principio di diritto leso, atteso che tali oneri competono a colui che impugna il lodo (Cass., 20 febbraio 2004, n. 3383; Cass. 15 settembre 2000, n. 12165; Cass., 16 giugno 1997, n. 5370). Ancora di recente si è affermato che nel giudizio, a critica vincolata e proponibile entro i limiti stabiliti dall'art. 829 cod. proc. civ., di impugnazione per nullità del lodo arbitrale vige la regola della specificità della formulazione dei motivi, attesa la sua natura rescindente e la necessità di consentire al giudice, ed alla controparte, di verificare se le contestazioni proposte corrispondano esattamente a quelle formulabili alla stregua della suddetta norma (Cass., 18 ottobre 2013, n. 23675).

4.3 - Mente conto di evidenziare come la censura proposta dal P. al lodo, per violazione dell'art. 816-septies cod. proc. civ., fosse stata dedotta in maniera estremamente articolata e specifica, tale da consentire alla corte territoriale di ricondurla nella previsione dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 10. In proposito non può omettersi di rilevare che, in relazione al giudizio di legittimità, rispetto al quale l'impugnazione del lodo presenta, anche secondo la migliore dottrina, significative analogie, si è affermato che il ricorso per cassazione, avendo ad oggetto censure espressamente e tassativamente previste dall'art. 360 c.p.c., comma 1, deve essere articolato in specifici motivi riconducibili in maniera immediata ed inequivocabile ad una delle cinque ragioni di impugnazione stabilite dalla citata disposizione, pur senza la necessaria adozione di formule sacramentali o l'esatta indicazione numerica di una delle predette ipotesi (Cass., 31 ottobre 2013, n. 24553; Cass., Sez. un., 24 luglio 2013, n. 17931).

5 - Deve altresì rilevarsi l'inammissibilità, ed, in parte, l'infondatezza della seconda censura.

5.1 - L'art. 816-septis cod. proc. civ., aggiunto dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 2, comma 1, in relazione al quale non risulta che questa Corte si sia ancora pronunciata, prevede, al comma 1: "Gli arbitri possono subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili. Salvo diverso accordo delle parti, gli arbitri determinano la misura dell'anticipazione a carico di ciascuna parte", precisando, al comma successivo: "Se una delle parti non presta l'anticipazione richiestale, l'altra può anticipare la totalità delle spese. Se le parti non provvedono all'anticipazione nel termine fissato dagli arbitri, non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale". 5.2 - Tale previsione, certamente dettata a tutela degli arbitri e fondata sui doveri di collaborazione scaturenti dal rapporto di mandato, non appare ricollegabile a una mera richiesta degli arbitri stessi, essendo necessaria - come ben evidenzia il termine "subordinare" utilizzato dal legislatore -una specifica manifestazione della volontà di condizionare la prosecuzione del procedimento al versamento delle somme dovute a titolo di anticipazione delle spese prevedibili. Al riguardo la Corte partenopea ha correttamente affermato che "dagli atti non emerge che gli arbitri abbiano preventivamente comunicato alle parti tale volontà, per cui non può ritenersi che la norma citata trovi automatica applicazione solo per il fatto che sia stata chiesta un'anticipazione e che sia stato all'uopo assegnato un termine". Tale rilievo, che assume i contorni di un'autonoma *ratio decidendi*, non risulta attinto - così configurandosi un ineludibile profilo di inammissibilità - da alcuna critica da parte del ricorrente.

5.3 - Per completezza di esposizione vale bene precisare che - come del resto osservato da gran parte della dottrina - il riferimento alle "spese prevedibili" non riguarda anche gli onorari, ove solo si consideri che

nell'art. 814 cod. proc. civ. è ben evidenziata la distinzione fra spese ed onorari, ragion per cui l'omessa indicazione di questi ultimi nell'art. 816-septies cod. proc. civ. non può considerarsi priva di significato.
Ne consegue che, a fronte dell'esorbitanza e dell'illegittimità della richiesta, nonché del principio secondo cui non è consentito agli arbitri procedere alla liquidazione del proprio compenso, che, ove espressa, funge da mera proposta (Cass., 23 giugno 2008, n. 17034), la corte territoriale ben ha rilevato l'inefficacia, per i fini che qui interessano, delle anticipazioni richieste (pacificamente riferite anche a compensi), per altro riconoscendo alle parti, in virtù del principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti e nella previsione contenuta nell'art. 1460 cod. civ., di contestare la congruità delle somme richieste dagli arbitri. Rimane assorbita, in virtù di quanto rilevato, ogni questione circa le conseguenze del mancato versamento delle somme richieste.
6 - Al rigetto del ricorso, per le evidenziate ragioni, non consegue alcuna statuizione in merito al regolamento delle spese processuali, non avendo la parte intimata svolto attività difensiva.

P.Q.M.
La Corte rigetto il ricorso.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Prima Sezione Civile, il 12 febbraio 2015.
Depositato in Cancelleria il 11 settembre 2015

CAPITOLO XVIII
L'ARBITRATO IRRITUALE

Cassazione civile sez. I, 07/08/2019, n. 21059

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Presidente -
Dott. MELONI Marina - Consigliere -
Dott. DI MARZIO Mauro - Consigliere -
Dott. TRICOMI Laura - Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso 977/2018 proposto da:
D.V., elettivamente domiciliato in Roma, Via Buccari n. 3, presso lo studio dell'avvocato Acone Maria Teresa, rappresentato e difeso dagli avvocati Acone Modestino, Acone Pasquale, Pezone Domenico, giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
SAPNA S.p.a., - Sistema Ambiente Provincia Di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Monserrato n. 34, presso lo studio dell'avvocato Di Foggia Vincenzo, rappresentata e difesa dall'avvocato Parisi Pasquale, giusta procura in calce al controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 4478/2017 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 15/11/2017;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 04/07/2019 dal cons. Dott. LAMORGESE ANTONIO PIETRO;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. MISTRI CORRADO, che ha concluso per l'accoglimento per quanto di ragione in particolare del motivo 1;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato Acone Pasquale che si riporta per l'accoglimento.

RILEVATO CHE:

Con scrittura privata del 3 maggio 2002, D.V. ha concesso in affitto alla Spa Fibe - cui era subentrata infine la SAPNA Spa (Sistema Ambiente Provincia di Napoli) dal 1 gennaio 2010 un'area nuda, costituita da un appezzamento di terreno, in agro di (OMISSIS), da adibire a stoccaggio temporaneo di combustibile derivato da rifiuti, contenente, all'art. 15, una clausola compromissoria.

D. ha intimato lo sfratto per morosità per il mancato pagamento dei canoni scaduti; SAPNA si è costituita opponendosi.

Il Tribunale di Napoli ha rigettato la richiesta di emissione di ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c. e, disposto il mutamento del rito, in accoglimento della domanda, ha pronunciato la risoluzione del contratto per inadempimento dell'affittuaria SAPNA, l'ha condannata al rilascio e al pagamento di un indennizzo.

La SAPNA ha proposto appello, difendendosi nel merito ed eccependo l'incompetenza o il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, in favore del collegio arbitrale, in applicazione della menzionata clausola compromissoria.

La Corte d'appello di Napoli, con sentenza del 27 ottobre 2017, ha interpretato la predetta clausola come configurante un arbitrato irrituale o libero e ha dichiarato la domanda attorea improponibile.

D. ha proposto ricorso per cassazione, illustrato da memoria, resistito da SAPNA.

CONSIDERATO CHE:

Con il primo motivo il ricorrente D. denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 808,808 ter e quater c.p.c., in riferimento agli artt. 1362 c.c. e ss. c.c., artt. 817, 819 ter e 829 c.p.c., nonché omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, per avere ravvisato nella citata clausola un arbitrato irrituale o libero, mentre si trattata di arbitrato rituale, come si desumeva dalla presenza di indici semantici inequivocabili presenti nella clausola; denuncia l'erroneità dell'interpretazione, cui assume essersi ispirata la sentenza impugnata, della presunzione di irritualità della clausola arbitrale in caso di dubbio, dovendosi al contrario privilegiare la presunzione in senso contrario, stante la natura eccezionale dell'arbitrato irrituale, come previsto dalla riforma del 2006, soprattutto a seguito dell'orientamento adottato dalle Sezioni Unite, con la sentenza n. 24153 del 2013, che ha sancito la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale.

Il motivo è fondato.

Si premette che, al fine di qualificare l'arbitrato come rituale o irrituale, la Corte di cassazione opera come giudice del fatto e ha, dunque, il potere di accertare direttamente, attraverso l'esame degli atti e degli elementi acquisiti al processo, la volontà delle parti espressa nella clausola compromissoria, in quanto la relativa qualificazione incide sull'ammissibilità dell'impugnazione della decisione arbitrale. Ed è noto che il criterio discretivo tra le due figure consiste nel fatto che nell'arbitrato rituale le parti vogliono la pronuncia di un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., con le regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie solo

attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla loro stessa volontà (Cass. n. 7198 del 2019, n. 23629 del 2015).

Nella giurisprudenza di legittimità, ai fini del discrimine tra le due figure, si è ritenuto che non possono essere ritenuti elementi decisivi per configurare l'arbitrato irrituale e per escludere quello rituale né il conferimento agli arbitri della potestà di decidere secondo equità, ovvero nella veste di amichevoli compositori (non essendo tale specificazione del criterio di definizione della controversia incompatibile con l'arbitrato rituale, nel quale ben possono gli arbitri essere investiti dell'esercizio di poteri equitativi), né la preventiva attribuzione alla pronuncia arbitrale del carattere della inappellabilità (ipotizzabile anche con riferimento al lodo da arbitrato rituale, ex art. 829 c.p.c.), né la previsione di esonero degli arbitri da "formalità di procedura" (previsione non incompatibile con l'arbitrato rituale, a norma dell'art. 816 c.p.c.), dovendosi invece valorizzare, ai fini di una corretta lettura della volontà delle parti nel senso dell'arbitrato rituale, espressioni terminologiche congruenti con l'attività del "giudicare" e con il risultato di un "giudizio" in ordine ad una "controversia" (Cass. n. 833 del 1999; in tema di "arbitrato rituale di equità" Cass. n. 10805 del 2014). Al fine di distinguere tra arbitrato rituale e irrituale, occorre interpretare la clausola compromissoria con riferimento al dato letterale, alla comune intenzione delle parti ed al comportamento complessivo delle stesse, senza che il mancato richiamo nella clausola alle formalità dell'arbitrato rituale deponga univocamente nel senso dell'irritualità dell'arbitrato, dovendosi tenere conto delle maggiori garanzie offerte dall'arbitrato rituale quanto all'efficacia esecutiva del lodo e al regime delle impugnazioni (Cass. n. 11313 del 2018).

Nella specie, gli elementi valorizzati dalla Corte territoriale, in particolare le espressioni presenti nella clausola - "giudizio arbitrale", "giudizio inappellabile", "senza formalità di rito e secondo equità" -, non sono idonei a sciogliere il dubbio a favore dell'arbitrato irrituale. Deve quindi applicarsi il principio, espresso anche con riferimento alla disciplina applicabile prima della introduzione dell'art. 808 ter c.p.c., ad opera del D.Lgs. n. 2 febbraio 2006, n. 40, secondo cui il dubbio sull'interpretazione dell'effettiva volontà dei contraenti deve essere risolto nel senso della ritualità dell'arbitrato, tenuto conto della natura eccezionale della deroga alla norma per cui il lodo ha efficacia di sentenza giudiziaria (Cass. n. 6909 de 2015), non essendovi elementi certi per ritenere che l'arbitrato sia stato previsto come strumento di composizione amichevole riconducibile alla stessa volontà delle parti.

Pertanto, in accoglimento del suddetto motivo, assorbito il secondo motivo riguardante il governo delle spese, la sentenza impugnata è cassata con rinvio alla Corte d'appello di Napoli anche per le spese.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo e dichiara assorbito il secondo; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione, anche per le spese.

Così deciso in Roma, il 28 giugno 2019.

Depositato in Cancelleria il 7 agosto 2019

Cassazione civile sez. I, 29/03/2012, n. 5105

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. VITRONE Ugo - Presidente -
Dott. SALVAGO Salvatore - Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - Consigliere -
Dott. CRISTIANO Magda - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso proposto da:
FALLIMENTO ITIN ITALIMPRESE INDUSTRIE S.P.A. N. (OMISSIS) (c.f. (OMISSIS)), in persona del Curatore Dott. L.O., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ALBERICO II 33, presso l'avvocato LUDINI ELIO, che lo rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
SOCIETÀ ITALIANA PER CONDOTTE D'ACQUA S.P.A. (c.f. (OMISSIS)), già Ferrocemento Recchi S.p.a., IMPRESA PIZZAROTTI C. S.P.A., C.C.P.I. CONSORZIO COOPERATIVO PRODUZIONE LAVORO SOC. COOP. A R.L., IMPREPAR IMPREGILO PARTECIPAZIONI S.P.A., AERIMPIANTI S.P.A., KONE S.P.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in ROMA, VIA BISSOLATI 7 6, presso l'avvocato PARVIS CARLO (C/O avv. TOSETTO WEIGMAN), che le rappresenta e difende unitamente all'avvocato PIACENTINI CLAUDIO, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 1095/2010 della CORTE D'APPELLO di TORINO, depositata il 12/07/2010;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 08/02/2012 dal Consigliere Dott. MAGDA CRISTIANO;
udito, per le controricorrenti, l'Avvocato Alessandra Giovannetti (con delega) che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CARESTIA Antonietta che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'ATI costituita da Recchi s.p.a. (poi divenuta Società Italiana per Condotte d'Acqua s.p.a.), C.C.P.L. - Consorzio Cooperative Produzione Lavoro coop., IMPREPAR-Impregilo Partecipazioni s.p.a., Impresa Pizzarotti & C. s.p.a., Kone s.p.a. ed ITIN-Italimprese Industrie s.p.a. si aggiudicò i lavori per la costruzione del secondo lotto del nuovo Palazzo di Giustizia di Torino. Le imprese conferirono mandato collettivo con rappresentanza alla Recchi s.p.a che, in qualità di mandataria, sottoscrisse il 14.5.91 il contratto d'appalto con la Servizi Tecnici s.p.a., delegata dall'amministrazione comunale. La disciplina dei rapporti interni fra le imprese fu affidata ad un regolamento sottoscritto il 10.2.92, contenente clausola arbitrale per arbitrato irrituale.

Nel corso dei lavori ad IT.IN. vennero imputati ritardi e inadempienze, sicché, con delibera del 12.1.96, la sua quota di partecipazione all'ATI venne ridotta al valore simbolico dello 0,01% e non le fu più consentito di partecipare al cantiere. La società fu poi dichiarata fallita.

Il curatore del fallimento, nell'ottobre del 2001, attivò la clausola arbitrale prevista dal regolamento, proponendo quesiti attinenti all'estromissione della società dall'ATI e a conseguenti suoi crediti. Le altre imprese si costituirono eccependo l'inammissibilità del quesiti.

Il collegio arbitrale, con decisione del 28.10.03, accertata la natura irrituale dell'arbitrato e respinte le eccezioni pregiudiziali sollevate dalle imprese in bonis, dichiarò illegittima l'estromissione della IT.IN. e riconobbe alla società vari crediti, per spese, compensi e risarcimento danni.

Con citazione del 12.2.04 Società Italiana per Condotte d'Acqua s.p.a., IMPREPAR-Impregilo Partecipazioni s.p.a., C.C.P.L. Consorzio Cooperative Produzione Lavoro coop., Impresa Pizzarotti C. s.p.a. e Kone s.p.a. convennero in giudizio il Fallimento IT.IN per sentir accertare l'inoperatività della clausola arbitrale, e la conseguente carenza di potere degli arbitri ad emettere il lodo, attesa la qualità di terzo del curatore rispetto al rapporto sostanziale cui la clausola accedeva, che si era sciolto per effetto della dichiarazione di fallimento.

Il Tribunale respinse le domande, ma la Corte d'appello di Torino, adita dalle imprese soccombenti, con sentenza del 12.7.2010, in riforma della decisione di primo grado, ritenne inoperante la clausola arbitrale e dichiarò la nullità del lodo. La Corte del merito - premesso che in sede di impugnazione del lodo arbitrale irrituale sono senz'altro ammissibili le contestazioni che involgono le valutazioni espresse dagli arbitri in ordine alla validità ed efficacia della clausola compromissoria, perché attraverso tali censure la parte contesta l'esistenza del potere degli arbitri di svolgere l'attività negoziale che è stata loro demandata - osservò che il primo giudice, dopo aver correttamente individuato i limiti del giudizio di impugnazione dei lodo irrituale, aveva indebitamente ritenuto sottratte al suo vaglio le questioni riguardanti la clausola compromissoria, dalla cui soluzione dipendeva la verifica dei poteri esercitati dagli arbitri.

Rilevò quindi che nessuno degli argomenti in base al quale gli arbitri avevano ritenuto efficace la clausola compromissoria, nonostante il fallimento dell'IT.IN., era condivisibile: non quello del carattere autonomo di tale clausola rispetto al contratto in cui era inserita, fondato sull'art. 808 c.p.c., perché nella specie occorreva accertare non se essa fosse ancora operante fra le parti che l'avevano sottoscritta, ma se potesse essere azionata da un soggetto terzo quale il curatore; e neppure quello fondato sulle pronunce della S.C. secondo

cui il compromesso e la clausola compromissoria non si sciolgono in caso di fallimento di una della parti, tutte emesse in fattispecie, diverse da quella in esame, in cui o il curatore era subentrato nel contratto contenente l'accordo compromissorio o la sentenza dichiarativa era intervenuta dopo l'introduzione del giudizio arbitrale. Affermò, infine, che con la dichiarazione di fallimento si era sciolto il contratto di appalto stipulato da IT.IN. con la Servizi Tecnici per il tramite dell'impresa mandatala e che era venuto meno anche il vincolo associativo che legava la società all'ATI e che era disciplinato dal regolamento contenente la clausola arbitrale, con la conseguenza che tale clausola non poteva ritenersi efficace nei confronti di un soggetto terzo rispetto ad essa, quale andava considerato il curatore del Fallimento.

La sentenza è stata impugnata dal Fallimento della IT.IN. s.p.a. con ricorso affidato a tre motivi ed illustrato da memoria, cui le controparti hanno resistito con unico controricorso, anch'esso illustrato da memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) Con il primo motivo, il Fallimento, denunciando violazione degli artt. 807, 827, 828 ed 829 c.p.c., lamenta che la Corte territoriale abbia respinto l'eccezione di inammissibilità e/o di improcedibilità del giudizio di impugnazione del lodo, in tal modo disapplicando la giurisprudenza di questa Corte, che ha costantemente affermato che il lodo irrituale è impugnabile solo per i vizi che possono vulnerare la manifestazione di volontà degli arbitri, ma non per errore di diritto.

Il motivo è infondato.

Il principio giurisprudenziale richiamato dal ricorrente attiene al merito della decisione degli arbitri irrituali, ma non anche alle questioni pregiudiziali che riguardano l'operatività fra le parti della clausola compromissoria.

Il patto compromissorio libero, infatti, non demanda agli arbitri l'esercizio di una funzione giurisdizionale, ma conferisce loro un mandato per l'espletamento di un'attività negoziale; e, poiché il potere degli arbitri di dare esecuzione al mandato presuppone la validità e l'efficacia dell'atto di conferimento, la cognizione in ordine alla ricorrenza di tale presupposto non può spettare a costoro, ma permane in capo al giudice ordinario (Cass. n. 15753/01).

2) Con il secondo motivo il Fallimento, denunciando vizio di omessa e/o insufficiente motivazione della sentenza impugnata, sostiene che la Corte territoriale non ha valutato quali fossero gli effetti della dichiarazione di fallimento sul rapporto derivante dall'accordo compromissorio anteriormente stipulato, disattendendo il consolidato principio secondo cui il compromesso per arbitrato, anche irrituale - costituendo atto negoziale riconducibile all'istituto del mandato collettivo e di quello conferito anche nell'interesse di terzi - non si scioglie per il fallimento di una delle parti, con conseguente efficacia ed opponibilità del lodo nei confronti della curatela.

Rileva, ancora, che il giudice del merito, dopo aver riconosciuto che la clausola compromissoria è efficace nei confronti del fallimento subentrato nel contratto al quale essa accede, ha poi contraddittoriamente omesso di considerare l'incidenza del principio giuridico dell'ultrattività, rispetto alla dichiarazione di fallimento del mandante, del mandato collettivo conferito anche nell'interesse di quest'ultimo. Il motivo va dichiarato inammissibile.

A parte il rilievo (già di per sé dirimente) della palesemente errata qualificazione del motivo ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, laddove ciò che si imputa al giudice del merito non è di aver omesso di valutare (o di aver malamente valutato) circostanze di fatto decisive, ma di aver violato norme e principi di diritto, la questione illustrata nella censura è totalmente estranea al *thema decidendum*, posto che alla data di dichiarazione di fallimento della IT.IN. il mandato collettivo per arbitrato irrituale non era stato ancora conferito. Pertanto, quel che occorreva stabilire non era se nella specie operasse o meno la L. Fall., art. 78, ma se il Fallimento fosse subentrato alla società fallita nel diritto (contemplato dalla clausola compromissoria) di conferire detto mandato agli arbitri: ciò che, per l'appunto, la Corte territoriale ha escluso, sul rilievo della qualità di terzo del curatore rispetto al patto compromissorio, atteso l'avvenuto scioglimento, per effetto del fallimento, del contratto d'appalto stipulato da IT.IN. con la Servizi Tecnici per il tramite della mandataria Recchi s.p.a., e del conseguente venir meno (anche a termini del regolamento che disciplinava i rapporti interni fra le imprese partecipanti) del vincolo associativo che legava la fallita all'ATI. 3) Con il terzo motivo, denunciando violazione dell'art. 808 c.p.c. nonché ulteriore vizio di omessa motivazione, il ricorrente sostiene che il giudice d'appello avrebbe errato nel ritenere che il Fallimento non fosse subentrato nei rapporti negoziali in relazione ai quali era stato dettato il regolamento contenente la clausola compromissoria.

Rileva, sotto un primo profilo, che, ai sensi dell'art. 808 c.p.c., la clausola compromissoria ha una propria individualità, che la preserva dall'inefficacia, originaria o sopravvenuta, del negozio a cui accede, sicché la sua validità deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce.

Sotto altro profilo, afferma che, nell'ipotesi di associazione temporanea d'imprese, il fallimento dell'impresa mandante non estingue automaticamente il rapporto di mandato, ai sensi della L. Fall., art. 78, e non fa venir meno i poteri rappresentativi che nei confronti di questa competono all'impresa capogruppo.

Anche questo motivo deve essere dichiarato inammissibile.

Quanto alla prima ragione di censura, va in primo luogo osservato che il principio dell'autonomia della clausola compromissoria rispetto al negozio di riferimento vale in relazione all'arbitrato rituale, ma non a quello irrituale. Quest'ultimo, infatti, integra la volontà delle parti, dando vita a un negozio di secondo grado, il quale trae la sua ragion d'essere dal negozio nel quale la clausola è inserita e non può sopravvivere alle cause di nullità che facciano venir meno la fonte stessa del potere degli arbitri (da ultimo, fra molte, Cass. n. 9230/08).

Il principio, peraltro, risulterebbe inutilmente invocato pur nel caso in cui lo si volesse ritenere applicabile anche alla clausola per arbitrato irrituale, posto che nella specie, non essendo stata mai posta in dubbio la validità e l'efficacia del regolamento sottoscritto dalle imprese partecipanti all'ATI, la questione dell'ultrattività del patto compromissorio rispetto a tale regolamento è priva di qualsivoglia attinenza alla decisione.

Ugualmente estranea al *decisum* è la questione illustrata nella seconda ragione di censura, non essendo in discussione la sopravvivenza del potere dell'impresa capogruppo di rappresentare la IT.IN. nei rapporti (necessariamente sorti in data anteriore al fallimento) fra questa e l'ente committente, bensì la prosecuzione del vincolo associativo che legava la società poi fallita all'ATI: e, sul punto, in base ad un accertamento in fatto che non è stato impugnato dal ricorrente, la Corte di merito ha rilevato che l'art. 10 del regolamento

negoziale indicava espressamente, fra le situazioni che avrebbero determinato lo scioglimento del mandato per il verificarsi di una causa di estinzione, l'apertura della procedura concorsuale.
I motivi, in conclusione, non investono la motivazione sulla quale si fonda la sentenza impugnata. Non risulta, infatti, in alcun modo contestata l'affermazione della Corte torinese secondo cui, attesa la mancata successione del fallimento nei rapporti contrattuali un tempo facenti capo alla società, il curatore dovesse considerarsi soggetto terzo rispetto alla clausola compromissoria, ancorché egli avesse azionato dinanzi agli arbitri pretese sorte in capo alla IT.IN. e non derivanti da fatti successivi allo scioglimento dei contratti.
Al rigetto del ricorso consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali, che si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.
La Corte rigetta il ricorso e condanna il Fallimento della IT.IN. - Italimprese Industrie s.p.a. al pagamento delle spese processuali, che liquida in Euro 6.700,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali ed accessori di legge.
Così deciso in Roma, il 8 febbraio 2012.
Depositato in Cancelleria il 29 marzo 2012

Cassazione civile sez. VI, 31/07/2017, n. 19060

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 3

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. AMENDOLA Adelaide - Presidente -
Dott. RUBINO Lina - Consigliere -
Dott. CIRILLO Francesco Maria - Consigliere -
Dott. ROSSETTI Marco - Consigliere -
Dott. DELL'UTRI Marco - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso 19965/2016 proposto da:
CIRCOLO IPPICO RONCO DEL COLLE, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CELIMONTANA 38, presso lo studio dell'avvocato PAOLO PANARITI, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato DANIELE MARTINELLI;
- ricorrente -

contro
AZIENDA AGRICOLA SAN GIUSEPPE SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G. PISANELLI 2, presso lo studio dell'avvocato FRANCESCA ROMANA FUSELLI, rappresentata e difesa dall'avvocato VALENTINA MATTIOZZI;
- controricorrente -

per il regolamento di competenza avverso la sentenza n. 759/2016 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 10/08/2016;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 15/06/2017 dal Consigliere Dott. MARCO DELL'UTRI;
Lette le conclusioni del PG, in persona del Sostituto Procuratore Generale Alessandro Pepe, che chiede che la Corte di Cassazione rigetti il regolamento di competenza proposto dal Centro Ippico Ronco del Colle.

FATTO E DIRITTO
Rilevato che l'Azienda Agricola San Giuseppe s.r.l. ha convenuto il Circolo Ippico Ronco del Colle dinanzi al Tribunale di Bergamo al fine di sentirlo condannare alla restituzione di taluni beni immobili allo stesso concessi in comodato;

che, con sentenza resa in data 6/10/2015, il Tribunale di Bergamo, preso atto che le parti avevano stipulato una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, ha ritenuto la propria incompetenza, rigettando la domanda proposta dall'Azienda Agricola San Giuseppe;
che, sull'appello proposto dall'Azienda Agricola San Giuseppe s.r.l., la Corte d'appello di Brescia, con sentenza non definitiva resa in data 10/8/2016, in accoglimento dell'impugnazione, ha dichiarato la nullità della sentenza di primo grado (per avere il primo giudice omesso di dar lettura in udienza del dispositivo) e, decidendo nel merito, ha disatteso le preliminari eccezioni di improponibilità e/o di difetto di giurisdizione e/o di competenza del giudice adito, disponendo, con separato provvedimento, la prosecuzione della causa in sede istruttoria;
che, a sostegno della decisione assunta, la corte territoriale ha rilevato l'estraneità dell'oggetto della controversia insorta tra le parti alle previsioni della clausola compromissoria per arbitrato irrituale;
che, avverso la sentenza non definitiva della Corte d'appello di Brescia, il Circolo Ippico Ronco del Colle ha proposto regolamento di competenza;
che l'Azienda Agricola San Giuseppe s.r.l. ha depositato memoria;
che il Procuratore generale presso la Corte di cassazione ha concluso per la dichiarazione di inammissibilità del regolamento di competenza;
considerato che, con l'unico motivo d'impugnazione proposto, il ricorrente censura la sentenza impugnata per violazione degli artt. 808 e 808 quater c.p.c., per avere la corte territoriale erroneamente escluso la riconducibilità dell'oggetto della controversia insorta tra le parti all'ambito delle previsioni della clausola compromissoria tra le stesse convenuta;
che il proposto regolamento di competenza è inammissibile;
che, infatti, sulla base del consolidato insegnamento della giurisprudenza di questa Corte, in tema di arbitrato, la decisione del giudice ordinario, che affermi o neghi l'esistenza o la validità di un arbitrato irrituale, e che, dunque, nel primo caso non pronunci sulla controversia dichiarando che deve avere luogo l'arbitrato irrituale e nel secondo dichiari, invece, che la decisione del giudice ordinario può avere luogo, non è suscettibile di impugnazione con il regolamento di competenza, in quanto la pattuizione dell'arbitrato irrituale determina l'inapplicabilità di tutte le norme dettate per quello rituale, ivi compreso l'art. 819 ter c.p.c. (Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 1158 del 17/01/2013, Rv. 625054 - 01);
che, sulla base delle argomentazioni che precedono, dev'essere dichiarata l'inammissibilità del regolamento di competenza e pronunciata la condanna del ricorrente al rimborso, in favore della controparte, delle spese del giudizio di legittimità secondo la liquidazione di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il regolamento di competenza e condanna il ricorrente al rimborso, in favore della controparte, delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in complessivi Euro 6.200,00, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15%, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, e agli accessori come per legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, art. 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Sesta - 3 Civile, il 15 giugno 2017.

Depositato in Cancelleria il 31 luglio 2017

Cassazione civile sez. I, 17/02/2014, n. 3665

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. VITRONE Ugo - Presidente -
Dott. CECCHERINI Aldo - Consigliere -
Dott. FORTE Fabrizio - Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso 25886-2008 proposto da:
P.S. (C.F. (OMISSIS)), P.M. (C.F. (OMISSIS)), elettivamente domiciliati in ROMA, VIA SALARIA 259, presso l'avvocato PASSALACQUA MARCO, rappresentati e difesi dagli avvocati SALVANESCHI LAURA, RADICIONI LUCIA, giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrenti -

contro
CAMPING FORNACI S.A.S. DI MORTOLA ANNA MARIA E MORTOLA GIOVANNI C. (C.F. (OMISSIS)), in persona dei soci accomandatari pro tempore, M.A.M. (c.f. (OMISSIS)) in proprio, M.C., nella qualità di avente causa di B.D. B. (deceduto), elettivamente domiciliati in ROMA, PIAZZA CAPRANICA 78, presso l'avvocato MAZZETTI FEDERICO, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato BONGIORNO GALLEGRA ANTONINO, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 533/2008 della CORTE D'APPELLO di GENOVA, depositata il 29/04/2008;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 05/12/2013 dal Consigliere Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO;
udito, per i ricorrenti, l'Avvocato BRIGUGLIO ANTONIO, con delega, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;
udito, per i controricorrenti, l'Avvocato BONGIORNO GALLEGRA che ha chiesto il rigetto del ricorso;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SALVATO Luigi che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza 9-29/4/2008, la Corte d'appello di Genova, in accoglimento dell'appello proposto da P.S. e P.M., ha dichiarato improponibile la domanda intesa ad ottenere la declaratoria di nullità, l'annullamento o l'inefficacia di due Delib. della società Camping Fornaci s.a.s. di Mortola Anna Maria C., di esclusione dei due soci accomandanti, per essere il giudizio sottratto alla competenza del giudice ordinario, in forza della clausola compromissoria di cui all'art. 16 dello statuto sociale, che configura arbitrato irrituale.

Premessa la non invocabilità della rinuncia a detta eccezione, in quanto neppure sollevata nella comparsa di costituzione e risposta del giudizio di primo grado; rilevata l'ammissibilità dell'eccezione ex art. 345 c.p.c., applicabile nella formulazione anteriore alla riforma del 1990, la Corte del merito ha ritenuto che la controversia trova la sua *causa petendi* nel comportamento addebitato ai soci appellati in contrasto con gli obblighi nascenti dal contratto sociale, alle cui disposizioni statutarie i soci avevano prestato adesione, entrando a far parte della compagine societaria.

Avverso detta pronuncia ricorrono P.S. e P.M., sulla base di due motivi.

Si difendono con controricorso la società, la socia accomandataria M., e Ma.Co., avente causa di B.D. B..

Ambedue le parti hanno depositato le memorie ex art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.1.- Con il primo motivo di ricorso, i ricorrenti denunciano il vizio di violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, stante la nullità della clausola contenuta nell'art. 16 della statuto della società Camping Fornaci.

I ricorrenti argomentano come segue:

1) la clausola in oggetto è nulla, dovendo ritenersi che, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, l'unica forma di arbitrato derivante da una clausola compromissoria statutaria sia quella regolata da detta norma;

2) l'intervenuta sanzione di nullità colpisce le clausole preesistenti difformi dal disposto normativo;

3) detta sanzione colpisce la clausola arbitrale statutaria difforme, a prescindere dalla natura rituale o irrituale dell'arbitrato.

1.2.- Con il secondo motivo, i ricorrenti denunciano la nullità della sentenza, per non avere pronunciato in relazione alla questione rilevabile d'ufficio, della nullità della clausola compromissoria.

2.1.- I due motivi del ricorso, strettamente collegati, vanno esaminati congiuntamente e sono da ritenersi fondati.

La questione di base sottoposta dai ricorrenti all'attenzione di questa Corte attiene alla validità o meno della clausola di cui all'art. 16 dello statuto sociale, specificamente riportata ("tutte le controversie che potessero insorgere tra i soci, i soci e la società circa l'interpretazione e l'applicazione del presente contratto e delle clausole in esso contenute verranno sottoposte alla decisione di un arbitro irrituale, il quale giudicherà inappellabilmente ex bono et aequo senza formalità di procedura, da nominarsi dai soci, ed in difetto di accordo

dal Presidente del Tribunale di Chiavari, su ricorso della parte più diligente"), di talché non può ritenersi violato l'art. 366 c.p.c., n. 3, come eccepito dai controricorrenti.

Ciò posto, e considerato che la clausola prevede la nomina dell'arbitro da parte dei soci e solo in caso di disaccordo da parte del Presidente del Tribunale, deve ritenersi la non conformità della stessa al disposto di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, che, nella parte che qui interessa, così dispone:

"Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis c.c., 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.

La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale". A riguardo, questa Corte si è espressa, tra le ultime, nella pronuncia 17287/2012 (conformi, le precedenti 15892/2011 e 16092/2009), nel senso che la clausola compromissoria contenuta nello statuto societario la quale, non adeguandosi alla prescrizione del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34, non prevede che la nomina degli arbitri debba essere effettuata da un soggetto estraneo alla società è nulla, non potendosi accettare la tesi del "doppio binario", per cui essa si convertirebbe da clausola per arbitrato endosocietario in clausola per arbitrato di diritto comune, atteso che l'art. 34 commina la nullità per garantire il principio di ordine pubblico dell'imparzialità della decisione.

Il richiamo a detto orientamento, peraltro, non esaurisce l'esame della fattispecie, che impone la valutazione di specifici, ulteriori profili, eccepiti puntualmente dalla difesa dei controricorrenti, e comunque tutti soggetti al vaglio giudiziale ex officio.

Ed in particolare, si pone la questione se la nullità di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 34 per le clausole che non conferiscono il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società, riguardi le sole clausole che prevedono un arbitrato rituale e non anche quello irrituale, come presente nella specie, per l'espressa qualificazione della Corte del merito.

A riguardo, si deve rilevare che l'orientamento del tutto maggioritario di questa Corte è nel senso che detta nullità riguarda sia le clausole per arbitrato rituale che irrituale (cfr.

Cass. 17287/2012 e 24867/2010), di talché appare del tutto isolata la pronuncia, resa in forma di ordinanza, n. 13664/2010, che si è espressa nel senso di limitare la nullità alle sole clausole per arbitrato rituale, sulla base del solo rilievo della natura di determinazione contrattuale del lodo irrituale. Più complessa ed articolata si presenta la valutazione della concreta applicabilità dell'art. 34 cit. alla fattispecie concreta, considerato che il giudizio di cui si tratta è stato introdotto avanti al Tribunale con atto di citazione del 2/11/1988, ed era quindi pendente alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2003.

A riguardo, si deve rilevare che alle società di persone non si applicano gli artt. 223 bis e 223 duodecies disp.att. c.c., che dispongono in ordine al tempo ed alle modalità di adeguamento degli statuti societari, stante lo specifico richiamo ai tipi societari, di cui al comma 1 dei detti articoli, da cui consegue l'applicabilità immediata alle società di persone della disciplina di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, a far data dal 1 gennaio 2004.

Neppure si applica alle società di persone l'art. 34, comma 6, citato D.Lgs., che riguarda le clausole previste dalla nuova legge e non quelle preesistenti. La difesa dei controricorrenti ha ampiamente argomentato sulla ultrattività della clausola, in forza del disposto di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 41, comma 1, che, per la parte che qui interessa, dispone che "ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, si applicano le disposizioni anteriormente vigenti".

La norma richiamata non consente l'interpretazione offerta dai controricorrenti, atteso che, per come formulata, nello specifico riferimento ai "giudizi pendenti", la stessa è intesa a fare salvi gli eventuali giudizi arbitrali in corso alla data di entrata in vigore della normativa, ma non già gli effetti della clausola arbitrale preesistente, che chiaramente costituisce negozio e non già atto processuale.

Trova invece applicazione nel caso il principio, più volte espresso da questa Corte, secondo il quale, qualora nel corso di esecuzione di un rapporto sopravvenga una norma che sancisca la nullità del contratto o di una clausola dello stesso, la sanzione di nullità incide sul rapporto, non consentendo la produzione di ulteriori effetti.

Così, in relazione all'entrata in vigore della L. n. 154 del 1992, che con l'art. 10 ha modificato l'art. 1938 c.c., prevedendo per la fideiussione per obbligazione futura la fissazione dell'importo massimo garantito, la giurisprudenza si è espressa nel senso che la sopravvenienza della L. n. 154 del 1992, se non tocca la validità e l'efficacia della fideiussione fino al momento dell'entrata in vigore del citato art. 10, con la conseguente responsabilità del fideiussore per le obbligazioni verso la banca a carico del debitore principale prima della predetta data, determina, per il periodo successivo, la nullità sopravvenuta della convenzione con essa in contrasto (in tal senso, le pronunce 2871/07 e 26064/08).

Ed anche a ritenere che, in simili casi, si tratti non tanto di una questione di nullità sopravvenuta del contratto, o di clausole dello stesso, ma di inefficacia, in quanto la normativa sopravvenuta viene ad incidere sul piano degli effetti e non dell'atto, in ogni caso la clausola preesistente deve ritenersi non più operante. Ciò posto, residua la valutazione dell'ulteriore profilo, della applicabilità dell'art. 1419 c.c., comma 1, da cui la nullità parziale solo della disposizione relativa alla nomina degli arbitri ad opera diretta delle parti, fatta salva nel resto la clausola in oggetto, o del comma 2, c.c., da cui la sostituzione di diritto della clausola nulla, con norma imperativa di legge, possibile perché nel caso la clausola non è binaria.

A riguardo, si deve concludere per l'infondatezza di ambedue dette prospettazioni.

Quanto alla prima, si deve rilevare che la giurisprudenza si è espressa nel senso del travolgimento della clausola nella sua interezza (così le pronunce 15892/2011 e 17287/2012), che non è suscettibile quindi di essere frammentata e sostanzialmente scissa tra il contenuto proprio del deferimento ad arbitrato e la individuazione e modalità di nomina dell'arbitro; quanto alla seconda, che, pur potendosi aderire al rilievo del P.G., che la sostituzione non richiede l'espressa previsione, ma la semplice automaticità della stessa (per trattarsi di elementi necessari del contratto o aspetti tipici del rapporto: così le pronunce 6364/2011 e 7822/1997), nella specie si impone la valutazione della sostanziale, profonda contrarietà della volontà delle parti come espressa nella clausola, rispetto alla disposizione essenziale della norma, che prevede la nomina dell'intero collegio arbitrale ad opera di terzo estraneo alla società.

Infine, la normativa di cui agli artt. 809 e 810 c.p.c., che dovrebbe intervenire sulla lacuna determinata dalla nullità della clausola D.Lgs. n. 5 del 2003, ex art. 34, prevede l'intervento solo in via sussidiaria del Presidente del Tribunale per la nomina degli arbitri.

Ciò posto, si deve ritenere fondata la censura di cui al secondo motivo di ricorso, non avendo la Corte del merito rilevato la nullità della clausola d'ufficio, come avrebbe dovuto, trattandosi di questione di puro diritto, né in giudizio si controverteva sulla validità o invalidità in via diretta dell'atto per una determinata causa, dedotta dalla parte, ma la questione della compromissione in arbitrato era stata eccepita in secondo grado dalla società.

E secondo l'orientamento di questa Corte, come affermato tra le ultime nella pronuncia 21600/2013, non è prospettabile nel giudizio di legittimità, allorquando la corrispondente questione non sia stata esaminata in sede di gravame, né denunciata come dedotta nelle precedenti fasi del giudizio, una causa di nullità contrattuale diversa da quella originariamente invocata, essendone, altresì, precluso, in tal caso, il rilievo di ufficio, dal momento che il potere del giudice deve coordinarsi con i principi desumibili dagli artt. 99 e 112 cod. proc. civ., sicché, in siffatta ipotesi, la pronuncia resta circoscritta alle ragioni di illegittimità denunciate dall'interessato, ponendosi la nullità dell'atto come elemento costitutivo della domanda.

3.1.- Conclusivamente, il ricorso va accolto, e, cassata la pronuncia impugnata, la causa va rimessa alla Corte d'appello di Genova in diversa composizione, che provvederà alla valutazione della controversia, attenendosi al seguente principio di diritto: "La clausola compromissoria contenuta nello statuto societario (e nel caso, di società di persone), che prevede la nomina dell'arbitro unico ad opera dei soci, e nel caso di disaccordo, ad opera del Presidente del Tribunale, su ricorso della parte più diligente, è affetta da nullità sopravvenuta, sia che sia previsto arbitrato rituale che irrituale, non rispettando la prescrizione di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003, intervenuto art. 34, e tale sanzione per le società di persone opera a far data dall'entrata in vigore del detto D.Lgs.; né si pone la questione dell'ultrattività della clausola medesima, in forza del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 41, comma 6, che fa salvi i soli atti processuali e non sostanziali; né può ritenersi la nullità parziale della clausola in oggetto, limitatamente alle sole modalità di nomina degli arbitri, né è suscettibile la clausola nulla di sostituzione di diritto con norma imperativa di legge, ex art. 1419 c.c., commi 1 e 2. Ne consegue che la nullità della clausola, rilevabile d'ufficio, ove non fatta valere altra e diversa causa di illegittimità in via di azione, comporta che la controversia possa essere introdotta soltanto avanti al Giudice ordinario".

Il Giudice del rinvio provvederà anche in ordine alle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Genova, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 5 dicembre 2013.

Depositato in Cancelleria il 17 febbraio 2014

Cassazione civile sez. I, 21/07/2010, n. 17114

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. VITRONE Ugo - Presidente -
Dott. SALVAGO Salvatore - rel. Consigliere -
Dott. DI PALMA Salvatore - Consigliere -
Dott. NAPPI Aniello - Consigliere -
Dott. DOGLIOTTI Massimo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso 2593/2005 proposto da:
P.P. (c.f. (OMISSIS)), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ASIAGO 8, presso l'avvocato AURELI Stanislao, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati AURELI MICHELE, CALTABIANO ALBERTO, giusta procura a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
L.C. (C.F. (OMISSIS)), elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA MONDRAGONE 10, presso l'avvocato MASTRANGELI Franco, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato CANELLA UMBERTO, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1220/2003 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 09/12/2003;
udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 26/05/2010 dal Consigliere Dott. SALVATORE SALVAGO;
udito, per il ricorrente, l'Avvocato CALTABIANO che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;
udito, per la controricorrente, l'Avvocato MASTRANGELI PAOLA (delega) che ha chiesto il rigetto del ricorso;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PRATIS Pierfelice, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte di appello di Bologna con sentenza dell'8 novembre 1995 confermava l'improponibilità della domanda con cui P.P. aveva chiesto la condanna di L.C., acquirente della sua quota di partecipazione nella s.n.c. T.S. al pagamento della residua somma di L. 33 milioni perché le parti nella relativa scrittura avevano predisposto un arbitrato irrituale, composto da due soli arbitri per la definizione di eventuali controversie. Poiché detti arbitri non avevano accettato il mandato, il P. si rivolse al Tribunale di Bologna che con sentenza 2146/2001 condannò la L. a corrispondergli la somma suddetta.

In accoglimento dell'impugnazione di quest'ultima, la Corte di appello di Bologna, con sentenza del 9 dicembre 2003 ha dichiarato improponibile la domanda del P. poiché restava valida la clausola di arbitrato irrituale contenuta nel compromesso; e la rinuncia degli arbitri al mandato comportava soltanto al lume della più recente giurisprudenza di legittimità la loro sostituzione con il meccanismo previsto dagli art. 810 ed 811 cod. proc. civ., per l'arbitrato rituale.

Per la cassazione della sentenza il P. ha proposto ricorso per due motivi; cui resiste la L. con controricorso. Le parti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo, P.P., deducendo violazione dell'art. 811 cod. proc. civ. e art. 1473 cod. civ., censura la sentenza impugnata per aver dichiarato che anche nell'arbitrato irrituale allorché gli arbitri designati nel compromesso non potevano o volevano accettare il mandato, era possibile ottenerne la sostituzione con il rimedio di cui all'art. 810 cod. proc. civ., invocando una recente giurisprudenza che invece si era limitata ad estendere il relativo procedimento all'arbitrato libero senza mai affermare che era consentita la sostituzione degli arbitri la cui nomina è collegata ad un *intuitus personae*. E richiamando altresì la disposizione dell'art. 1473 cod. civ., inapplicabile nell'ipotesi di mandato affidato *intuitu personae* ed a maggior ragione per analogia.

Con il secondo motivo, deducendo violazione dell'art. 808 cod. proc. civ., si duole che la Corte territoriale abbia ritenuto che in tal caso spetti agli arbitri poi nominati in sostituzione valutare se la nomina di quelli originari sia dovuta a particolari requisiti soggettivi, senza considerare la decisione 15753/2001 di questa Corte, la quale ha statuito che spetta invece al giudice ordinario (non agli arbitri) valutare l'invalidità della clausola compromissoria; la quale se accertata comporta il venir meno dell'obbligo delle parti di sottostare agli arbitri.

Il ricorso è ammissibile perché il P. ha prospettato esclusivamente la violazione delle norme di diritto contenute negli artt. 810 ed 811 cod. proc. civ., con riferimento alla sostituzione degli arbitri che non hanno accettato il mandato, deducendo la loro inapplicabilità in radice a qualunque ipotesi di arbitrato irritale (e non solo alla situazione fattuale concreta): soprattutto allorquando la nomina dell'arbitro sia avvenuta "intuitu personae".

Esso è tuttavia infondato.

Dalla complessa vicenda processuale riferita dalla sentenza impugnata e dalle parti risulta che in seguito al precedente giudizio è rimasto definitivamente accertato: a) che nella promessa di vendita tra di esse intercorsa, i contraenti avevano predisposto per la composizione di eventuali controversie un arbitrato irrituale, nominando arbitri i due professionisti che li avevano assistiti in quel negozio; b) che costoro con successiva lettera del 2 febbraio 1994 avevano dichiarato di non essere disponibili ad assumere l'incarico. Sulla base di queste premesse, e non quindi dell'accertata sussistenza di un mandato conferito "intuitu personae", il Tribunale ritenne inefficace la clausola, e non consentita la sostituzione degli arbitri prevista dall'art. 811 cod. proc. civ., poiché le parti avevano manifestato la volontà di conferire il mandato ai suddetti professionisti; per cui non era possibile modificarla anche perché nulla disponeva al riguardo il regolamento contrattuale.
Laddove la sentenza impugnata richiamando recente giurisprudenza di legittimità ha considerato ammissibile il ricorso al meccanismo di cui all'art. 811 cod. proc. civ., osservando che la norma permette la sostituzione degli arbitri per qualsiasi causa vengano a mancare, senza introdurre eccezioni né in relazione al motivo, né alla composizione del collegio, né tanto meno alle ragioni che avevano indotto le parti alla loro specifica scelta.
Ora, il problema suddetto non ha ricevuto soluzioni univoche nella giurisprudenza di questa Corte; la quale con la lontana sentenza 29 del 1949 in una fattispecie identica a quella in esame di mancata accettazione degli arbitri designati rilevò che "essendosi le parti impegnate a far risolvere da propri fiduciari i loro eventuali dissensi ed accettare senza riserve il responso dei medesimi, non poteva alcuna di esse, per la stessa efficacia vincolante e cogente dell'accordo, allontanarsi o sciogliersi unilateralmente dalla convenzione, e considerare nullo ed inesistente il comune mandato arbitrale solo perché uno dei designati aveva declinato l'incarico.
In questo caso, trattandosi appunto di mandato collettivo congiuntamente conferito, l'unico rimedio utile sarebbe stato quello di provvedere alla sostituzione dell'arbitratore dimissionario, secondo i criteri stabiliti dall'art. 811 cod. proc. civ.".
Ad analogo risultato pervennero le successive Cass. 2748/1958 e 2749/1967 nelle ipotesi di inerzia di una delle parti ovvero di rifiuto a provvedere alla nomina del proprio arbitro: presentandosi la questione negli stessi termini della fattispecie del venir meno o dello impedimento dell'unico arbitro o (di uno) degli arbitri nominati, giacché si tratta pur sempre di procedere alla nomina dell'arbitro mancante attraverso l'attività del presidente del tribunale, sostitutiva dell'attività negoziale delle parti, ed anzi in quest'ultima ipotesi persistendo la comune volontà delle parti di dare esecuzione alla clausola compromissoria. Per cui dette decisioni ed altre successive statuirono che la nomina può essere fatta, a richiesta dell'altra parte (o di entrambe) dal Presidente del tribunale (cfr. sent. 1909/1987). Cass. 1024/1960 e 1020/1973 in ciascuna di queste ipotesi - rifiuto di designare l'arbitro o venir meno dell'arbitro già designato - diedero invece origine ad un opposto indirizzo, affermando che nell'arbitrato irrituale o libero, non poteva comunque esserne consentita la sostituzione ad opera del presidente del tribunale, né invocando l'art. 811 cod. proc. civ. - applicabile solo all'arbitrato rituale - né ricorrendo all'art. 1473 cod. civ., di cui mancano i presupposti per l'applicazione analogica;
e che pertanto, in presenza di taluna di dette situazioni il compromesso diventa inefficace obbligando le parti a rivolgersi al giudice ordinario. Pur se non è mancata qualche decisione che ha limitato siffatta conseguenza all'ipotesi in cui la scelta e la nomina degli arbitri siano state determinate da motivi direttamente inerenti

alla qualità od alle funzioni delle persone che avrebbero dovuto esercitare l'ufficio; o di mancato accordo delle parti circa la sostituzione degli arbitri mancanti.

Il contrasto venne composto dalle Sezioni Unite che con la complessa ed articolata decisione 3189 del 1989 privilegiarono il primo orientamento dimostrando che l'art. 810 cod. proc. civ., per il quale, ove una parte non provveda alla nomina dell'arbitro, consente all'altra di rivolgersi al presidente del tribunale, onde ottenere surrogatoriamente tale nomina, ancorché dettato con riferimento all'arbitrato rituale, deve ritenersi applicabile in via analogica all'arbitrato libero od irrituale: in considerazione sia della somiglianza strutturale e funzionale dei due istituti; sia dell'ammissibilità di un intervento di volontaria giurisdizione anche per supplire ad un'inerzia di tipo negoziale; sia soprattutto dell'esigenza di assicurare l'attuazione del compromesso e quindi di conservare gli effetti del contratto. Anche perché il rispetto del *vinculum iuris*, nei limiti in cui esso può realizzarsi alla stregua della disciplina positiva e dei principi fondamentali dell'ordinamento, è valore giuridico la cui diretta attuazione va senz'altro perseguita. E perché, d'altra parte, sarebbe aberrante "premiare" il contraente che, pur essendosi impegnato con il compromesso all'arbitrato irrituale divenga inadempiente, o a maggior ragione punire entrambi i contraenti per un fatto estraneo alla loro volontà.

A conferma della correttezza del risultato raggiunto richiamarono il disposto dell'art. 1473 cod. civ., in cui l'integrazione della volontà della parte è affidata al giudice, in surrogazione del mandatario che la parte ha omesso di nominare: considerando detta norma quale *tertium comparationis*, in quanto espressiva di una tendenza dell'ordinamento, cui non ripugna, anche rispetto a situazioni di diritto sostantivo negoziale, il richiamo ad interventi integrativi e/o sostitutivi della volontà negoziale resi nelle forme della volontaria giurisdizione. E rilevarono, infine, che detto previsto intervento del giudice in sede di volontaria giurisdizione non rappresenta neppure un unicum nell'ordinamento, come dimostravano semplificativamente la scelta del beneficiario di un legato fra le persone o gli enti invocati indicati dal testatore (art. 631 c.c., u.c.), o la scelta nelle obbligazioni alternative (art. 1287 c.c., u.c.): nelle quali peraltro l'intervento suddetto incide sul rapporto in modo assai più penetrante rispetto al caso di designazione di un arbitro.

Questi principi si sono consolidati nella giurisprudenza successiva e sono stati recepiti anche dalla più qualificata dottrina; per cui il Collegio deve darvi continuità anche perché il ricorrente non ha contestato alcuna delle argomentazioni delle Sezioni Unite, ma si è limitato a riproporre le decisioni peraltro minoritarie antecedenti alla decisione suddetta. E perché, d'altra parte, in questi ultimi decenni, a seguito delle modifiche legislative apportate all'istituto dell'arbitrato e di osservazioni in tali sensi degli studiosi, risultano sempre più attenuate le differenze tra arbitrato rituale ed irrituale; e ad entrambi va riconosciuta natura privata, configurandosi in ogni caso la devoluzione della controversia ad arbitri come rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato per effetto di un'opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico (alla stregua, cioè, di un "dictura" di soggetti privati). Sicché la differenza tra le due fattispecie di arbitrato non può più fondarsi sul rilievo tradizionale che, nel primo, e non nel secondo, le parti abbiano demandato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice: dovendosi, per converso, ravvisarla nella circostanza che, nell'arbitrato rituale, le parti stesse intendono pervenire alla pronuncia di un lodo suscettibile di esecutività onde produrre gli effetti di cui all'art. 825 cod. proc. civ., con l'osservanza del regime formale

del procedimento arbitrale, mentre in quello irrituale, esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di una controversia attraverso uno strumento strettamente negoziale mediante, cioè, una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili. alla loro volontà, impegnandosi, per l'effetto, a considerare la decisione degli "arbitri" come espressione, appunto, di tale, personale volontà (Cass. 21585/2009; 14972/2007; 24059/2006). Né contraddice a questa conclusione Cass. 15753/2001, invocata dal ricorrente, avendo detta decisione esaminato la questione dell'invalidità della clausola compromissoria, e ribadito la regola che la devoluzione, in conseguenza di essa, della controversia al Collegio di arbitri irrituali non sottrae al Giudice il ordinario il potere di deliberare in ordine all'invalidità suddetta. Laddove nel caso concreto ricorre la fattispecie opposta in cui è del tutto pacifica la validità della clausola compromissoria inserita nella promessa di pagamento, tale espressamente riconosciuta nel precedente giudizio dalla sentenza 8 novembre 1995 della Corte di appello di Bologna, passata in giudicato (pag. 4 sent.); la quale proprio su tale presupposto ha confermato l'improponibilità delle domande del P. al giudice ordinario. E si tratta di dare attuazione all'obbligazione perfetta assunta nel compromesso dalla comune volontà dei contraenti di affidare ad un collegio di arbitri la composizione del loro conflitto di interessi sottraendola al giudice ordinario, a seguito del verificarsi di una situazione patologica determinata dalla necessità della surrogazione dei mandatari non accettanti, ove le parti stesse non abbiano provveduto a prevedere, nell'ambito della loro autonomia, soluzioni vicarianti e sostitutive: attraverso un meccanismo integratorio affidato al giudice in sede di volontaria giurisdizione. La conferma della possibilità di applicazione del meccanismo suddetto tratto dagli artt. 810 ed 811 cod. proc. civ., comporta il rigetto del ricorso e la condanna del soccombente P. al pagamento delle spese processuali liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte, rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali che liquida in favore di L.C. in complessivi Euro 2.700,00 di cui Euro 2.500,00 per onorario di difesa, oltre a spese generali ed accessori come per legge.

Così deciso in Roma, il 26 maggio 2010.

Depositato in Cancelleria il 21 luglio 2010

Cassazione civile sez. II, 31/03/2006, n. 7623

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. VELLA Antonio - Presidente -
Dott. NAPOLETANO Giandonato - Consigliere -
Dott. SCHETTINO Olindo - Consigliere -
Dott. CIOFFI Carlo - Consigliere -
Dott. MAZZACANE Vincenzo - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso proposto da:
PROMOVER SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA VIA CASSIODORO 19, presso lo studio dell'avvocato IANARI LUIGI, difeso dall'avvocato GIANCARLO FARAGLIA, con procura speciale Dr. DORANTI Filippo, in Perugia rep. 47120 del1/4/05;
- ricorrente -

contro
P.A., elettivamente domiciliato in ROMA VIA GARIGLIANO 11, presso lo studio dell'avvocato MAIONE NICOLA, difeso dall'avvocato GIUSEPPE SARDO, giusta delega in atti;
- controricorrente -

avverso l'ordinanza n. RG. 1125/01 del Tribunale di LAMEZIA TERME, depositata il 28/11/01;
udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 13/04/05 dal Consigliere Dott. Vincenzo MAZZACANE;
udito l'Avvocato FARFAGLIA Gaincarlo, difensore del ricorrente che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;
udito l'Avvocato Cataldo INTRIERI, con delega dell'Avvocato SARDO, difensore del resistente che ha chiesto il rigetto del ricorso;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FUZIO Riccardo che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
Con ricorso depositato il 6.12.2000 la S.r.l. Promover chiedeva al Presidente del Tribunale di Lamezia Terme la nomina di un arbitro per conto della S.r.l. La Calabrisella nei cui confronti aveva iniziato una procedura di arbitrato irrituale.

Dopo che il suddetto Presidente aveva nominato quale arbitro l'avvocato P.A., successivamente la società Promover notificava a quest'ultimo un atto di rinuncia al promesso giudizio arbitrale.
Il P., non avendo ricevuto alcun riscontro in ordine alla richiesta di liquidazione del compenso per le proprie competenze professionali, proponeva ricorso a tal fine al Presidente del Tribunale di Lamezia Terme che, con ordinanza del 28.11.2001 ex art. 814 c.p.c., comma 2, determinava in favore del ricorrente ed a carico solidale delle società Promover e La Calabrisella, la somma complessiva di L. 8.176.500 di cui L. 176.500 per spese e L. 8.000.000 per onorari.
Avverso tale ordinanza la S.r.l. Promover ha proposto un ricorso per Cassazione articolato in sei motivi cui il P. ha resistito con controricorso; la ricorrente ha successivamente depositato una memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Per ragioni di carattere logico-giuridico si devono esaminare prioritariamente il secondo e il terzo motivo di ricorso.
Con il secondo motivo la ricorrente, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 814 c.p.c., assume l'inammissibilità nella fattispecie della procedura per la liquidazione del compenso arbitrale, previsto dalla disposizione ora richiamata, in quanto non applicabile all'arbitrato irrituale.
Con il terzo motivo la ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 814 c.p.c., rileva che il P. avrebbe dovuto svolgere la sua pretesa con un ordinario giudizio di cognizione, posto che il Collegio arbitrale non si era mai costituito e quindi gli arbitri non avevano pronunciato alcun lodo.
Le enunciate censure, da esaminare contestualmente in quanto entrambe attinenti alla applicabilità del procedimento per la determinazione delle spese e degli onorari in favore degli arbitri previste dall'art. 814 c.p.c., comma 2, sono fondate.
Sotto un primo profilo deve richiamarsi l'orientamento giurisprudenziale consolidato di questa Corte secondo cui lo speciale procedimento di liquidazione delle spese e degli onorari previsto dall'art. 814 c.p.c., comma 2, per l'arbitrato rituale non è applicabile, nemmeno in via analogica, all'arbitrato irrituale, come appunto nella fattispecie, in quanto quest'ultimo è sfornito dell'elemento che caratterizza l'arbitrato rituale ossia l'attitudine a divenire "sentenza" a seguito del deposito del lodo (Cass. 10.7.1993 n. 7604; Cass. 17.10.1995 n. 10824) e posto che il compenso dovuto agli arbitri irrituali non si connota come spesa ma come debito "ex mandato" per l'adempimento coattivo del quale è attivabile un ordinario giudizio di cognizione (Cass. 16.5.1997 n. 4347).
Premesso poi come elemento pacifico in causa che nella fattispecie non è stato pronunciato alcun lodo, occorre rilevare che la speciale procedura di liquidazione, del compenso agli arbitri prevista dall'art. 814 c.p.c., comma 2, - presuppone che il lodo sia stato pronunziato, perché soltanto da esso il Presidente del Tribunale può trarre gli elementi per liquidare il compenso secondo determinati criteri; di conseguenza, quando sia mancata la pronuncia del lodo, la richiesta di compenso; da parte degli arbitri dà luogo ad una normale controversia sui diritti e gli obblighi reciproci delle parti che non può essere devoluta alla cognizione dell'organo speciale prevista dall'art. 814 c.p.c., ma deve seguire gli ordinari criteri di competenza (Cass. 3.4.1995 n. 3907; Cass. 17.10.1996 n. 9074; Cass. 6.3.1998 n. 2494).

Con il primo motivo la ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 47 - 139 e 141 c.p.c. nonché nullità del procedimento, assume che illegittimamente il ricorso ex art. 814 c.p.c., comma 2, ed il pedissequo decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti era stato notificato dal P. nel domicilio eletto dalla società Promover presso la cancelleria del Tribunale di Lamezia Terme soltanto nell'ambito del diverso procedimento di nomina dell'arbitro in surroga della parte negligente conclusosi con l'ordinanza presidenziale del 22.12.2000.

Con il quarto motivo la ricorrente, deducendo violazione dell'art. 101 c.p.c., rileva che la notifica del ricorso per la liquidazione del compenso arbitrale eseguita dalla controparte presso la cancelleria del Tribunale di Lamezia Terme ha impedito la realizzazione del contraddittorio con conseguente nullità dell'ordinanza presidenziale impugnata.

Con il quinto motivo la ricorrente denuncia omessa e/o insufficiente motivazione dell'ordinanza impugnata sulla entità del compenso liquidato in favore dell'avvocato P..

Con il sesto motivo la ricorrente deduce omessa e/o insufficiente motivazione in ordine alla liquidazione delle spese della procedura per là determinazione del compenso dovuto all'avvocato P..

Tutte le enunciate censure restano assorbite all'esito dell'accoglimento del secondo e del terzo motivo di ricorso.

In definitiva, ritenuto alla luce delle considerazioni sopra esposte che il procedimento ex art. 814 c.p.c., comma 2, non era attivabile dal P. non potendo esso trovare applicazione nella fattispecie, l'ordinanza impugnata deve essere cassata senza rinvio ex art. 382 c.p.c., comma 3.

Ricorrono giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo ed il terzo motivo di ricorso, dichiara assorbiti gli altri, cassa senza rinvio l'ordinanza impugnata e compensa interamente tra le parti le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, il 13 aprile 2005.

Depositato in Cancelleria il 31 marzo 2006

Cassazione civile sez. I, 20/04/2018, n. 9924

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CAMPANILE Pietro - Presidente -
Dott. BISOGNI Giacinto - Consigliere -
Dott. SAMBITO Maria Giovanna - Consigliere -
Dott. VALITUTTI Antonio - rel. Consigliere -
Dott. DI MARZIO Mauro - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso n. 9706/2013 proposto da:
Edil Tre S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Alessandro Malladra n.31, presso lo studio dell'avvocato Iaria Giovanni, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Romagnoli Paolo, giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
EDIL R.E.M. Costruzioni di T.R., in persona del titolare pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via delle Robinie n. 84, presso lo studio dell'avvocato Botta Bruno, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuggia Alberto, giusta procura in calce al controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 77/2012 del TRIBUNALE DI ALBA, depositata il 26/06/2012;
e sul ricorso n. 21225/2013 proposto da:
Edil Tre S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Alessandro Malladra n.31, presso lo studio dell'avvocato Iaria Giovanni, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Romagnoli Paolo, giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
T.R. - titolare della ditta individuale EDIL R.E.M. Costruzioni;
- intimato -

avverso l'ordinanza della CORTE D'APPELLO di TORINO, depositata il 04/02/2013;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 21/02/2018 dal cons. VALITUTTI ANTONIO.

FATTI DI CAUSA

1. Con atto di citazione notificato il 3 ottobre 2011, la Edil Tre s.r.l. proponeva opposizione al decreto ingiuntivo n. 264/2011, emesso dal Tribunale di Alba sulla base del lodo arbitrale reso in Asti in data 3 agosto 2011, con il quale le era stato intimato il pagamento della somma di Euro 73.626,68, oltre interessi, a favore della Edil Rem Costruzioni s.n.c. Il Tribunale di Alba - sul presupposto della validità ed efficacia del lodo posto a fondamento dell'ingiunzione - rigettava l'opposizione, con sentenza n. 77/2012, depositata il 26 giugno 2012.

2. Con ordinanza ex artt. 348 bis e ter c.p.c., depositata il 4 febbraio 2013, la Corte d'appello di Torino - ritenendo che il gravame non avesse una ragionevole probabilità di essere accolto dichiarava inammissibile l'appello, condividendo, in particolare, le valutazioni del Tribunale circa la validità ed efficacia del lodo arbitrale.

3. Per la cassazione della sentenza di primo grado, ha proposto ricorso ex art. 348 c.p.c., comma 3, iscritto a ruolo al n. 9706/2013, la Edil Tre s.r.l., affidato a tre motivi, illustrati con memoria. La ditta Edil Rem Costruzioni di R.T. ha replicato con controricorso.

4. Con separato ricorso, iscritto a ruolo al n. 21225/2013, la Edil Tre s.r.l. ha proposto ricorso per cassazione avverso l'ordinanza della Corte d'appello del 4 febbraio 2013, affidato ad un solo motivo illustrato con memoria. L'intimato non ha svolto attività difensiva.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. In via pregiudiziale va disposta la riunione dei ricorsi nn. 9706/2013 e 21225/2013, sussistendo evidenti ragioni di connessione soggettiva e parzialmente oggettiva dei due giudizi.

2. Con il ricorso n. 21225/2013, proposto avverso l'ordinanza della Corte d'appello, depositata il 4 febbraio 2013, con la quale il giudice di seconde ha dichiarato inammissibile il gravame ai sensi dell'art. 348 bis c.p.c., sul presupposto che l'impugnazione non avesse "una ragionevole probabilità di essere accolta", la Edil Tre s.r.l. denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 820 c.p.c. e art. 1722 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

2.1. La ricorrente si duole del fatto che la Corte d'appello condividendo le valutazioni operate, al riguardo, dal Tribunale abbia erroneamente ritenuto tempestiva e valida la pronuncia del lodo arbitrale del 3 agosto 2011, posto a fondamento del decreto ingiuntivo emesso a favore della ditta Edil Rem di R.T..

2.2. Il ricorso è inammissibile.

2.2.1. L'ordinanza di inammissibilità dell'appello resa ex art. 348 ter c.p.c. è, invero, ricorribile per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7, limitatamente ai vizi suoi propri costituenti violazioni della legge processuale (quali, per mero esempio, l'inosservanza delle specifiche previsioni di cui all'art. 348 bis c.p.c., comma 2 e art. 348 ter c.p.c., comma 1, primo periodo e comma 2, primo periodo), purché compatibili con la logica e la struttura del giudizio ad essa sotteso (Cass. Sez. U., 02/02/2016, n. 1914).

2.2.2. Nel caso di specie, per contro, il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di appello - men che fondarsi su vizi propri di tale provvedimento, derivanti da violazioni della legge processuale, in ipotesi poste in essere dall'impugnata ordinanza, concernenti i limiti ed i profili procedurali relativi alla sua emissione, ai sensi degli artt. 348 bis e ter c.p.c. - si traduce nella riproduzione delle stesse ragioni di merito, concernenti la denunciata tardività ed invalidità del lodo arbitrale, dedotte dalla Edil Tre a sostegno dell'opposizione a decreto ingiuntivo in prime cure, e riprodotte nel ricorso per cassazione proposto avverso la sentenza di primo grado.

2.3. Il ricorso, poiché inammissibile, va pertanto disatteso.

3. Per quanto concerne il ricorso n. 9706/2013, proposto avverso la decisione di primo grado a norma dell'art. 348 ter c.p.c., comma 3, va osservato che, con che i tre motivi di ricorso, la Edil Tre s.r.l. denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 816 sexies e 1722 c.c., nonché l'omessa o insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5 (nel testo applicabile *ratione temporis*).

3.1. La ricorrente si duole del fatto il Tribunale abbia - peraltro con motivazione del tutto inadeguata - erroneamente rigettato l'opposizione al decreto ingiuntivo n. 264/2011, emesso ad istanza della Edil Rem Costruzioni s.n.c. nei confronti della Edil Tre s.r.l., sebbene il provvedimento monitorio fosse fondato su un lodo arbitrale irrituale da reputarsi nullo ed inefficace. Ed invero, a parere della istante, il Tribunale avrebbe erroneamente applicato alla fattispecie concreta il disposto dell'art. 816 sexies c.p.c., "senza avvedersi che lo stesso poteva trovare ingresso esclusivamente in caso di arbitrato rituale e non già irrituale", comunque facendo applicazione di tale norma "in presenza di un situazione di fatto non sussumibile nella norma in commento".

3.2. Il giudice di prime cure sarebbe, inoltre, incorso nella violazione del disposto dell'art. 1722 c.c., secondo cui il mandato si estingue per la scadenza del termine, non essendo ammissibile "che le parti siano vincolate alla definizione extragiudiziale della controversia per un tempo indefinito", avendo considerato tempestivo il lodo definitivo, sebbene emesso quasi un anno dopo la scadenza del termine stabilito dalle stesse parti.

3.3. Le censure sono fondate.

3.3.1. Va rilevato che le parti, nell'art. 14 del contratto di appalto in data 14 marzo 2003, stabilivano che tutte le controversie relative all'interpretazione ed all'applicazione del contratto sarebbero state devolute al giudizio di tre arbitri, quali "amichevoli compositori con dispensa da ogni formalità". La clausola - stipulata prima dell'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 808 ter c.p.c., che oggi regola l'arbitrato irrituale, introdotta dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 20 con efficacia dal 2 marzo 2006 racchiude, come è incontroverso tra le parti (v. controricorso della Edil Rem, p. 5), la previsione di una fattispecie di arbitrato libero.

3.3.2. Orbene, secondo il costante insegnamento di questa Corte - reso con riferimento al regime dell'arbitrato irrituale precedente la novella del 2006 - nell'arbitrato libero, il contenuto dell'obbligo assunto dagli arbitri, secondo le regole del mandato, è quello di emettere la decisione loro affidata entro un determinato termine, non potendo ammettersi che le parti siano vincolate alla definizione extragiudiziale della controversia, ed alla conseguente improponibilità della domanda giudiziale, per un tempo non definito. Ne discende che, applicandosi all'arbitrato irrituale la disciplina dell'art. 1722 c.c., n. 1, il mandato conferito agli arbitri deve considerarsi estinto alla scadenza del termine prefissato dalle parti, salvo che esse - evenienza,

peraltro, non verificatasi nel caso concreto - non abbiano inteso in modo univoco conferire a detto termine un valore meramente orientativo (Cass., 03/01/2001, n. 58; Cass., 22/11/2011, n. 24562; Cass., 11/06/2014, n. 13212).

3.3.3. Ebbene, nel caso di specie, le parti - nella sessione del 12 marzo 2007 - stabilivano che il termine per il deposito del lodo sarebbe scaduto nel "sessantesimo giorno successivo al termine di scadenza per il deposito delle memorie di replica, successive alle memorie conclusionali, che verranno stabilite dal collegio stesso".

Ne consegue che - essendo scaduto il termine per le repliche il 4 agosto 2010, ed avendo le parti concordemente ed espressamente rinunciato, nella sessione suindicata, alla sospensione dei termini feriali - il lodo avrebbe dovuto essere depositato entro il 3 ottobre 2010. L'applicazione, da parte del Tribunale, del disposto dell'art. 816 sexies c.p.c. - operata con provvedimento del 23 settembre 2010, ossia in prossimità della scadenza del termine per il deposito del lodo - deve, pertanto, ritenersi erronea, avendo il giudice di primo grado fatto applicazione di una norma dettata per l'arbitrato rituale, inapplicabile all'arbitrato irrituale, stante la natura di contratto di mandato attribuibile - come dianzi detto - a tale forma di arbitrato nel regime previgente.

3.3.4. Ad ogni buon conto, quand'anche - in via di mera ipotesi la norma succitata fosse stata applicabile al caso concreto, essa non si sarebbe comunque attagliata alla fattispecie in esame, nella quale non è, di certo, ravvisabile un caso di perdita della capacità legale da parte del legale rappresentante della ditta Edil rem, a norma dell'art. 816 sexies c.p.c., essendosi verificata esclusivamente la trasformazione della società, della quale il medesimo era socio, in una ditta individuale, ipotesi di certo non riconducibile all'ambito di applicazione della norma suindicata.

3.4. Le doglianze in esame vanno, pertanto, accolte.

4. L'accoglimento dei tre motivi del ricorso n. 9706/2013 comporta la cassazione dell'impugnata sentenza con rinvio, ai sensi dell'art. 383 c.p.c., comma 4, alla Corte d'appello di Torino in diversa composizione, che dovrà procedere a nuovo esame del merito della controversia - non potendo in questa sede escludersi, in fatto, che il decreto ingiuntivo possa essere confermato sulla base di eventuali diversi elementi di prova documentale già allegati - facendo applicazione dei principi di diritto suesposti, e provvedendo, altresì, alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Riunisce i ricorsi nn. 9706/2013 e 21225/2013; dichiara inammissibile il ricorso n. 21225/2013; accoglie il ricorso n. 9706/2013; cassa la sentenza impugnata in relazione al ricorso accolto; rinvia alla Corte d'appello di Torino in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 21 febbraio 2018.

Depositato in Cancelleria il 20 aprile 2018

Corte Costituzionale, 20/07/2016, n. 196

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:
- Paolo GROSSI Presidente
- Alessandro CRISCUOLO Giudice
- Giorgio LATTANZI "
- Aldo CAROSI "
- Marta CARTABIA "
- Mario Rosario MORELLI "
- Giancarlo CORAGGIO "
- Silvana SCIARRA "
- Daria de PRETIS "
- Nicolò ZANON "
- Franco MODUGNO "
- Giulio PROSPERETTI "

ha pronunciato la seguente
ORDINANZA
nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 808-ter del codice di procedura civile promosso dal Tribunale ordinario di Terni, nel procedimento vertente tra Baldelli Costruzioni srl, Terni Casa Due cooperativa edilizia a responsabilità limitata, Cardeto Costruzioni srl, Cosedil spa contro Struzzi Mauro Costruzioni srl, con ordinanza del 7 gennaio 2015, iscritta al n. 334 del registro ordinanze 2015 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 1, prima serie speciale, dell'anno 2016.
Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;
udito nella camera di consiglio del 15 giugno 2016 il Giudice relatore Giulio Prosperetti.

FATTO E DIRITTO
Ritenuto che, con ordinanza del 7 gennaio 2015, il Tribunale ordinario di Terni ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 808-ter del codice di procedura civile, perché ritenuto lesivo degli artt. 3, 24, 101 e 111 della Costituzione, nella parte in cui limita l'impugnabilità del lodo, reso all'esito dell'arbitrato irrituale, ai casi di gravame in esso previsti;
che il Tribunale osserva che la natura negoziale dell'arbitrato irrituale dovrebbe comportare l'impugnabilità della decisione per vizi del consenso, analogamente a quanto previsto per ogni forma di manifestazione di volontà negoziale, e, in particolare, per errore rilevante derivante dalla falsa rappresentazione della realtà da

parte degli arbitri, nelle varie forme in cui esso può atteggiarsi (mancata presa visione di alcuni elementi della controversia, erronea supposizione della loro esistenza, inesatta percezione di fatti pacifici ovvero contestati); e che tale natura negoziale dovrebbe, altresì, comportare la possibilità di impugnativa della decisione per incapacità delle parti che hanno conferito l'incarico o dell'arbitro stesso;
che inoltre, prosegue il rimettente, l'arbitrato irrituale avrebbe natura giudiziale, come confermato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 376 del 2001, e che, pertanto, la decisione dell'arbitro dovrebbe essere corredata di motivazione, al pari di un qualunque provvedimento giurisdizionale, con conseguente possibilità di farne valere, in via di gravame, l'eventuale omissione;
che l'obbligo motivazionale discenderebbe, anche, dall'esigenza di consentire la verifica della diligenza dell'arbitro mandatario nell'esecuzione dell'incarico;
che, ad avviso del giudice a quo, la tassatività delle cause di invalidità e di impugnabilità del lodo previste dall'art. 808-ter cod. proc. civ., escludendo l'impugnativa per vizi del consenso e difetto di motivazione, determinerebbe una irragionevole sottrazione di tutela processuale per le parti, in violazione degli evocati parametri costituzionali;
che è intervenuto nel giudizio di costituzionalità il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, deducendo l'inammissibilità della questione, per mancata prospettazione degli elementi di fatto necessari a valutarne la rilevanza;
che, nel merito, la difesa erariale ha eccepito la non fondatezza della questione poiché la materia della conformazione degli istituti processuali è devoluta alla discrezionalità del legislatore e la scelta dello strumento arbitrale, come mezzo di risoluzione delle controversie, trova la sua fonte nella volontà delle parti che, nel deferire la controversia ad arbitri, scelgono liberamente un percorso di soluzione rapido ed informale, ma si assoggettano, altrettanto liberamente, alle peculiarità della fase impugnatoria.
Considerato che il Tribunale ordinario di Terni dubita della legittimità costituzionale dell'art. 808-ter del codice di procedura civile che, circoscrivendo la possibilità di impugnativa del lodo arbitrale irrituale ai motivi in esso elencati, tra i quali non figurano i vizi del consenso, l'incapacità e l'omessa motivazione, determinerebbe una limitazione di tutela processuale per le parti tale da imporre un controllo sulla ragionevolezza della previsione, con conseguente violazione degli artt. 3, 24, 101 e 111 della Costituzione;
che la questione è manifestamente inammissibile;
che, in primo luogo, il giudice a quo ha del tutto omesso la descrizione della fattispecie concreta sottoposta al suo esame, limitandosi, in un passaggio dell'ordinanza di rimessione, a rilevare che «non emergono dubbi sulla natura irrituale del lodo pronunciato dall'arbitrato unico», senza chiarire se, nel caso di specie, le parti hanno impugnato il lodo per vizi della volontà, incapacità o difetto di motivazione;
che, come affermato nella sentenza n. 338 del 2011, la giurisprudenza di questa Corte ha più volte precisato che «l'omessa o insufficiente descrizione della fattispecie, non emendabile mediante la diretta lettura degli atti, impedita dal principio di autosufficienza dell'atto di rimessione, preclude il necessario controllo in punto di rilevanza (*ex plurimis*: ordinanze nn. 6 e 3 del 2011; nn. 343, 318 e 85 del 2010; nn. 211, 201 e 191 del 2009)»;

che le lacune nella ricostruzione della fattispecie concreta si riflettono nel difetto di motivazione sulla necessità di fare applicazione della disposizione censurata e, quindi, in ordine alla rilevanza della questione rispetto al giudizio a quo (*ex multis*, ordinanza n. 269 del 2015);

che, inoltre, il giudice a quo, nel lamentare l'impossibilità di impugnativa del lodo arbitrale irrituale per vizi del consenso e incapacità, ha omesso di considerare l'orientamento consolidato della Corte di cassazione, fondato sui principi della disciplina contrattuale, in base al quale il lodo irrituale è soggetto al regime delle impugnative negoziali in ragione della sua natura di negozio di accertamento (Corte di cassazione, sezione prima civile, 18 novembre 2015, n. 23629; sezione seconda civile, 8 novembre 2013, n. 25258; sezione prima civile, 31 ottobre 2013, n. 24552);

che anche tale carenza motivazionale si sostanzia in un ulteriore profilo di inammissibilità (ordinanza n. 34 del 2016).

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 808-ter del codice di procedura civile sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, 101 e 111 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Terni con l'ordinanza in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 15 giugno 2016.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 20 LUG. 2016.

CAPITOLO XIX
IL RICONOSCIMENTO DEL LODO STRANIERO

Cassazione civile sez. I, 11/12/2013, n. 27734

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SALMÈ Giuseppe - Presidente -
Dott. CECCHERINI Aldo - Consigliere -
Dott. FORTE Fabrizio - Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso 13075/2008 proposto da:
THIRD MILLENNIUM COMPANY S.R.L. IN LIQUIDAZIONE (c.f. (OMISSIS)), in persona del Liquidatore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CARLO MIRABELLO 4, presso l'avvocato MENDICINI MARIO, rappresentata e difesa dall'avvocato NANNELLI ROBERTO, giusta procura a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
GUESS? INC., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE GIULIO CESARE 14 A-4, presso l'avvocato PAFUNDI GABRIELE, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato DA PRA GALANTI LORENZO, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 49/2008 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 15/01/2008;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 16/10/2013 dal Consigliere Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato CIPROTTI ALESSIA, con delega avv.ti PAFUNDI e DA PRA GALANTI che ha chiesto il rigetto del ricorso;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. VELARDI Maurizio, che ha concluso per l'accoglimento del terzo motivo, assorbimento degli altri.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'appello di Firenze, con sentenza 14/12/2007-15/1/2008, ha respinto l'opposizione proposta dalla Third Millennium Company s.r.l.(d'ora in avanti, TMC) nei confronti della Guess? Inc., avverso il decreto della medesima Corte del 9/14 marzo 2006, di dichiarazione di efficacia del lodo arbitrale emesso dall'International Center for Dispute Resolution - International Arbitration Tribunal (I.C.D.R.), a Los Angeles, California, Usa, in data 1-3 novembre 2005, di condanna della società italiana al pagamento a favore della Guess della somma di dollari 352.843,41, oltre interessi al tasso annuo del 10%, e dollari 25.985,76 a titolo di rimborso delle spese di arbitrato.
Con l'opposizione, la TMC aveva esposto:
che nel 1996 tra le parti era stato concluso un contratto, denominato Manufacturing License Agreement, in forza del quale la società italiana avrebbe confezionato e commercializzato in Italia ed in altri paesi Europei capi recanti il marchio Guess, riconoscendo alla controparte diritti da calcolarsi in percentuale sulle vendite, con obbligo della licenziataria di raggiungere determinate soglie minime di vendita;
che il contratto era destinato ad avere efficacia dal 1/1/96 al 30/9/99, con previsione di rinnovo tacito, sì che la TMC aveva fatto importanti investimenti;
che all'art. 21 era prevista clausola arbitrale del seguente tenore:
"21.1. Consenso delle parti all'arbitrato. Eccetto quanto altrimenti previsto in questo Accordo, Guess e il licenziatario acconsentono e rimettono alla esclusiva giurisdizione e sede dello Stato della California, la decisione di ogni controversia tra Guess e il licenziatario relativa a questo contratto o la presunta violazione di qualunque clausola dello stesso. Eccetto quanto stabilito in questo contratto, ogni controversia, lite o pretesa derivante da o relativa a questo contratto o inadempimento di questo sarà regolata da un arbitrato vincolante composto da tre (3) arbitri, in conformità alle Regole di Arbitrato Commerciale ("Regole") della Associazione Americana di Arbitrato. Gli arbitri saranno nominati in conformità alle Regole. Le parti sin d'ora accettano che la sede di tale arbitrato sarà la Città di Los Angeles, Contea di Los Angeles, California, USA", ed all'art. 27, si disponeva l'elezione di domicilio delle parti, indicandosi per le stesse l'indirizzo al quale dovevano essere inviate le comunicazioni (e per la TMC, la sede sociale, in via (OMISSIS));
che nel giugno 1997, nell'agosto 1998, e nell'ottobre 2001, le parti avevano stipulato accordi di modifica, prorogando la scadenza contrattuale da ultimo, sino al 31 dicembre 2002;
che il 19 giugno 2003, le parti avevano sottoscritto nuovo e diverso contratto, di risoluzione, "GUESS/TMC License Expiration/Limited Sell- Off"(di seguito indicato anche come "Expiration Letter Agreement"), col quale avevano risolto il rapporto di licenza in essere a partire dal 31 dicembre 2002, disciplinando la possibilità per TMC di completare la produzione dei capi ancora presenti in magazzino;

che, a seguito di nuovi contrasti, il 20 ottobre 2004 Guess aveva dato avvio al procedimento arbitrale, comunicando a mezzo fax alla TMC presso la sede sociale di Castelfiorentino, l'intenzione di dare corso alla procedura arbitrale, secondo il contratto e le regole di arbitrato della American Arbitration Association;
che TMC non aveva ricevuto alcuna successiva comunicazione in relazione al procedimento arbitrale, svoltosi pertanto nella contumacia della stessa, sino al 5 luglio 2005, allorquando era pervenuta la comunicazione della successiva udienza, fissata a Los Angeles il 12 luglio 2005;
di avere appreso, solo a seguito della notifica in forma esecutiva da parte di Guess del lodo, del decreto della Corte d'appello e dell'atto di precetto, che le comunicazioni relative alla nomina del Collegio arbitrale ed alla procedura arbitrale erano state inviate illegittimamente, comunque in ritardo, "al professionista che si era limitato a riscontrare la pregressa corrispondenza con Guess ma non aveva alcun mandato a rappresentarla nel procedimento arbitrale contro Guess, né tanto meno aveva eletto domicilio presso il suo Studio".
Con l'opposizione, TMC aveva fatto valere l'inefficacia del lodo:
a) per inesistenza o nullità derivante dalla mancanza di "convenzione scritta" per arbitrato, non essendo prevista clausola compromissoria nella Expiration Letter Agreement, a differenza di quanto previsto nel contratto del 1996;
b) per nullità della clausola compromissoria, in quanto priva di forma scritta o comunque oggetto di *relatio imperfecta* nell'Expiration Letter Agreement;
c) per la violazione del principio del contraddittorio, e comunque delle regole di costituzione del collegio arbitrale e delle regole sul procedimento, per essere state inviate le successive comunicazioni relative all'arbitrato all'avv. S. anziché alla TMC, nonostante che il professionista avesse ripetutamente comunicato al Tribunale Arbitrale di non avere avuto alcun mandato a rappresentare TMC nell'arbitrato (doc. 14, 15, 16, 17, 18 e 19; in particolare, le lettere ICDR del 22/10/04, dell'8/11/04, dell'8/12/2004 e del 7/1/2005);
d) per altre violazioni delle regole sul procedimento (la parte non era mai stata informata che il 4 maggio 2005 si era tenuta la prima udienza davanti al Collegio Arbitrale, né che in detta circostanza erano stati assegnati i termini per precisare le domande, presentare la lista testi, per presentare memoria, depositare e scambiare tutte le prove offerte, essendo state indirizzate dette comunicazioni all'avv. S., a termini scaduti o il giorno prima della scadenza; la parte non era stata tempestivamente informata che il 12 luglio 2005 si sarebbe tenuta a Los Angeles l'udienza di discussione, avendo ricevuto il fax di comunicazione solo il 5 luglio 2005).
In relazione ai primi due motivi, la Corte d'appello ha rilevato che l'accordo risolutorio si pone, rispetto al contratto di licenza, in termini puramente accessori e modificativi, regolando il primo anche gli effetti della eventuale cessazione naturale o per altre ragioni, da cui l'estensione ai patti aggiunti della clausola compromissoria secondo il diritto nazionale, ed a maggior ragione nel caso, in cui sarebbe spettato agli arbitri americani rilevare che gli effetti della clausola non si estendevano ai patti aggiunti o comunque sarebbe spettato all'opponente provare che nel diritto statunitense non si sarebbe potuta ammettere quell'estensione.
La Corte fiorentina ha respinto altresì i motivi terzo e quarto, con i quali la parte aveva fatto valere la violazione dell'art. 840 c.p.c., comma 3, n. 2, (art. V, n. 1 lett. b della Convenzione di New York del 10 giugno

1958), e la violazione dell'art. 840, 3 comma n. 4 c.p.c. (art. V, n. 1, lett. d della convenzione), rilevando che l'opponente non negava che l'avv. S. avesse ricevuto le comunicazioni relative all'arbitrato (e fondamentale la lettera dell'ICDR del 22 ottobre 2004, ricevuta dall'avv. S. il 28/10/04, con cui erano stati assegnati a TMC 15 giorni per depositare la comparsa di risposta e l'eventuale domanda riconvenzionale all'attore ed al Tribunale Arbitrale), ma che questi avesse titolo per riceverle.

A riguardo, il Giudice del merito ha rilevato che l'opponente non aveva provato che secondo il diritto statunitense, applicabile al lodo secondo il testo contrattuale, le comunicazioni all'avv. S., che si era qualificato idoneo a ricevere le stesse per conto della TMC, non fossero idonee ad assicurare il rispetto delle norme processuali; *ad abundantiam*, la Corte ha affermato che, a sostenere la tesi della Guess, avrebbe dovuto valere la *praesumptio hominis* che detto avvocato avesse informato debitamente e tempestivamente la cliente, a meno di non ipotizzare il comportamento doloso del S. nel compiere, senza alcun motivo, un grave illecito disciplinare, e che TMC, pur consapevole del grave torto subito, non avesse reagito in alcun modo contro detto comportamento, continuando ad avvalersi dell'attività professionale dell'avv. S., e dello stesso studio legale di questi, anche nel giudizio di opposizione.

Quanto in particolare alla violazione di cui all'art. 840 c.p.c., comma 3, n. 4, fatta valere dalla TMC, la Corte fiorentina ha aggiunto che non ogni violazione formale delle regole determina il diniego della delibazione, ma solo quelle violazioni che abbiano comportato in concreto la lesione dei diritti della parte, come reso palese dalla stessa norma che si riferisce alla non conformità non di singoli atti, ma generale; nel caso, non era stato provato che le irregolarità denunciate avessero determinato l'invalidità del lodo secondo la legge statunitense.

Avverso detta pronuncia ricorre TMC, con ricorso affidato a sei motivi. Si difende con controricorso Guess.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.1.- Col primo motivo, TMC, sotto il profilo dei vizi ex art. 360 c.p.c., n. 3, deduce di avere fatto valere nel giudizio di opposizione che il procedimento arbitrale non poteva essere iniziato né emesso il lodo, considerato che le parti non avevano pattuito per iscritto la clausola, contenuta nel contratto già risolto, e non riproposta nell'accordo di risoluzione del 19/6/03, avente carattere novativo del contratto del 1996 (motivi ostativi al riconoscimento, di cui all'art. 840 c.p.c., comma 3, nn. 1 e 3).

La parte sostiene che a fronte della contestazione dell'esistenza di valida clausola o della contestazione che il lodo non poteva essere pronunciato perché la materia era fuori della clausola, il giudice nazionale deve d'ufficio cercare la normativa straniera applicabile, ai sensi dell'art. 14, L. 218/1995, e non onerare l'opponente di provare il diritto straniero, in base alla cui applicazione detta parte sostenga l'illegittimità della clausola medesima.

1.2. Il primo motivo è infondato.

La parte addebita alla Corte d'appello di avere emesso il decreto di efficacia del lodo straniero, in presenza delle condizioni ostative di cui all'art. V lett. a) e c) della Convenzione di New York del 1958, riconosciuta e resa

esecutiva in Italia con la L. 19 gennaio 1968, n. 62, applicabile per il principio di prevalenza sancito dall'art. 840 c.p.c., u.c., circostanze peraltro corrispondenti a quelle previste dall'art. 840, comma 1, nn. 1 e 3.

L'art. V, alla lett. a), precisa la condizione ostativa al riconoscimento ed all'esecuzione della sentenza arbitrale straniera come segue: "che le parti alla convenzione di cui all'articolo II erano, in virtù della legge ad esse applicabile, colpite da incapacità, o che detta convenzione non è valida in virtù della legge alla quale le parti l'hanno assoggettata o, in mancanza di una indicazione al riguardo, in virtù della legge del Paese in cui la sentenza è stata resa..." ed alla lett. c), "che la sentenza verte su una controversia che non è contemplata dal compromesso o che non rientra nell'oggetto della clausola compromissoria, o che contiene decisioni che eccedono i limiti del compromesso o della clausola compromissoria...".

La Corte d'appello ha statuito sul punto con argomentazioni plurime, non tutte condivisibili, e in parte superflue per quanto di seguito esposto, valutando la pretesa invalidità secondo la legge italiana, pur non applicabile, richiamando il principio espresso nella pronuncia 671/2000, secondo cui spetta solo agli Arbitri valutare se ancora in vigore la clausola compromissoria a fronte della dedotta novazione, ed infine affermando che spettava alla parte opponente provare che secondo il diritto statunitense non era ammissibile l'estensione della clausola.

Orbene, la sentenza 671/2000, che, tra l'altro, si è pronunciata sulla condizione ostativa di cui alla lett. a), sotto il profilo del preteso venire meno della competenza arbitrale a seguito della novazione del rapporto contrattuale (fattispecie sovrapponibile a quella dedotta dalla parte), ha rilevato che "l'art. V, n. 1, lett. a), seconda ipotesi, prevede che venga rifiutato il riconoscimento quando il compromesso ("la convention visè e à l'art. II") "n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonné e ou, à de faut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue;" 3.3.3.

Quanto al prospettato difetto della competenza arbitrale per novazione del rapporto contrattuale, potrebbe rilevarsi che tale situazione dovrebbe comportare, a maggior ragione, un impedimento a riconoscere. Ma la tesi, pur suggestiva, non può essere accolta.

Occorre sempre, infatti, partire dalla regola del *numerus clausus* delle circostanze impeditive al riconoscimento, e della conseguente devoluzione di qualsiasi altra questione all'esclusivo giudizio degli arbitri. L'adozione di un nuovo regolamento contrattuale non prevedente una competenza arbitrale non può, infatti, riportarsi ad alcuna figura d'invalidità, la quale presuppone uno stato viziato della convenzione, il quale ne determini nullità, annullabilità o inefficacia. Cosicché spetta soltanto agli arbitri verificare se sia ancora in vigore una convenzione o una clausola arbitrale, o se la stessa sia stata eliminata a seguito di un nuovo regolamento dei rapporti adottato dalle parti".

Ed a riprova di detto principio, si può rilevare come la valutazione degli Arbitri in merito alla dedotta questione ove viziata, comporterebbe un errore di giudizio, come tale non compreso tra quelli per i quali è data l'opposizione al lodo straniero, secondo la Convenzione di New York (e secondo l'art. 840 c.p.c.).

Da tale orientamento non v'è ragione di discostarsi, né le argomentazioni della ricorrente possono indurre ad un ripensamento, atteso che la parte ha basato le proprie censure sul profilo, pianamente diverso, dell'obbligo per il giudice nazionale di individuare le norme di diritto straniero applicabili alla fattispecie, ai sensi della L. n. 218 del 1995, art. 14, applicabile al giudizio di opposizione.

Ed invero, il rilievo di base della pronuncia 671/2000, come sopra riportato, risolve la questione sul diverso piano della non sussumibilità del fatto dedotto dalla TMC nell'ambito delle circostanze ostative al riconoscimento del lodo straniero, ai sensi dell'art. 5, lett. a) della Convenzione di New York.

In relazione al motivo, va infine rilevato che è insussistente la censura rivolta a far valere la circostanza di cui all'art. 5, comma 1, lett. c), atteso che la parte, per come ha articolato e motivato la censura, non ha inteso far valere l'esorbitanza della controversia rispetto alla clausola, se non nei termini della insussistenza della clausola nell'accordo di risoluzione avente valenza, in tesi, novativa dell'accordo del 1994.

1.2.- Col secondo motivo, prospettato come vizio di motivazione omessa, insufficiente o contraddittoria, la ricorrente denuncia "incongruità" della motivazione, per avere la Corte fiorentina ritenuto sussistente la clausola e poi che non le spettava tale valutazione; affermata la spettanza agli arbitri della valutazione della sussistenza della clausola arbitrale e poi respinto il motivo, perché la parte non aveva dimostrato l'inefficacia o inestensibilità della clausola secondo il diritto americano, applicabile pacificamente nel caso.

2.2.- Il vizio di motivazione è inammissibile, non trattandosi di questione di fatto, ma di diritto, e come detto sopra, la Corte fiorentina si è preoccupata di motivare sotto profili diversi, anche se non tutti pertinenti.

1.3.- Col terzo motivo, TMC si duole dei vizi ex art. 5, comma 1, lett. b) e d), per violazione del contraddittorio, in specie, del diritto di nominare gli arbitri, dei diritti di difesa e altre violazioni, per essere state effettuate tutte le comunicazioni all'avv. S., alcune delle quali anche a termini scaduti, che non rappresentava TMC e presso il quale la società non aveva mai eletto domicilio, sino ad arrivare alla comunicazione del 5 luglio 2005, effettuata alla società, per l'udienza di discussione del 12/7/2005, senza rispettare il termine minimo di gg. 10 prescritto dalla normativa applicabile (così genericamente indicata).

Secondo TMC, una volta provata, e pacifica, la circostanza dell'invio delle comunicazioni, salvo quella del 5 luglio, all'avv. S., toccava a Guess provare che detto avvocato era legittimato a ricevere le comunicazioni secondo la legge americana (come controeccezione) e la Corte del merito avrebbe dovuto d'ufficio ricercare il diritto straniero, alla cui stregua verificare se erano consentite le comunicazioni all'avv. S. e non alla TMC personalmente.

Infine, sostiene la ricorrente, la Corte fiorentina erroneamente ha ritenuto che TMC non avesse provato che secondo il diritto applicabile, ricevuta la comunicazione 5/7/05 per l'udienza di discussione del 12/7/2005, la parte avrebbe potuto chiedere la rimessione in termini, spettando alla stessa Corte provvedere d'ufficio a detta indagine relativa al diritto statunitense applicabile.

1.4.- Il quarto motivo è sviluppato dalla ricorrente sotto il profilo del vizio art. 360 c.p.c., n. 5., avuto riguardo sostanzialmente agli stessi fatti evidenziati al terzo motivo.

Secondo TMC, la Corte del merito è incorsa in vizio motivazionale (incongruità ed insufficienza), nell'affermare che l'avv. S. si era dichiarato abilitato a ricevere le comunicazioni, senza riscontrare se sulla base del diritto straniero applicabile, le comunicazioni inviate dall'avvocato costituissero elezione di domicilio e senza spiegare come fosse pervenuta ad affermare che TMC avesse incaricato l'avv. S. di rappresentarla nel giudizio arbitrale, con elezione di domicilio nello studio di questi.

Questa affermazione, continua la parte, è in contrasto con le comunicazioni dell'avv. S. al Collegio arbitrale, di non poter ricevere alcun atto in nome e per conto di TMC; con l'invio da parte del Collegio arbitrale alla

società della comunicazione del 5/7, proprio perché l'avvocato aveva comunicato più volte di non poter ricevere comunicazione per la TMC. Deve ritenersi irrilevante, secondo la ricorrente, l'inoltro alla stessa di dette comunicazioni da parte dell'avv. S., visto che le comunicazioni dovevano pervenire alla società; la Corte fiorentina inoltre non si è posta il problema del rispetto dei termini processuali; non rileva che l'avv. S. avesse assistito TMC nella fase prefallimentare e che altro avvocato dello stesso studio avesse difeso la parte nel giudizio di opposizione. Inoltre, con la lesione del contraddittorio è *in re ipsa* la violazione del diritto di difesa; la Corte fiorentina da per scontato che dopo la comunicazione del 5/7/2005, TMC avrebbe potuto chiedere la rimessione in termini, nè considera l'esiguità del termine (7 giorni), mentre la Corte medesima avrebbe dovuto ricercare la norma straniera autorizzante la rimessione.

2.3.- I motivi terzo e quarto, attinenti alla violazione del contraddittorio, del diritto di nominare gli arbitri nel rispetto dei diritti di difesa e di altre violazioni del procedimento, per l'invio all'avv. S. e non alla stessa società delle comunicazioni relative al procedimento arbitrale, alcune delle quali a termini scaduti, vanno esaminati congiuntamente per l'evidente connessione.

A riguardo, premesso che TMC ha ricevuto il 20/10/2004 la comunicazione dell'intenzione della Guess di promuovere procedimento arbitrale ai sensi del contratto e delle regole di arbitrato della American Arbitration Association, a fronte delle contestazioni di TMC, in relazione all'invio delle comunicazioni relative al procedimento all'avv. S., privo in tesi di poteri rappresentativi, va rilevato che la Corte del merito, al di là del ricorso ad argomento in negativo(ovvero, che TMC non aveva provato la carenza di poteri rappresentativi dell'avv. S.), ha rilevato che questi si era qualificato idoneo a ricevere le comunicazioni, per conto di TMC (pag.29 della sentenza), ritraendo detto convincimento alla stregua di quanto ribadito nella comparsa conclusionale di Guess, richiamata testualmente alle pagine 26 e 27 della sentenza, ed in particolare nel rinvio alle lettere inviate dal S. ai legali statunitensi, del 27/9/2004 e del 15/10/2004).

Risulta inoltre, sulla base della verifica documentale diretta, possibile alla stregua dei vizi denunciati anche di carattere processuale, che il Collegio arbitrale ha accertato la corretta instaurazione del procedimento e della dichiarazione di contumacia, e in tal senso si veda la documentazione sub 21 della Guess, "report" della "preliminary hearing".

Ne consegue che, a fronte di detti positivi accertamenti della regolarità del procedimento, la Corte del merito non poteva ritenersi onerata dell'ulteriore e, in queste circostanze, generica indagine d'ufficio in relazione alla pretesa violazione di norme di diritto straniero siccome incidenti sul principio del contraddittorio e di norme procedimentali secondo la legge statunitense.

Quanto al rispetto dei termini, alla possibilità per la parte di predisporre difese, premesso che in relazione alla comunicazione ricevuta direttamente da TMC il 5/7/2005 per l'udienza di discussione del 12/7/2005, la parte non può ritenersi posta nella impossibilità di difesa, anche considerata la concessione del differimento al 22/9/2005, accordata dal Collegio arbitrale pur in mancanza di istanza della parte (doc. 31 della Guess), è corretto il rilievo della Corte del merito che non ogni violazione di norme procedimentali assume la valenza di violazione del diritto di difesa, atteso che, come ritenuto nella pronuncia 12873/2006, l'ipotesi di rifiuto di riconoscimento ed esecuzione di lodo straniero prevista dall'art. 840 c.p.c., comma 3, n. 2, consistente nell'impossibilità di far valere la propria difesa nel procedimento arbitrale, non è realizzata per il solo

fatto che una particolare disposizione processuale, vigente nell'ordinamento straniero ed applicabile nella fattispecie, sia stata violata, essendo invece necessario che si sia verificata la predetta impossibilità di difesa, viceversa configurandosi solo un vizio del procedimento arbitrale, da far valere, semmai, nell'ordinamento straniero e con i mezzi d'impugnazione da quello previsti. Nel resto, non sono *prima facie* configurabili, nelle censure rivolte da TMC, le circostanze considerate all'art. 5, comma 1, lett. d), che prevede "che la costituzione del tribunale arbitrale o la procedura di arbitrato non è stata conforme a quanto convenuto dalle parti o, in mancanza di accordo, non è stata conforme alla legge del Paese in cui l'arbitrato ha avuto luogo".

1.5.- Col quinto motivo, la ricorrente denuncia sotto il profilo del vizio di motivazione, omessa, insufficiente e contraddittoria, la mancata ammissione delle prove dedotte, per provare che alcune comunicazioni erano pervenute all'avv. S. quando i termini erano già scaduti.

2.5.- Il motivo è privo di decisività.

Come infatti ritenuto nella pronuncia 11457/07, e conformi, le sentenze 5377/2011 e 4369/2009, il vizio di motivazione per omessa ammissione della prova testimoniale o di altra prova può essere denunciato per cassazione solo nel caso in cui essa abbia determinato l'omissione di motivazione su un punto decisivo della controversia e, quindi, ove la prova non ammessa ovvero non esaminata in concreto sia idonea a dimostrare circostanze tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia delle altre risultanze istruttorie che hanno determinato il convincimento del giudice di merito, di modo che la ratio decidendo venga a trovarsi priva di fondamento.

3.1.- Conclusivamente, va respinto il ricorso; le spese del presente giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte respinge il ricorso; condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate in Euro 17.000,00, oltre Euro 200,00 per esborsi, oltre oneri accessori.

Così deciso in Roma, il 16 ottobre 2013.

Depositato in Cancelleria il 11 dicembre 2013

Cassazione civile sez. I, 12/03/2018, n. 5895

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. TIRELLI Francesco - Presidente -
Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -
Dott. TRICOMI Laura - Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - Consigliere -
Dott. NAZZICONE Loredana - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
sul ricorso 4297/2015 proposto da:
Zust Ambrosetti s.p.a. (già Geodis Zust Ambrosetti s.p.a.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Piazza G. G. Porro n. 8, presso l'avvocato Carlevaro Anselmo, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati Salvatico Enrico, Lopez De Gonzalo Marco, giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro
Rol Trans International Forwarding & Project Logistics GmbH, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Alessandria n. 208, presso l'avvocato Cardarelli Massimiliano, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Mattace Raso Luca, giusta procura in calce alla comparsa di intervento di nuovi difensori;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 4587/2014 della CORTE DI APPELLO DI MILANO, depositata il 18/12/2014;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/12/2017 dal Cons. Dott. LOREDANA NAZZICONE;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DE RENZIS Luisa, che ha concluso per l'accoglimento dei motivi secondo, terzo e quarto;
udito, per la ricorrente, l'Avvocato Salvatico che ha chiesto l'accoglimento;
udito, per la controricorrente, l'Avvocato Mattace che ha chiesto il rigetto.

FATTI DI CAUSA

La Corte d'appello di Milano con sentenza del 18 dicembre 2014 ha dichiarato esecutiva in Italia la decisione n. A56-15886/2007 emessa dal Tribunale Arbitrale di San Pietroburgo e della Regione di Leningrado in data 24 novembre 2008, recante la condanna della Geodis Zust Ambrosetti s.p.a. al pagamento della somma di Euro 962.394,00, oltre accessori, in favore della Rol Trans International Forwarding & Project Logistica GmbH.

Il giudizio per il riconoscimento della menzionata decisione è stato introdotto dinanzi alla corte d'appello dalla creditrice, la quale ha convenuto all'uopo in giudizio la Geodis Zust Ambrosetti s.p.a. che, nel costituirsi, ha (fra l'altro) eccepito la propria carenza di legittimazione passiva.

La corte territoriale ha ritenuto che: a) è inapplicabile nella specie la Convenzione Italia-Federazione Russa, siglata a Roma il 25 gennaio 1979, essendo l'attrice una società di diritto tedesco; b) sussistono tutti i presupposti per il riconoscimento della decisione straniera in Italia, ai sensi della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 64, posto che la decisione è stata pronunciata dal tribunale competente per tutte le controversie in materia commerciale e societaria, il contraddittorio è stato pieno, la decisione è divenuta irrevocabile, nè pende processo analogo innanzi a giudice italiano o vi è contrasto con l'ordine pubblico; c) la convenuta è legittimata passiva all'azione per il riconoscimento, dato che il procedimento estero fu intrapreso dalla Geodis Zust Ambrosetti s.p.a., la quale in data 21 dicembre 2007, con effetto dal 1 gennaio 2008, si è scissa in due società, la originaria Geodis Zust Ambrosetti s.p.a., poi denominata Geodis Wilson Italia s.p.a., e la nuova Geodis Zust Ambrosetti s.p.a., convenuta in sede di delibazione: pertanto, quest'ultima è erede della società originaria, avendo la stessa denominazione, sede ed oggetto sociale, consistente nell'"esercizio di spedizioni, trasporti, sdoganamenti ed agende marittime, nonché l'autotrasporto di cose per conto terzi"; e, nell'atto di scissione, risulta ceduto il ramo d'azienda afferente il "trasporto terrestre nazionale ed internazionale costituito dalle attività e passività", precisandosi che la società beneficiaria subentra "in tutti i rapporti giuridici relativi al patrimonio scisso (...) intendendosi ad ogni effetto sostituita" l'una all'altra società, "fermo restando il rapporto di solidarietà di cui all'art. 2506-quater c.c., comma 3": onde la nuova società risponde del debito della scissa sia quale conferitaria del ramo d'azienda ex art. 2560 c.c. (concernente il trasporto terrestre nazionale ed internazionale), sia ai sensi dell'art. 2506-quater c.c., che dispone la responsabilità solidale con la scissa per i debiti non soddisfatti; né la convenuta ha eccepito alcunché circa il mancato trasferimento del debito o il limite di valore del patrimonio netto assegnato; d) il credito non si è estinto per intervenuta transazione, la cui omologazione è stata rifiutata dal tribunale straniero, in quanto la Geodis Zust Ambrosetti s.p.a. non vi ha ottemperato.

Per la cassazione di questa sentenza propone ricorso la Zust Ambrosetti s.p.a. (già Geodis Zust Ambrosetti s.p.a.), sulla base di otto motivi; resiste, con controricorso, l'intimata.

In data 9 novembre 2017 il difensore della controricorrente ha rinunziato al mandato e si sono costituiti in sostituzione gli avvocati Mattace Raso e Cardarelli.

Le parti hanno, quindi, depositato la memoria di cui all'art. 378 c.p.c..

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo, la ricorrente censura la violazione o falsa applicazione dell'art. 132 c.p.c., art. 118 disp. att. c.p.c. e la nullità della sentenza, per avere essa una motivazione solo apparente, avendo riprodotto il contenuto degli atti difensivi di controparte.

Con il secondo motivo, deduce la violazione o falsa applicazione dell'art. 111 Cost., comma 2, artt. 2506,2506-quater c.c., artt. 81,101,110 e 111 c.p.c., L. n. 218 del 1995, art. 67, perché le parti del giudizio di delibazione sono necessariamente quelle che lo furono nel giudizio straniero, nel rispetto del contraddittorio, mentre la corte del merito ha giudicato con riguardo alla Geodis Zust Ambrosetti s.p.a., società beneficiaria, errando nel ritenerla "erede" della società scissa e senza esaminare l'atto di scissione, il quale invece palesa che si tratta di soggetti diversi, di cui l'uno non è successore dell'altro. Infatti, il ramo d'azienda ceduto attiene all'attività di trasporto terrestre nazionale ed internazionale, cd. overland, mentre l'attività de quo attiene all'organizzazione della spedizione internazionale combinata e multimodale (mare, fiume, terra) da effettuare con mezzi eccezionali, cd. project cargo: in particolare, il contratto concluso con la Rol Trans ha ad oggetto l'organizzazione della prosecuzione del trasporto delle merci da un porto fluviale russo alla destinazione finale, quale spedizione combinata e multimodale di merce via fiume e via terra, caratterizzata da attività ulteriori rispetto al trasporto, quali ad esempio le operazioni doganali. Né il contratto, né quello con la Danieli Officine Meccaniche & C. s.p.a., propria committente, è menzionato nell'atto di scissione. Il rapporto con la Rol Trans è rimasto, dunque, in capo all'originaria Geodis Zust Ambrosetti s.p.a., ora Geodis Wilson Italia s.p.a.: ciò risulta, oltre che dall'atto di scissione, da una serie di altri atti, ovvero l'atto di transazione, l'istanza congiunta per l'omologa della transazione, la decisione di rigetto dell'omologa di questa, tutti completamente trascurati nella sentenza impugnata.

Con il terzo motivo, deduce la violazione o falsa applicazione dell'art. 1306 c.c., artt. 81,110 e 111 c.p.c., L. n. 218 del 1995, art. 67, per avere la sentenza impugnata affermato, altresì, in modo confuso e contraddittorio, che la legittimazione passiva deriverebbe dalla solidarietà nel debito con la società scissa, quando invece la domanda di riconoscimento di sentenza straniera è ammissibile soltanto nei confronti della stessa parte del processo straniero: nè la condanna a titolo di responsabilità solidale può derivare dal mero giudizio di delibazione, occorrendo al riguardo un ordinario giudizio di cognizione instaurato contro la presunta condebitrice.

Con il quarto motivo, deduce la violazione o falsa applicazione dell'art. 111 Cost., comma 2 e art. 112 c.p.c., perché la domanda di delibazione assumeva la coincidenza tra la società parte del giudizio straniero e quella convenuta in Italia, del resto unica ammissibile, mai prospettando il tema della solidarietà nel debito con il diverso soggetto effettivamente convenuto.

Con il quinto motivo, deduce la violazione o falsa applicazione degli artt. 2506 e 2506-quater c.c., posto che, da un lato, l'odierna ricorrente non si è mai resa cessionaria del ramo d'azienda relativo alla divisione "grandi impianti" (project cargo), e, dall'altro lato, le norme richiamate prevedono una responsabilità sussidiaria solo a seguito di tentata infruttuosa esecuzione verso la debitrice e solo nei limiti di valore del patrimonio netto assegnato, circostanze nemmeno allegate dalla controparte.

Con il sesto motivo, deduce la violazione o falsa applicazione della L. n. 218 del 1995, art. 2, artt. 13, 19, 22, 24, 25 della Convenzione bilaterale italo-russa del 25 gennaio 1979, ratificata con L. n. 766 del 1995, che si applica ai rapporti fra tali paesi con riguardo a tutte le decisioni assunte nel territorio dell'altro Stato: mentre la limitazione ai cittadini italiani e russi si pone solo quanto alla cd. protezione giuridica, di cui all'art. 1 della Convenzione. Dunque, ai sensi di questa, la sentenza non avrebbe potuto essere riconosciuta, non essendo il giudice russo competente secondo i criteri di collegamento ivi stabiliti (sede, stabilimento, luogo di esecuzione dell'obbligazione) e mancando essa di esecutività in Russia, in difetto del titolo esecutivo in originale, che non è nel possesso della controparte. Inoltre, il riconoscimento sarebbe contrario ai principi fondamentali interni, posto che la controversia fu definita con transazione stragiudiziale regolarmente adempiuta dalla ricorrente ed il comportamento avversario, lesivo della correttezza e buona fede, con quelli si pone in contrasto.

Con il settimo motivo, deduce la violazione o falsa applicazione degli artt. 1230,1300, nonché artt. 1362,1363,1366,1367,1371 c.c., e dell'art. 141 codice di procedura arbitrale russo in tema di omologa delle transazioni, perché la corte d'appello ha frainteso il significato delle norme relative alla rilevanza dell'omologa e non ha rilevato essere la transazione novativa, con nascita di un nuovo debito, interamente estinto e comunque non gravante sui debitori solidali.

Con l'ottavo motivo, la ricorrente censura la violazione o falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c. e art. 132 c.p.c., n. 4, per l'inesistenza di ogni motivazione circa la richiesta di accertamento d'estinzione del debito in ragione dell'intervenuta transazione, avanzata dalla convenuta nel giudizio di delibazione.

2. - Il controricorso è stato notificato in assenza di valida procura speciale, come eccepito dalla stessa ricorrente. La costituzione dei nuovi difensori è dunque avvenuta ai fini della partecipazione alla discussione orale.

3. - Il primo motivo è infondato.

Come le Sezioni unite di questa Corte hanno chiarito (Cass., sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642), la sentenza la cui motivazione si limiti a riprodurre il contenuto di un atto di parte senza niente aggiungervi non è nulla, qualora le ragioni della decisione siano comunque attribuibili al giudice e risultino in modo chiaro, univoco ed esaustivo, non essendo tale mera tecnica redazionale indice di difetto d'imparzialità o di assenza di motivazione.

4. - Il secondo, terzo e quinto motivo, da trattare congiuntamente in quanto intimamente connessi, sono fondati.

Nel giudizio volto al riconoscimento degli effetti di sentenza straniera nel nostro ordinamento il giudice, prima di procedere all'accertamento dei requisiti necessari al riconoscimento previsti dalla legge, deve verificare, come in ogni altro processo, l'esistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione sancite dal nostro ordinamento, e, pertanto, l'esistenza della legittimazione attiva e passiva delle parti.

Questa Corte ha già osservato, con principio che si intende ora ribadire, come attivamente e passivamente legittimate al giudizio di delibazione siano le sole stesse parti (ovvero i loro eredi o aventi causa, nei giudizi di natura patrimoniale) del giudizio svoltosi all'estero e conclusosi con il provvedimento delibando, atteso che il riconoscimento concorre ad integrare il titolo per l'attuazione della pronuncia straniera

nell'ordinamento nazionale (*e multis*, Cass., sez. un., 23 ottobre 2006, n. 22663; Cass. 16 febbraio 1999, n. 1301; e già Cass. n. 9383 del 1994; n. 1977 del 1985; n. 2512 e n. 1436 del 1980; v. pure Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 27338).

Invero, il giudizio di delibazione delle sentenze straniere non mira ad una nuova statuizione sul rapporto sostanziale dedotto, ma alla verifica dell'idoneità della relativa pronuncia a spiegare efficacia nell'ordinamento interno: onde il giudice adito per la delibazione, prima di procedere all'accertamento dei requisiti necessari al riconoscimento previsti dalla norma di diritto internazionale, deve verificare, come in ogni altro processo, l'esistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione sancite dal nostro ordinamento, e, pertanto, l'esistenza della legittimazione attiva e passiva delle parti, quale titolarità del potere di promuovere o dovere di subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa sulla base della fattispecie giuridica prospettata.

In nessun modo è dunque possibile estendere la legittimazione al di là dei soggetti che siano stati parti nel giudizio davanti al giudice straniero, qualora essi siano ancora esistenti.

Nella specie, la ricorrente ha ben chiarito, e del resto non è in contestazione, come l'atto di scissione trasferì alla beneficiaria, odierna ricorrente, "il ramo di azienda relativo all'attività di trasporto terrestre nazionale e internazionale", con subentro nei relativi rapporti, e che contestualmente la Geodis Zust Ambrosetti s.p.a., società scissa, mutò la sua denominazione in Geodis Wilson Italia s.p.a., mentre la prima denominazione divenne esclusiva della società beneficiaria predetta.

Donde alla odierna ricorrente non risulterebbe affatto ceduta l'attività relativa al cd. project cargo e la permanenza quale soggetto giuridico della società scissa rendeva la medesima l'unica legittimata passiva del giudizio di delibazione.

Né la legittimazione passiva potrebbe in sé derivare, come invece la sentenza impugnata mostra erroneamente di ritenere, dal disposto dell'art. 2506-quater c.c., comma 3, secondo cui ciascuna società partecipante alla scissione "è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico".

La norma sancisce una responsabilità solidale sussidiaria in capo a tutte le società partecipanti alla fusione e per i debiti inizialmente in capo alla società originaria, palesando l'intento del legislatore di evitare che l'operazione straordinaria di scissione serva a realizzare intenti elusivi della responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'art. 2740 c.c..

Ma altra è l'eventuale sussistenza di un'obbligazione solidale legale, che si affianchi a quella del soggetto parte del giudizio straniero, altra la legittimazione passiva nell'azione di delibazione della sentenza che quello abbia concluso, la quale resta incardinata in capo alla debitrice principale.

Non senza considerare che, nella specie, non è stato neppure effettuato l'accertamento dei presupposti per l'insorgenza della obbligazione sussidiaria proporzionale (calcolo del patrimonio netto rettificato, incapienza al riguardo del patrimonio della società scissa), di per sé estraneo invero al giudizio di delibazione.

5. - I rimanenti motivi restano assorbiti.

6. - In conclusione, la sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione, perché, sulla base dei documenti in atti ed in primis dell'atto di scissione, nonché della

rimanente documentazione prodotta, accerti la titolarità del rapporto controverso e l'identità delle parti (o, qualora sussista il trasferimento del rapporto contestato, del successore a titolo particolare) del giudizio delibando e del presente. Alla corte del merito si demanda altresì la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo, il secondo ed il quinto motivo del ricorso, assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa innanzi alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione, cui demanda pure la liquidazione delle spese di legittimità.

Così deciso in Roma, il 21 dicembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 12 marzo 2018

Cassazione civile sez. I, 05/08/2020, n. 16701

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GENOVESE Francesco Antonio - Presidente -
Dott. MERCOLINO Guido - rel. Consigliere -
Dott. TERRUSI Francesco - Consigliere -
Dott. PAZZI Alberto - Consigliere -
Dott. CARADONNA Lunella - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA
sul ricorso iscritto al n. 25210/2014 R.G. proposto da:
SAPA S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t. P.G., rappresentata e difesa dall'Avv. Roberto Casella, con domicilio eletto in Roma, via del Vignola, n. 11, presso lo studio dell'Avv. Gennaro Leone;
- ricorrente -

contro
DAE IL LEATHER CO. LTD., in persona del legale rappresentante p.t. K.K.H., rappresentata e difeso dagli Avv. Luigi Goglia, e Aurelio Richichi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Cola di Rienzo, n. 212;
- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Firenze n. 1454/14, depositata il 16 settembre 2014;
Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 1 luglio 2020 dal Consigliere Guido Mercolino.

FATTI DI CAUSA
1. Con decreti del 28 gennaio 2013, il Presidente della Corte d'appello di Firenze, su ricorsi della Dae Il Leather Co. Ltd., dichiarò l'efficacia di due lodi arbitrali recanti i nn. (OMISSIS) e (OMISSIS), pronunciati l'8 agosto 2012 dalla Camera arbitrale commerciale della Repubblica di Corea in controversie tra la ricorrente e la SAPA S.p.a., con cui quest'ultima era stata condannata a pagare rispettivamente la somma di 98.275,45, oltre interessi, a titolo di risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento di una fornitura di merce pattuita con contratto del 25 marzo 2011, e la somma di 34.360,96, oltre interessi, a titolo di risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento di una fornitura di merce pattuita con contratto del 28 gennaio 2013.

2. L'opposizione proposta dalla SAPA è stata rigettata dalla Corte di appello di Firenze con sentenza del 16 settembre 2014.

A fondamento della decisione, la Corte ha ritenuto innanzitutto che la ricorrente avesse ritualmente e tempestivamente prodotto i contratti di fornitura contenenti la clausola compromissoria, avendo menzionato le relative copie nei ricorsi, avverso i quali l'opponente si era limitata a sollevare una questione formale concernente il contenuto della procura notarile. Ha rilevato inoltre che il vizio della procura *ad litem* risultava sanato dalla produzione di una nuova procura notarile rilasciata dal legale rappresentante della società opposta e valevole anche come ratifica degli atti processuali compiuti dal procuratore in riferimento ai giudizi pendenti.

Premesso poi che alla parte soccombente in un lodo straniero non possono essere riconosciuti poteri d'impugnazione più ampi di quelli spettanti alla parte soccombente in un lodo nazionale, e precisato che la medesima portata riveste anche il concetto di ordine pubblico di cui all'art. 840 c.p.c., penultimo comma, n. 2, la Corte ha ritenuto che a) il motivo di opposizione avente ad oggetto la mancata applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili dell'11 aprile 1980 non riflettesse il contrasto del lodo con norme di ordine pubblico, ma la mera violazione di regole di diritto inerenti al merito della controversia, b) il motivo concernente l'attribuzione di valore probatorio ad una perizia di parte svolta su un campione infinitesimale di merce si risolvesse in una censura di mero fatto, non riflettendo una violazione del principio del contraddittorio né un difetto di motivazione, c) il motivo riflettente la violazione dei principi di causalità, gravità e proporzionalità nella liquidazione del danno, costituisse anch'esso una censura di mero fatto, avendo la stessa opponente riportato la motivazione dei lodi in ordine alle conseguenze dell'inadempimento accertato. Ha rilevato infatti che gli arbitri avevano dapprima quantificato il danno derivante dalla totale inutilizzabilità della merce, al netto del mancato guadagno, in misura pari al prezzo di acquisto, detraendo successivamente quanto ricavato dalla vendita a terzi di parte della merce, e condannando l'opponente ad una somma ancora inferiore, in considerazione dei dubbi residuati in ordine alla qualità della merce non ispezionata e della vendita non tempestiva della stessa.

3. Avverso la predetta sentenza la SAPA ha proposto ricorso per cassazione, articolato in tre motivi, illustrati anche con memoria. La Dae Il Leather ha resistito con controricorso, anch'esso illustrato con memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 839 c.p.c., comma 2, e dell'art. 3, e art. 4, comma 1, lett. b), della Convenzione di New York del 10 giugno 1958, resa esecutiva con L. 19 gennaio 1968, n. 62, censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che la ricorrente avesse adempiuto l'onere di produrre il compromesso, senza tener conto della mancanza del documento tra quelli depositati all'atto della presentazione del ricorso, e della portata di tale adempimento, configurabile come presupposto processuale, la cui sussistenza dev'essere verificata con riguardo al momento della proposizione della domanda.

1.1. Il motivo è fondato.

In tema di riconoscimento dell'efficacia del lodo arbitrale estero, questa Corte ha costantemente affermato che la produzione del compromesso, in originale o in copia autentica, contestualmente alla proposizione della domanda, prescritta dall'art. 4 della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 e dall'art. 839 c.p.c., comma 2, costituisce non già una condizione dell'azione, ma un presupposto processuale necessario per la valida introduzione del giudizio, la cui sussistenza dev'essere verificata anche d'ufficio da parte del giudice, quale requisito formale di procedibilità della domanda, con riferimento al momento dell'instaurazione del procedimento, indipendentemente da eccezioni o deduzioni della controparte (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 4/05/1998, n. 4417; 20/09/1995, n. 9980; 12/11/1992, n. 12187). In applicazione di tale principio, è stata ritenuta insufficiente, ai fini della procedibilità della domanda, la produzione di una copia fotostatica non autenticata, indipendentemente dalla mancata contestazione della sua conformità all'originale (cfr. Cass., Sez. I, 12/02/1987, n. 1526), così come la produzione di una copia del compromesso recante una certificazione di conformità all'originale proveniente da persona non identificabile, escludendosi anche la possibilità di rimettere la causa in istruttoria per consentire all'opposto la produzione dell'originale o di una copia conforme (cfr. Cass., Sez. I, 23/07/2009, n. 17291).

Non può quindi condividersi la sentenza impugnata, nella parte in cui ha ritenuto procedibile la domanda di accertamento dell'efficacia dei lodi, nonostante la mancata produzione dell'originale o di copia autentica del compromesso, limitandosi a richiamare, a tal fine, i ricorsi proposti ai sensi dello art. 839 c.p.c., nei quali si dava atto della produzione di copia conforme dei contratti di vendita stipulati tra le parti, ed i lodi arbitrali, nei quali si confermava che i contratti contenevano la clausola compromissoria. Nessun rilievo può assumere, in proposito, la circostanza che la mancata produzione del compromesso sia stata fatta rilevare dall'opponente soltanto nella memoria di replica depositata ai sensi dell'art. 190 c.p.c., trattandosi, come si è detto, di un onere il cui adempimento avrebbe dovuto essere verificato d'ufficio dalla Corte d'appello, in quanto attinente alla procedibilità della domanda. Parimenti ininfluente è l'esclusione della necessità di disporre la riapertura dell'istruttoria per acquisire l'originale o la copia autentica, la cui mancanza all'atto dell'instaurazione del giudizio si traduce in un vizio che, in quanto incidente sulla procedibilità della domanda, non è sanabile mediante la successiva produzione del documento.

2. Il ricorso va pertanto accolto, restando assorbiti il secondo ed il terzo motivo, con cui la ricorrente ha censurato la sentenza impugnata, nella parte in cui ha ritenuto inammissibili il motivo di opposizione riguardante il valore probatorio attribuito alla perizia di parte prodotta nel procedimento arbitrale e quello riflettente la mancata applicazione da parte degli arbitri della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, resa esecutiva con L. 11 dicembre 1985, n. 765.

3. La sentenza impugnata va conseguentemente cassata, e, non risultando necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 2, con la dichiarazione d'improcedibilità della domanda.

Le spese dei due gradi di giudizio seguono la soccombenza, e si liquidano come dal dispositivo.

P.Q.M.

accoglie il primo motivo di ricorso, dichiara assorbito il secondo ed il terzo motivo, cassa la sentenza impugnata, e, decidendo nel merito, dichiara improcedibile la domanda. Condanna la controricorrente al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese processuali, che liquida in Euro 8.700,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge per il giudizio di primo grado, ed in Euro 9.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge per il giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 1 luglio 2020.

Depositato in Cancelleria il 5 agosto 2020

Cassazione civile sez. I, 08/10/2008, n. 24856

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. VITRONE Ugo - Presidente -
Dott. SALVAGO Salvatore - Consigliere -
Dott. GILARDI Gianfranco - Consigliere -
Dott. GIULIANI Paolo - rel. Consigliere -
Dott. SALVATO Luigi - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

sentenza
sul ricorso proposto da:
GLOBTRADE ITALIANA S.r.l., elettivamente domiciliata in Roma, Viale Mazzini n. 146, presso lo studio dell'Avv. SPAZIANI TESTA EZIO che la rappresenta e difende, unitamente all'Avv. Luciano Loricchio del foro di Gorizia, in forza di procura speciale a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro
EAST POINT TRADING LTD., elettivamente domiciliata in Roma, Via Achille Papa n. 21, presso lo studio dell'Avv. GAMBERINI MONGENET RODOLFO che la rappresenta e difende, unitamente all'Avv. Emanuele Urso, in forza di procura speciale in data 27.5.2004, autenticata da Philippos A. Yiapatos, Notaio in Nicosia - Cipro;
- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte di Appello di Trieste n. 359/2003, pronunciata il 28.2.2003 e pubblicata il 22.5.2003;
Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza dell'8.5.2008 dal Consigliere Dott. Paolo Giuliani.
Udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CICCOLO Pasquale Paolo Maria, il quale ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
Con atto di citazione notificato il 2.11.2001, la Globtrade Italiana S.r.l. conveniva davanti alla Corte territoriale di Trieste la East Point Trading Ltd., proponendo opposizione, ai sensi dell'art. 840 c.p.c., avverso il decreto, emesso il 4.9.2001 dal Presidente dell'Ufficio anzidetto, mediante il quale, in relazione al disposto

dell'art. 839 c.p.c., ed in accoglimento dell'istanza presentata dall'opposta il 25.7.2001, era stata dichiarata l'efficacia, nel territorio della Repubblica Italiana, del lodo arbitrale in grado di appello pronunciato tra le parti il 15.5.2001 dalla Grain and Feed Trade Association - GAFTA di (OMISSIS).

Deduceva l'opponente, nel merito, la lesione del diritto alla difesa, avendo il Collegio arbitrale, in violazione delle stesse regole che quest'ultimo si era dato e che era tenuto ad osservare, disatteso e respinto un'esplicita richiesta dell'opponente medesima volta ad ottenere di essere assistita da un avvocato, anche ai fini della traduzione nella lingua italiana o almeno di aiuto e suggerimenti durante l'udienza in cui si sarebbero dovuti assumere i testi e le dichiarazioni della parte deducente.

Costituitasi in giudizio, l'opposta, quanto alla lamentata compressione del diritto di difesa, argomentava nel senso che l'audizione dei testi inizialmente richiesta in primo grado era stata dalla stessa richiedente rinunciata e non riproposta in sede di appello.

La Corte territoriale adita, con sentenza in data 28.2/22.5.2003, respingeva l'opposizione, assumendo per quanto qui interessa:

a) che fosse da esaminare anche d'ufficio la questione della regolare instaurazione del procedimento delibativo e, quindi, da sindacare se, nonostante l'exequatur presidenziale già concesso, risultassero depositati in atti i necessari documenti;

b) che, quanto alla produzione del lodo, quest'ultimo fosse stato prodotto addirittura in originale, mentre, in relazione al compromesso, contenuto in un documento anch'esso originale ma costituente il telefax, dotato delle relative caratteristiche, vi fossero tutti i presupposti per riconoscerne la piena validità ai fini di causa;

c) che, circa la questione di merito relativa alla pretesa violazione del diritto alla difesa da parte degli arbitri, legata al fatto che il Collegio aveva rifiutato di consentire alla parte deducente di farsi assistere da un legale in sede di assunzione di prove e di interrogatori personali, la Globtrade avesse tuttavia, al momento della sottoscrizione della clausola compromissoria, accettato il regolamento arbitrale, là dove quest'ultimo prevedeva che le parti non fossero assistite da legali nel procedimento, onde la medesima Globtrade, al pari della East Point, aveva rinunciato a tale assistenza e la decisione arbitrale di reiezione dell'istanza era risultata giustificata dall'accordo secondo regolamento.

Avverso tale sentenza, ricorre per cassazione la Globtrade Italiana S.r.l., deducendo tre motivi di gravame ai quali resiste con controricorso la East Point Trading Ltd..

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo di impugnazione, lamenta la ricorrente violazione dell'art. 839 c.p.c., comma 2, e degli art. 3, e art. 4, comma 1, lett. a), della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 (resa esecutiva in Italia mediante la L. 19 gennaio 1968, n. 62) sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere, nonché contraddittorietà, illogicità ed insufficienza della motivazione, assumendo:

a) che la Corte territoriale, nella sentenza oggetto di gravame, dopo aver premesso che, per la delibazione di pronuncia arbitrale straniera, si applica la disciplina della Convenzione sopra citata, afferma, in ciò errando,

che la condizione prevista dall'art. 4, comma 1, lett. a), della Convenzione stessa è stata rispettata in quanto il lodo risulterebbe "prodotto in originale, addirittura";
b) che la Convenzione anzidetta dispone che "la parte che richiede il riconoscimento e l'esecuzione deve produrre, unitamente alla domanda: a) l'originale debitamente autenticato della sentenza o una copia dell'originale che ottemperi alle condizioni richieste per la sua autenticità...";
c) che, nella specie, l'istante ha depositato una copia del lodo n. 3900 pronunciato dalla GAFTA e, più precisamente, la copia che la segreteria della medesima GAFTA ha inviato alla East Point Trading Ltd., dopo che quest'ultima aveva pagato le spese del Collegio Arbitrale;
d) che il lodo sia una copia è dato di evincere anche dalla stessa lettera della segreteria della GAFTA, nella quale si afferma che viene inviata "la copia del lodo arbitrale d'appello con la data di oggi, 15.5.01";
e) che tale copia non sia autenticata è del pari indubitabile, risultando priva di qualsiasi menzione della sua conformità all'originale, verosimilmente depositato presso la GAFTA;
f) che l'impugnata sentenza è, dunque, errata, là dove trovasi affermato che la East Point Trading Ltd., unitamente alla domanda, ha depositato l'originale del lodo, senza che sia stato, invece, ritenuto che, essendo una copia, la medesima doveva essere certificata conforme all'originale;
g) che, comunque, quand'anche si volesse ritenere, come la Corte territoriale, che il lodo depositato dall'istante sia l'originale, a torto detto Giudice non ha rilevato che il lodo stesso doveva, comunque, venire autenticato, secondo quanto imposto dall'art. 4, della Convenzione sopra richiamata, il quale, infatti, prevede che l'originale del lodo da depositare sia appunto autenticato;
h) che, nella specie, infatti, il lodo originale non era autenticato, onde non solo era precluso alla Corte l'esame della richiesta di efficacia nell'ordinamento italiano formulata dalla East Point Trading Ltd., ma tale Giudice avrebbe dovuto, nel giudizio di opposizione, negare l'efficacia al lodo medesimo.
Il motivo è fondato.
La Corte territoriale, dopo avere dato atto che "con comparse in corso di causa la Globtrade opponente ha dedotto che controparte opposta non ha prodotto gli originali o le copie autentiche del lodo e dell'atto contenente il compromesso, come prescritto dall'art. 4, della Convenzione di New York del 1958" e dopo avere riconosciuto, comunque, la necessità di "esaminare anche di ufficio la questione della regolare instaurazione del procedimento delibativo, quindi anche (di) sindacare se, nonostante l'exequatur presidenziale concesso, fossero all'epoca in atti depositati i documenti necessari", ha, poi, rilevato che il lodo "è stato prodotto in originale, addirittura, mentre una discussione può farsi solo in relazione al compromesso, contenuto in un documento anch'esso originale ma costituente il telefax, dotato di tutte le relative caratteristiche (caratteri a stampa della provenienza, data ecc.)".
Orbene, per quanto attiene alla produzione del lodo, specificatamente investita dalle censure di cui al motivo in esame (primo nell'ordine), giova subito notare che tali censure, e segnatamente quelle (come risulta dall'illustrazione che precede) relative all'asserita erroneità della sentenza impugnata là dove quest'ultima "afferma che la East Point Trading Ltd con la domanda ha depositato l'originale del lodo e non ha, invece, ritenuto che, essendo una copia, la stessa doveva essere certificata conforme all'originale", non implicano la sussistenza del vizio revocatorio previsto dall'art. 395 c.p.c., n. 4, atteso che l'errore di fatto il quale legittima

l'impugnazione per revocazione postula pur sempre che il fatto decisivo (incontestabilmente escluso dagli atti o dai documenti di causa, ma affermato come esistente dal giudice, oppure positivamente accertato in essi, ma affermato come inesistente dal medesimo giudice) non abbia costituito un punto controverso su cui sia intervenuta adeguata pronuncia, ovvero non abbia costituito materia del dibattito processuale in ordine alla quale la decisione contestata abbia specificatamente statuito (Cass. 27 marzo 2007, n. 7469; Cass. 2 aprile 2007, n. 8220; Cass. 9 maggio 2007, n. 10637), laddove, nel caso di specie, secondo quanto accennato, da parte della stessa Corte territoriale è stato espressamente dato atto che "con comparse in corso di causa la Globtrade opponente ha dedotto che controparte opposta non ha prodotto gli originali o le copie autentiche del lodo e dell'atto contenente il compromesso, come prescritto dall'art. 4, della Convenzione di New York del 1958" ed è stata riconosciuta, comunque, la necessità di "esaminare anche di ufficio la questione della regolare instaurazione del procedimento delibativo, quindi anche (di) sindacare se, nonostante l'exequatur presidenziale concesso, fossero all'epoca in atti depositati i documenti necessari".

Tanto premesso, si osserva che la Convenzione sul riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York il 10 giugno 1958 e ratificata in Italia con la L. 19 gennaio 1968, n. 62, dopo avere, all'art. 3, stabilito che "Ciascuno Stato contraente riconoscerà l'autorità di una sentenza arbitrale ed accorderà l'esecuzione di tale sentenza in conformità delle norme di procedura vigenti nel territorio in cui la sentenza è invocata, alle condizioni stabilite negli articoli seguenti", prevede, quindi, al successivo art. 4, comma 1, che, "Per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione di cui al precedente articolo, la parte che richiede il riconoscimento e l'esecuzione deve produrre, unitamente alla domanda: a) l'originale debitamente autenticato della sentenza (*l'original dument authentifie de la sentence*, nella lingua francese originale) o una copia dell'originale che ottemperi alle condizioni richieste per la sua autenticità...".

Le disposizioni precettive dell'anzidetta Convenzione del genere di quella riportata da ultimo, pur essendo state sostanzialmente recepite nel testo dei nuovi artt. 839 e 840 c.p.c., (e, cioè, dell'intero Capo 7^ del Titolo 8^ del Libro 4^ del codice di rito dedicato ai lodi stranieri, introdotto, per la prima volta, con la L. 5 gennaio 1994, n. 25, così "prolungando" la precedente disciplina che non termina più all'art. 831 c.p.c., ma, appunto, all'art. 840 c.p.c.), vuoi in ragione della prevalenza della disciplina convenzionale (relativa tanto alle condizioni per la recezione del lodo estero quanto ai motivi ostativi al riconoscimento) su quella del menzionato codice, vuoi in ragione del carattere di completezza ed autosufficienza della Convenzione stessa, danno luogo ad un micro-sistema del tutto autonomo, non solo in ordine ai presupposti sostanziali dell'exequatur di un lodo straniero da parte degli Stati aderenti, ma altresì in ordine a quelli processuali, limitando la potestà dei medesimi Stati alla mera determinazione del tipo di procedimento strumentale al provvedimento di esecuzione del lodo (Cass. 7 giugno 1995, n. 6426).

Nella configurazione della Convenzione, quindi, la produzione dell'originale "debitamente autenticato (*dument authentifie*) della sentenza o (di) una copia dell'originale che ottemperi alle condizioni richieste per la sua autenticità" costituisce un adempimento necessario correlato alla stessa possibilità di introduzione del giudizio di delibazione, la cui sussistenza deve essere verificata di ufficio indipendentemente dalle deduzioni e dalle eccezioni della parte, rispetto al quale rilevano, invece, ai sensi dell'art. 3, della Convenzione già citata,

le formalità di autenticazione secondo la disciplina stabilita dalla legge del giudice adito per la delibazione, ovvero dal diritto processuale dello Stato richiesto, senza possibilità di applicazione della "prassi anglosassone" là dove, secondo l'assunto dell'odierna controricorrente, "la figura del notaio per l'autentica non esiste neppure", onde la mancata produzione, contestualmente alla relativa domanda, dell'originale del lodo "debitamente autenticato (*dument authentifie*) o (di) una copia dell'originale che ottemperi alle condizioni richieste per la sua autenticità" preclude alla Corte territoriale l'esame della richiesta di efficacia nell'ordinamento italiano (Cass. 14 marzo 1995, n. 2919), nel senso, più in particolare, secondo quanto ripetutamente enunciato dalla giurisprudenza di legittimità, che la produzione anzidetta costituisce un presupposto processuale e non una condizione dell'azione, la cui sussistenza, cioè, impregiudicata restando la possibilità della proposizione di una nuova domanda di riconoscimento del lodo, deve essere verificata con riguardo esattamente a tale momento "introduttivo" ed il cui difetto, all'opposto, osta all'emanazione di una decisione nel merito e, segnatamente, alla pronuncia dell'invocata delibazione (Cass. 26 maggio 1981, n. 3456; Cass. 12 febbraio 1987, n. 1526; Cass. 12 novembre 1992, n. 12187; Cass. 20 settembre 1995, n. 9980).

Nella specie, sulla base dell'esame degli atti, consentito a questa Corte venendo in considerazione la denuncia di un *error in procedendo*, è dato di ricavare che il lodo allegato dalla parte istante alla domanda di delibazione, ove pure sia da intendere prodotto in "originale" (e non, quindi, in "copia", la quale, comunque, non recherebbe le "condizioni richieste per la sua autenticità"), non risulta, in ogni caso, "debitamente autenticato", onde la mancata produzione, contestualmente alla domanda di delibazione, del documento appunto "dument authentifie", secondo quanto previsto, invece, dall'art. 4, comma 1, lett. a), della già citata Convenzione, precludeva alla Corte territoriale l'esame della richiesta di efficacia nell'ordinamento italiano del lodo straniero.

Il motivo in esame, quindi, merita accoglimento, là dove, rimanendo di conseguenza assorbiti il secondo ed il terzo motivo, l'impugnata sentenza, stante il difetto dell'adempimento relativo alla stessa possibilità di introduzione del procedimento delibativo, va cassata senza rinvio, ai sensi dell'art. 382 c.p.c., u.c., restando così travolto altresì il decreto emesso dal Presidente della Corte territoriale di Trieste in data 4.9.2001 (mediante il quale è stata dichiarata l'efficacia nel territorio della Repubblica Italiana del lodo arbitrale in grado di appello n. 3900, pronunciato fra le parti il 15.5.2001 dalla Grain and Feed Trade Association - GAFTA di Londra), atteso che, essendosi verificata una causa di improponibilità della domanda (denunciata davanti a questa Corte attraverso il motivo di cui sopra) la quale né è stata dichiarata nella sede presidenziale ex art. 839 c.p.c., né è stata sanzionata nella sede di opposizione ex art. 840 c.p.c., il Giudice di legittimità che accolga tale motivo deve cassare senza rinvio la sentenza impugnata con effetto anche sulla primitiva statuizione, in quanto il processo non poteva essere iniziato.

Occorrendo provvedere, a norma dell'art. 385 c.p.c., comma 2, in ordine alle spese processuali dell'intero giudizio, se ne ravvisano giusti motivi di compensazione nella natura meramente preliminare della questione affrontata e nella sua stessa incertezza.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo del ricorso, dichiara assorbiti il secondo ed il terzo, cassa senza rinvio la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e compensa tra le parti le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, il 8 maggio 2008.

Depositato in Cancelleria il 8 ottobre 2008