

ISSN 1122-0147



ASSOCIAZIONE
ITALIANA
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale
Anno XXVII - N. 4/2017
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da

Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina



GIUFFRÈ EDITORE



ASSOCIAZIONE
ITALIANA
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale
Anno XXVII - N. 4/2017
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da

Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina



GIUFFRÈ EDITORE

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

INDICE

DOTTRINA

JACQUES VAN COMPERNOLLE, <i>La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e l'arbitrato</i>	663
PIERO BERNARDINI, <i>Investimento straniero e arbitrato</i>	673
MARTINO ZULBERTI, <i>Tutela giurisdizionale dei diritti degli arbitri al compenso ed al rimborso delle spese</i>	689

GIURISPRUDENZA ORDINARIA

I) Italiana

Sentenze annotate:

Cass. Sez. I 22 giugno 2016, n. 12950, con nota di A. VILLA, <i>Proroga del termine per la pronuncia del lodo e dinamiche dell'errore revocatorio</i>	721
Cass. Sez. VI 13 ottobre 2016, n. 20673, con nota di P. LICCI, <i>L'interpretazione della convenzione arbitrale in materia non contrattuale</i>	733
Cass. Sez. II 9 ottobre 2017, n. 23550, con nota di V. AMENDOLAGINE, <i>Nullità della clausola compromissoria statutaria con nomina binaria e ius superveniens</i>	751
Trib. Frosinone 19 settembre 2017, con nota di A. BRIGUGLIO, <i>Per una (non assoluta ma) ragionevole compatibilità fra tutela cautelare innanzi al giudice italiano e convenzione per arbitrato estero</i>	759

RASSEGNE E COMMENTI

DIEGO CORAPI, <i>La provincia dell'arbitrato societario nel diritto comparato. Una postilla sul diritto tedesco</i>	787
ANDREA MENGALI, <i>Libertà delle forme e termini perentori nello svolgimento del processo arbitrale</i>	791
TOMMASO BUZZELLI, <i>L'imparzialità nei Tribunali ICSID fra rimedio preventivo ed impugnazione della decisione</i>	809

III

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. VI civile, ordinanza 13 ottobre 2016, n. 20673; RAGONESI *Pres.*; DE CHIARA *Est.*; SOLDI *P.M.* (concl. conf.); Wind Jet S.p.a., La liquidazione dei beni ceduti ai creditori di Wind Jet S.p.a. in concordato preventivo (avv. Ascenzi) c. Compagnia Aerea Italiana S.p.a. (avv.ti Briguglio, Erede, Salvaneschi, Sbisà).

Arbitrato - Compromesso e Clausola compromissoria - Interpretazione - Controversie nascenti dal contratto - Controversie extracontrattuali - Esclusione.

La clausola compromissoria riferita genericamente alle controversie nascenti dal contratto cui essa inerisce va interpretata, in mancanza di espressa volontà contraria, nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte e solo le controversie aventi titolo nel contratto medesimo, con conseguente esclusione delle liti rispetto alla quali quel contratto si configura esclusivamente come presupposto storico, come nella specie, in cui la "causa petendi" ha titolo extracontrattuale ai sensi dell'art. 2598 c.c. nonché dell'art. 1337 c.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Premesso in fatto: Che il P.M. ha presentato conclusioni scritte, ai sensi dell'art. 380 *ter* c.p.c., del seguente testuale tenore:

"Preso atto che la Wind Jet S.p.a. e la liquidazione dei beni ceduti ai creditori di Wind Jet Sp.a. in concordato preventivo, con ricorso ritualmente notificato alla Compagnia Aerea Italiana S.p.a. (già Alitalia - Compagnia Aerea Italiana S.p.a.) il 19 marzo 2015 ha impugnato, con regolamento necessario di competenza, la sentenza del Tribunale di Catania, emessa in data 13.2.2015, assumendo come la stessa, recante la declaratoria di incompetenza, fosse illegittima;

che la Compagnia Aerea Italiana S.p.a. ha depositato memoria difensiva; rilevato

che, secondo quanto esposto nel ricorso, con atto di citazione ritualmente notificato, la Wind Jet S.p.a. ha proposto nei confronti della Compagnia Aerea Italiana S.p.a. (già Alitalia - Compagnia Aerea Italiana S.p.a.) una domanda finalizzata all'accertamento della responsabilità extracontrattuale della società convenuta, ai sensi dell'art. 2598 c.c. nonché dell'art. 1337 c.c., assumendo come la stessa, dopo aver acquisito informazioni riservate, si sia sottratta alla conclusione della operazione di acquisizione dell'attività di Wind Jet definita da un memorandum of understanding e da un accordo di integrazione (Accordo del 13 aprile 2012), di fatto assumendo un comportamento idoneo ad appropriarsi di una quota di mercato della attrice senza sopportare i relativi costi di acquisizione;

che, nel corso del giudizio, la convenuta Compagnia Aerea Italiana S.p.a. ha tempestivamente eccepito come la controversia dovesse essere devoluta agli arbitri o, comunque, rimessa alla cognizione del tribunale di Milano, e ciò in virtù delle clausole di cui ai punti 15.1. e 15.2 dell'Accorso siglato fra le parti; sempre la convenuta ha, peraltro, sostenuto che, anche a voler ritenere imperanti le suddette due clausole, in applicazione dei principi sanciti dall'art. 20 c.p.c., rientrerebbe nella competenza territoriale del tribunale di Civitavecchia;

rilevato

che il Tribunale di Catania, con la sentenza quivi impugnata, ha accolto la eccezione connessa alla applicabilità nella fattispecie della clausola compromissoria

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

ed ha ritenuto che la controversia dovesse essere devoluta al collegio arbitrale individuato dalla clausola 15.1 dell'Accordo intercorso tra le parti;

ritenuto

che, secondo la tesi di parte ricorrente, la domanda introdotta dinanzi al Tribunale di Catania, poiché proposta al fine di conseguire il risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale, non consentiva la applicazione della clausola contenuta all'art. 15.1 dell'Accordo che conteneva una clausola compromissoria evidentemente applicabile alle sole controversie di titolo contrattuale scaturenti dal negozio stipulato tra le parti;

che, più precisamente, la predetta clausola compromissoria non era sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 808 bis c.p.c., introdotta nel nostro ordinamento per rendere possibile il deferimento ad arbitri di controverse future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati, in quanto il rapporto extracontrattuale cui era riconducibile la domanda giudiziale non era stato espressamente contemplato;

ritenuto

che la parte resistente ha affermato la correttezza della decisione impugnata in considerazione del tenore letterale della clausola compromissoria e del disposto dell'art. 808 quater c.p.c. secondo cui "nel dubbio la convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce";

che, in ogni caso, la stessa parte resistente ha riproposto, in via gradata, l'eccezione di incompetenza territoriale del Tribunale di Catania assumendo, in primo luogo, come le controverse conseguenti all'Accordo, ove non deferite agli arbitri, dovessero essere devolute alla competenza territoriale esclusiva del foro di Milano, individuato dalle patti come foro convenzionale, e sostenendo, in secondo luogo, ed in via ulteriormente gradata, come, anche ove fossero inapplicabili alla presente fattispecie tanto alla clausola 15.1. che la clausola 15.2. dell'Accordo, il tribunale territorialmente competente dovrebbe individuarsi in quello di Civitavecchia;

osserva.

Va preliminarmente evidenziato che le considerazioni che seguono terranno conto, non solo della applicabilità al caso di specie della clausola compromissoria di cui al punto 15.1. dell'Accordo, ma anche delle ulteriori eccezioni di incompetenza territoriale tempestivamente svolte dalla parte convenuta e, peraltro, riproposte in questa sede.

Invero, secondo l'orientamento della Suprema Corte, dal quale non pare opportuno discostarsi, poiché il regolamento ha la funzione di individuare in modo definitivo il giudice competente a conoscere della controversia, i poteri di indagine e di valutazione, anche in fatto, della Corte possono esplicitarsi in relazione ad ogni elemento utile acquisito sino a quel momento al processo, senza essere limitati dal contenuto della sentenza impugnata e possono, conseguentemente, riguardare anche questioni che non abbiano costituito oggetto del ricorso ex artt. 42 c.p.c. e ss. di guisa che la decisione finale può risultare in contrasto con quanto ritenuto nella sentenza impugnata ed affermare, comunque, la competenza di un tribunale diverso da quello originariamente investito del giudizio (da ultimo Cass. n. 25232/2014; in precedenza n. 18040/2007; n. 2591/2006).

Ciò premesso, il regolamento appare fondato anche se in relazione, non all'eccezione svolta in via principale (e, dunque, con riguardo alla necessità di

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

devolvere la controversia agli arbitri), ma all'eccezione di incompetenza territoriale svolta con riguardo al foro convenzionale.

Innanzitutto, nel caso di specie non sembra possa invocarsi la applicazione della clausola 15.1. dell'Accordo (che devolve agli arbitri la competenza a conoscere della controversia), e ciò avuto riguardo al tenore degli artt. 808 bis e 808 quater c.p.c. razione temporis alla fattispecie) nonché alla intenzione delle parti come desumibile dall'esame del contratto da esse sottoscritto.

L'art. 15 dell'Accordo da cui nasce la presente controversia recita: "15.1. Tutte le controversie derivanti dal presente Accordo, comprese quelle relative alla sua validità, interpretazione, esecuzione e risoluzione saranno risolte in via definitiva secondo il regolamento arbitrale nazionale della camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano (...) Il procedimento arbitrale così instaurato avrà natura rituale. 15.2. Foro competente: fermo restando quanto sopra disposto, si conviene che ogni eventuale controversia o vertenza comunque relativa al presente Accordo che non possa essere affidata alla competenza arbitrale sarà sottoposta alla competenza esclusiva del foro di Milano".

Ciò premesso, occorre prima di tutto stabilire quale ambito applicativo abbia la clausola compromissoria e, cioè, se alla stessa siano riconducibili le sole controversie contrattuali o anche quelle extracontrattuali "riconducibili" al negozio.

A quanto pare, la questione non può essere agevolmente risolta in virtù del dato letterale della clausola 15.1 che anzi imporrebbe di propendere per una lettura restrittiva; è, perciò, necessario verificare se possa soccorrere, a favore della interpretazione più ampia, il disposto dell'art. 808 quater c.p.c. a tenore del quale i dubbi interpretativi dovrebbero essere risolti a favore dell'arbitrato.

Senonché, sembra preferibile sostenere che la questione non possa essere risolta alla sola stregua dell'art. 808 quater c.p.c.

Nonostante la questione sia a tutt'oggi ampiamente dibattuta pare potersi affermare che, giusta il disposto dell'art. 808 bis c.p.c., quando le parti intendano devolvere agli arbitri anche le controversie extracontrattuali scaturenti da un accordo negoziale, debbono prevederlo espressamente. Più precisamente, cioè, dato il tenore dell'art. 808 bis c.p.c., non pare potersi sostenere che l'art. 808 quater c.p.c. consenta sempre e comunque, pur in difetto di una espressa estensione della clausola compromissoria, di ricondurre a quest'ultima, quando il suo tenore letterale sia equivoco, non solo le controversie contrattuali ma anche le vicende extracontrattuali connesse alla medesima vicenda negoziale.

Muovendo da queste considerazioni è allora preferibile sostenere che l'art. 808 quater c.p.c. consenta una interpretazione favorevole alla competenza arbitrale tutte le volte in cui sorga contrasto sulla portata della clausola compromissoria fermo restando che il deferimento agli arbitri delle controversie extracontrattuali connesse a vicende negoziali debba essere espressamente prevista.

Muovendo da tale premessa, è allora agevole affermare che, in mancanza di espressa volontà contraria, la clausola compromissoria riferita genericamente alle controversie nascenti dal contratto cui essa inerisce vada interpretata nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte e solo le controversie aventi titolo contrattuale, con conseguente esclusione delle diverse controversie rispetto alle quali quel contratto si configura esclusivamente come presupposto storico.

Non pare, dunque, condivisibile la tesi sostenuta dal tribunale di Catania secondo cui, nel caso in esame, dovrebbe applicarsi la clausola compromissoria in

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

quanto “necessario presupposto logico e fattuale da cui sono scaturiti i comportamenti asseritamente lesivi è il rapporto oggetto di disciplina in sede di Accordo” dato che la domanda proposta dalla Wind Jet S.p.a. si fonda sui comportamenti tenuti da Alitalia - Compagnia Aerea Italiana prima della stipula dell’Accordo e sull’assunto condizionamento dell’attività imprenditoriale della Wind Jet S.p.a. realizzato sfruttando la posizione assunta da Alitalia nei confronti di Wind Jet S.p.a. a causa della stipula dell’accordo.

L’accordo, in realtà, stando alla prospettazione della domanda giudiziale, si configura come mero accidente fattuale che ha reso possibile il compimento delle condotte asseritamente imputabili ad Alitalia che non realizzano una violazione degli obblighi negoziali assunti ma si pongono come il mezzo per violare il principio del *neminem laedere*.

Pertanto, a differenza di quanto ritenuto dal Tribunale di Catania, deve escludersi che la clausola compromissoria stabilita dall’art. 15.1., riferita alle controversie nascenti dall’accordo contrattuale stipulato tra le parti, sia applicabile alla controversia oggetto di causa.

Le conclusioni sin qui raggiunte sembrano vieppiù avvalorate dal contenuto della clausola 15.2 che individua il foro convenzionale con riferimento a tutti i casi non riconducibili alla clausola compromissoria.

Anche ove si fosse voluta invocare la interpretazione dell’art. 808 quater c.p.c. per risolvere in chiave estensiva i dubbi interpretativi connessi alla applicazione della clausola compromissoria, il tenore letterale della clausola 15.2 avrebbe comunque imposto diversa conclusione.

Non avrebbe, infatti, avuto alcun senso stabilire un foro convenzionale per le controversie connesse al contratto se la intenzione delle parti fosse stata quella di devolvere agli arbitri ogni vicenda scaturente dall’Accordo per titolo contrattuale ed extracontrattuale.

Sembra, piuttosto, che le parti abbiano, invece, inteso, con formula di salvezza, stabilire che, se la controversia, avuto riguardo al suo titolo, non dovesse risultare riconducibile alla competenza arbitrale, essa dovrebbe comunque essere devoluta al giudice ordinario, in applicazione del foro convenzionale pattuito.

Conforta tale lettura, peraltro, non solo la circostanza che sia stato previsto come il foro convenzionale sia succedaneo alla competenza arbitrale, ma anche il tenore letterale della stessa clausola 15.2 che fa riferimento a “tutte le controversie o vertenze comunque relative al presente accordo”, e non già alle sole controversie “derivanti dall’Accordo” (cfr. con riferimento alla possibilità di accedere ad una interpretazione estensiva della clausola contrattuale che individua il foro convenzionale anche solo in virtù del tenore letterale della stessa, cfr. Cass. 9 dicembre 2010, n. 24869 ed, in senso parzialmente conforme, Cass. 15 luglio 2013, n. 17334).

In sostanza, pare preferibile affermare che la clausola compromissoria non sia suscettibile di interpretazione estensiva, innanzitutto alla luce del combinato disposto degli artt. 808 bis e quater c.p.c., e, comunque, alla luce del tenore letterale della clausola che individua il foro convenzionale.

La clausola 15.2. da ultimo citata, invece, stante la sua ampia portata e soprattutto tenuto conto del fatto che essa, per espressa previsione delle parti, sembra doversi estendere a tutte le controversie connesse al contratto ed aventi anche titolo diverso da quello contrattuale in senso stretto, sembra invece applicarle alla presente fattispecie scaturente da domanda extracontrattuale.

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Per le ragioni che precedono, deve allora ritenersi che competente a conoscere della controversia sia il Tribunale di Milano”;

che tali conclusioni sono state notificate alle parti costituite, le quali hanno presentato memorie.

Considerato in diritto: Che il collegio condivide le considerazioni svolte dal P.M. come sopra riportate, non superate dalle considerazioni contrarie svolte nella memoria di parte ricorrente; che pertanto va dichiarata la competenza del Tribunale di Milano, davanti al quale vanno rimesse le parti anche per le spese del giudizio di regolamento.

(Omissis).

L'interpretazione della convenzione arbitrale in materia non contrattuale.

1. La prima sezione della Corte di cassazione, adita con regolamento di competenza proposto avverso la sentenza del Tribunale di Catania che aveva dichiarato la propria incompetenza in favore degli arbitri, determina i confini per l'operatività della clausola riferita genericamente a tutte le controversie nascenti dal contratto, escludendo in particolare che essa possa estendersi alle controversie non contrattuali non espressamente determinate.

La controversia originava da un *memorandum of understanding* con il quale le parti si scambiavano informazioni riservate, impegnandosi alla conclusione di un accordo di acquisizione definitivo, acquisizione cui la convenuta non aveva dato seguito. Tale comportamento, secondo la società attrice, configurava una ipotesi di responsabilità extracontrattuale ai sensi degli artt. 2598 c.c. e 1337 c.c., in quanto posta in violazione delle norme civilistiche sulla concorrenza.

La domanda risarcitoria veniva proposta davanti al Tribunale di Catania, il quale riconosceva l'esistenza di una clausola compromissoria all'interno dell'accordo preliminare e dichiarava la propria incompetenza in favore del giudice arbitrale. La clausola, in particolare, prevedeva che tutte le controversie derivanti dal contratto si sarebbero dovute devolvere ad arbitri. In aggiunta a tale previsione vi era poi una clausola derogatoria della competenza territoriale che individuava nel foro convenzionale il giudice territorialmente competente per tutte le liti non devolute ad arbitri.

La Suprema corte, investita con il regolamento di competenza della questione relativa alla sussistenza o meno della competenza arbitrale in materia non contrattuale, esamina tanto i profili relativi all'eccezione compromissoria — gli unici decisi con la sentenza impugnata — quanto la questione eccepita in via gradata dalla società convenuta di incompetenza territoriale derogabile, sebbene mai decisa dal giudice di primo grado. Il

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

tutto in completa adesione alle conclusioni formulate dal pubblico ministero *ex art. 380 ter c.p.c.*, le cui motivazioni costituiscono le *rationes* sulle quali posa la soluzione adottata dalla Corte.

La Cassazione, ritenendo erronea la decisione del Tribunale in ordine alla *exceptio compromissi*, e risolvendo i dubbi interpretativi connessi all'applicazione della clausola compromissoria a vantaggio della competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, passa ad esaminare l'eccezione *ex art. 38 c.p.c.*, regolando la competenza in favore del foro convenzionalmente scelto dalle parti.

2. Con l'ordinanza in commento la Corte di cassazione estende la propria cognizione anche a profili diversi da quelli esaminati nella sentenza impugnata e che non avevano costituito oggetto del ricorso *ex art. 42 c.p.c.*

Ed invero, con il ricorso per regolamento di competenza, la ricorrente si era limitata a impugnare la decisione del giudice di merito sull'operatività della clausola compromissoria anche rispetto a liti di natura extraccontrattuale. D'altronde, la sentenza impugnata aveva esaminato solo i profili relativi all'eccezione di compromesso, posti dalla difesa del convenuto in via pregiudiziale rispetto all'eccezione di incompetenza territoriale; talché accolta la prima eccezione, si era rivelato inutile decidere della seconda, stante l'affermata competenza arbitrale.

Deve osservarsi che l'ordine di esame seguito dal giudice del merito, che ha poi condizionato le modalità di proposizione del regolamento di competenza, appare corretto.

Come è stato più di recente osservato ⁽¹⁾, la questione di competenza arbitrale, benché non possa inquadrarsi nello schema tecnico della competenza, rappresenta una eccezione in senso stretto, rimessa alla libera iniziativa della parte che voglia avvalersi della clausola compromissoria, da farsi valere nel termine di decadenza *ex art. 167 c.p.c.*, così come afferma l'*art. 819 ter c.p.c.* ⁽²⁾. Trattandosi perciò di una questione pre-

⁽¹⁾ Cass., ord. 25 ottobre 2017, n. 25254, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, con nota di FANELLI, *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*, in corso di pubblicazione.

⁽²⁾ L'*art. 819 ter c.p.c.* introdotto dalla riforma codicistica del 2006, ha ridisegnato i rapporti tra arbitro e giudice, lasciando spazio all'idea che l'arbitrato abbia natura giurisdizionale. Sulla difficoltà di configurare effettivamente come competenza i rapporti tra arbitro e giudice, nonostante l'etichetta normativa v. CAPPONI, sub *art. 819 ter*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 2, a cura di BRIGUGLIO, CAPPONI, Padova, 2009, 873 ss. Sui rapporti tra arbitro e giudice v. *amplius* DELLE DONNE, sub *art. 819 ter c.p.c.* in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, Torino, 2014, 583 ss. L'intervento del legislatore sull'*art. 819 ter*, da leggere unitamente alle altre modifiche normative apportate dal d. lgs. 40/2006 (ad es. artt. 817 *bis*, 824 *bis*, 825), ha condotto ad affermare, in controtendenza rispetto al precedente orientamento giurisprudenziale secondo cui l'arbitrato aveva natura negoziale, che la giustizia arbitrale abbia una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. In conformità alle novità normative si è poi posta la giurisprudenza costituzionale

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

giudiziale di rito, essa esige una immediata risposta dall'organo giudicante, il quale dovrà preliminarmente verificare l'esistenza di una valida convenzione d'arbitrato rituale, onde comprendere se sussiste più in generale la *potestas iudicandi* di un organo appartenente alla giurisdizione statale. In altri termini, l'eccezione di compromesso, ponendosi in relazione alternativa-escludente rispetto a tutti i criteri di competenza giurisdizionale, opera su un piano precedente a quello della distribuzione della *potestas decidendi* tra giudici diversi ⁽³⁾.

prima e quella di legittimità poi. In particolare, la Corte costituzionale (C. cost., 19.7.2013, n. 223, su cui v. i commenti di BOVE, BRIGUGLIO, MENCHINI, SASSANI, in questa *Rivista*, 2014, 88 ss.; CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corriere giur.*, 2013, 1107; D'ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, in *Foro it.*, 2013, ACONE, « *Translatio iudicii* » *tra giudice ed arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca?*, *ivi*; FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*, *ivi*; BIANCHI, *Translatio iudicii tra giudice statale ed arbitri?*, in *www.judicium.it.*), accantonando una serie di dubbi e questioni prospettati in dottrina relative all'ammissibilità della questione di costituzionalità rimessale, ha accolto l'istanza relativa all'incostituzionalità dell'art. 819 *ter*, 2° co., c.p.c., nella parte in cui non rende applicabile all'arbitrato la *translatio iudicii* così come disciplinata dall'art. 50 c.p.c. Non molto tempo dopo le sezioni unite della corte di Cassazione (Cass., S.U., 25.10.2013, n. 24153, in questa *Rivista*, 2015, 307, con nota di BERGAMINI, *Eccezione di patto per arbitrato estero: un nuovo revirement della corte di cassazione, tra disciplina interna e convenzione di New York*; in *Corriere giur.*, 2014, 84, con nota di VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le sezioni unite tornano all'antico*; in *Giusto processo civ.*, 2014, 197, con nota di MONTELEONE, *Arbitrato e giurisdizione: un inopportuno ritorno al passato*), hanno rivoluzionato il pensiero, cui fedelmente la giurisprudenza si era attenuta dopo Cass. n. 527/2000, sulla natura dell'arbitrato rituale. In particolare, la Corte di legittimità ha rilevato che la normativa introdotta con le riforme del 1994 e 2006 contiene sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale. Tra tali indici la Corte individua la proponibilità dell'impugnazione non più subordinata al decreto di esecutorietà del lodo; l'assimilazione della domanda arbitrale a quella giudiziale quanto agli effetti sulla prescrizione e sulla trascrizione; l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso; la possibilità prevista dall'art. 819 *bis* c.p.c. di rimettere alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale; l'art. 824 *bis* c.p.c. che equipara gli effetti del lodo a quelli della sentenza.

⁽³⁾ Cass. 25 ottobre 2017, n. 25254, *cit.* afferma in particolare che la decisione sull'eccezione di compromesso rappresenta un "passaggio logico-giuridico strumentale ed indispensabile alla realizzazione dello scopo cui tende il processo, volto ad assicurare in tempi ragionevoli la tutela del diritto controverso mediante una decisione intesa al definitivo consolidamento della situazione sostanziale, direttamente od indirettamente, dedotta in giudizio". La Corte peraltro trae la conseguenza che, ove la parte convenuta si sia vista rigettare la propria eccezione di compromesso proposta in via principale e invece accogliere quella proposta in via graduata di incompetenza per territorio derogabile, ove volesse contestare la decisione sull'operatività della clausola arbitrale, dovrebbe impugnarla con regolamento di competenza, a pena di definitiva cristallizzazione della competenza in capo agli organi giurisdizionali dello Stato. Il tutto anche dove la decisione sull'eccezione di compromesso manchi ma sia stata decisa solo l'eccezione proposta in via subordinata. In questa circostanza, secondo la Corte, si formerebbe un giudicato implicito sulla questione pregiudiziale di rito, nel senso di ritenere esclusa la competenza arbitrale, così che il soccombente implicito sarà tenuto a sollevare con gli ordinari mezzi di impugnazione tutte le questioni di rito implicitamente risolte in senso negativo. Così, come è stato osservato da FANELLI, *Progressione logico-giuridica*, *cit.*, "l'operatore del diritto (...) riterrà probabilmente opportuno impugnare con regolamento di competenza ogni pronuncia di rito che ritenga possa nascondere un rigetto implicito della propria eccezione di

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Sotto altro punto di vista, però, si potrebbe affermare che solo il giudice astrattamente competente per la domanda può decidere l'eccezione di compromesso di talché la questione relativa alla competenza dovrebbe necessariamente essere esaminata per prima ⁽⁴⁾.

Quest'ultima soluzione risponderebbe alla logica secondo cui sulle questioni di rito ⁽⁵⁾ e su quelle di merito può decidere solo il giudice competente. Senza contare che la questione sulla competenza potrebbe apparire *prima facie* la questione più liquida.

Tuttavia, come è stato osservato ⁽⁶⁾, è ben possibile che il giudice adito dichiari la propria incompetenza e che in virtù di tale pronuncia la causa venga poi riassunta dinanzi al giudice indicato come competente, il che condurrebbe a un procrastinamento dell'esame e della soluzione della questione, anch'essa pregiudiziale, della validità dell'accordo compromissorio. Con la conseguenza che sarebbe più opportuno (e rapido) che il giudice adito decidesse prima sulla *exceptio compromissi* così che, in caso di accoglimento dell'eccezione, anche l'altra questione potrebbe essere assorbita.

Alla luce di tali osservazioni, ne consegue che ben ha fatto il Tribunale di Catania a decidere in prima analisi la questione sulla competenza arbitrale, atteso che, con l'accoglimento della *exceptio compromissi*, risultava del tutto inutile esaminare l'eccezione subordinata di incompetenza territoriale, visto che la validità della convenzione per arbitrato rituale sottrae la competenza sulla lite a qualsivoglia giudice ordinario statale. Vi è più che, nel caso di specie, il giudice del merito aveva anche seguito l'ordine di esame delle questioni pregiudiziali posto dal convenuto.

Ne risultava così assorbita l'eccezione di incompetenza territoriale proposta in via gradata nel giudizio di merito che il convenuto resistente riproponeva dinanzi alla Suprema corte ⁽⁷⁾.

incompetenza (per arbitrato rituale, per territorio, per materia, *etc.*) ritualmente formulata". Sul tema dell'ordine di esame delle questioni pregiudiziali e, in particolare, sul rapporto esistente tra l'eccezione di incompetenza e quella di compromesso, v. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 635.

⁽⁴⁾ In tal senso MOTTO, *op. loc. cit.*, il quale, riferendosi all'esempio in cui si ponga una questione di competenza per materia innanzi al giudice di pace erroneamente adito in una controversia in cui sorga anche una eccezione di compromesso, evidenzia come non sarebbe auspicabile far decidere della validità della convenzione arbitrale ad un giudice incompetente per materia.

⁽⁵⁾ Tra cui rientrerebbe oggi a pieno titolo l'eccezione di compromesso.

⁽⁶⁾ Vd. BRIGUGLIO, *Le sezioni unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*, in questa *Rivista*, 2004, 60-61, sebbene con riferimento ad una eccezione di arbitrato estero.

⁽⁷⁾ Ove la questione pregiudiziale proposta in via gradata sia assorbita dall'accoglimento della eccezione assorbente di rito, la parte vittoriosa non avrà, ove convenuta in Cassazione, l'onere di proporre impugnazione incidentale sulle questioni assorbite che potranno, invece, essere riproposte al giudice del rinvio. V. Cass., ord. 9 marzo 2016, n. 4656, in *Riv. giur. trib.*, 2016, 782, con nota di RUGGERI, *L'impugnazione delle sentenze tra motivi assorbiti, pregiudiziali di rito e pronunce implicite*, secondo cui l'eventuale ricorso incidentale su questione assorbita

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

La decisione impugnata aveva quindi ad oggetto solo l'accoglimento dell'eccezione di compromesso e l'affermazione della competenza arbitrale.

Proposto regolamento di competenza avverso tale decisione, il ricorrente contestava che la clausola compromissoria non comprendesse la controversia promossa e che pertanto la competenza spettasse al giudice ordinario.

La Corte di cassazione da una parte accoglie l'impugnazione proposta, nella parte in cui nega che la convenzione arbitrale sia applicabile alla fattispecie, dall'altra, ritenendo fondata la tempestiva eccezione di incompetenza territoriale, dichiara la competenza di un giudice diverso da quello originariamente adito, ovvero quello convenzionalmente stabilito dalle parti.

Deve osservarsi che il giudice di legittimità compie tale valutazione andando oltre i profili espressamente devoluti dalla parte, ovvero esaminati dalla sentenza impugnata. Tanto perché la Corte può conoscere la questione di competenza sotto tutti gli aspetti possibili, al fine di evitare che la designazione del giudice sia ulteriormente posta in discussione nell'ambito della stessa controversia. Pertanto la valutazione della Cassazione può comprendere ogni elemento utile fino a quel momento acquisito al processo (potendo conseguentemente riguardare anche questioni di fatto non contestate nel giudizio di merito e che non abbiano costituito oggetto del ricorso per regolamento di competenza), senza alcun vincolo di qualificazione, ragione o prospettazione che del rapporto dedotto in causa abbia fatto l'attore con l'atto introduttivo ⁽⁸⁾.

3. Il quesito prospettato dinanzi alla Cassazione — sull'esistenza o meno della competenza arbitrale — deriva dal dubbio circa l'estensibilità della clausola compromissoria inserita nel contratto anche alle controversie di natura extracontrattuale.

Il giudizio veniva promosso allo scopo di ottenere il risarcimento del danno per violazione delle regole sulla concorrenza nei mercati, ossia una causa di natura extracontrattuale e quindi non relativa all'adempimento del contratto contenente la convenzione arbitrale. Secondo la prospettazione della parte ricorrente, tanto sarebbe valso ad escludere la compe-

dovrebbe essere dichiarato inammissibile. Nel caso oggetto della sentenza in commento, trattandosi di ricorso per regolamento di competenza, la questione poteva essere risolta dal resistente dinanzi alla Cassazione stessa, la quale, come si dirà *infra*, quando adita con ricorso ex artt. 42 ss. c.p.c. ha il potere di decidere tutte le questioni relative alla competenza, quand'anche non decise della decisione impugnata.

⁽⁸⁾ Così Cass., ord., 27 novembre 2014, n. 25232; Cass., ord., 24 agosto 2007, n. 18040; Cass. ord., 7 febbraio 2006, n. 2591; Cass. 20 maggio 1998, n. 5046. In dottrina v. ACONE, voce *Regolamento di competenza*, in *EG*, XXVI, Roma, 1989, 18.

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

tenza degli arbitri poiché la clausola compromissoria inserita nel contratto era applicabile alle sole controversie contrattuali scaturenti dal negozio.

Contestava in particolare che non potesse estendersi alle controversie extracontrattuali in quanto non espressamente indicate, sebbene originate dall'esistenza del rapporto negoziale tra i litiganti.

La Corte, in accoglimento di tale doglianza, nega l'applicabilità della convenzione alla controversia proposta, statuendo che, affinché una clausola compromissoria possa riferirsi anche a rapporti non contrattuali occorre, alla luce dell'art. 808 *bis* c.p.c., che le future controversie devolvibili ad arbitri siano determinate. Tale determinatezza mancherebbe ove il riferimento contenuto nella clausola sia fatto genericamente alle controversie derivanti dal contratto.

La decisione offre così, in prima analisi, l'occasione per compiere una ricognizione su quali siano i requisiti imposti dalla legge per la devoluzione ad arbitri di controversie extracontrattuali.

L'art. 808 *bis* c.p.c., introdotto con la riforma del 2006, prevede che attraverso una apposita convenzione ⁽⁹⁾ possano farsi decidere da arbitri delle "controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati" e che la convenzione debba risultare da atto avente la forma scritta richiesta per il compromesso.

Affinché possa rendersi efficace la convenzione nei confronti delle liti extracontrattuali, occorre ben intendersi sul concetto di determinatezza, partendo dalla sua funzione.

Come per la clausola compromissoria contrattuale, anche la convenzione dell'art. 808 *bis* c.p.c. ha ad oggetto liti future sicché, proprio perché non ancora venute ad esistenza, esse non possono essere già concretamente determinate: la controversia non è attuale e l'oggetto del contendere sarà individuato solo dalla futura domanda arbitrale ⁽¹⁰⁾. In entrambi i casi, l'oggetto della convenzione sarà determinabile, alla stregua di quanto imposto dall'art. 1346 c.c.

A differenza però della clausola compromissoria dell'art. 808 c.p.c., in cui il rapporto controverso di natura contrattuale è facilmente determinabile, in quanto relativo al contratto nel quale la clausola è inserita ⁽¹¹⁾, la convenzione dell'art. 808 *bis* cit. si riferisce ad un rapporto in cui manca la predeterminazione della fattispecie costitutiva, così che, per rispettare il

⁽⁹⁾ Come è stato osservato da ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento sub art. 808 bis*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 56, la convenzione arbitrale per liti future non contrattuali costituisce una terza specie di accordo.

⁽¹⁰⁾ Per ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. ult. cit.*, 62, l'oggetto della controversia non deve essere attuale; MOTTO, *Commento sub art. 808 bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO, CAPPONI, Padova, 2009, 519.

⁽¹¹⁾ Così che non è necessario indicare la fattispecie costitutiva del rapporto, essendo tale fattispecie il contratto stesso.

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

requisito previsto dalla legge, sembrerebbe necessario che le parti lo indichino all'interno della convenzione arbitrale.

In altri termini, nella clausola compromissoria dell'art. 808 c.p.c., la mancata indicazione espressa dei rapporti devoluti ad arbitri non inficia la validità della clausola poiché, in ogni caso, è possibile limitare le controversie arbitrabili nei limiti di quelle che nascono dal contratto o comunque siano ad esso collegate.

Quando invece la lite abbia natura non contrattuale, la determinazione dei rapporti ha lo scopo di evitare che, in mancanza di un criterio guida — quale può essere il contratto per le clausole *ex art.* 808 c.p.c. — possano ritenersi devolute ad arbitri tutte le possibili controversie che sorgeranno tra le parti; il che porterebbe ad una totale indeterminatezza dell'oggetto del contratto in violazione dell'art. 1346 c.c. ⁽¹²⁾.

Tuttavia, come è stato osservato ⁽¹³⁾, ai fini della determinabilità del rapporto deducibile in giudizio, quando il diritto che si fa valere è un effetto di un più ampio rapporto complesso già in essere tra le parti, è sufficiente riferirsi alla situazione fondamentale dalla quale deriva la controversia non contrattuale che si vuole devolvere ad arbitri. Così, quando si scelga la via arbitrale per rapporti obbligatori non contrattuali originati dall'esecuzione/inesecuzione di un rapporto contrattuale tra le stesse parti, per la determinazione della lite, basterà che la convenzione contenga il riferimento al contratto che costituisce presupposto logico e fattuale della fattispecie risarcitoria dedotta in giudizio.

Sarà così possibile che in un contratto sia apposta una clausola compromissoria che si riferisca al contempo tanto a controversie contrattuali quanto a quelle extracontrattuali che derivino dal contratto stesso, ovvero che abbiano nel contratto il fatto storico generatore dell'obbligazione cui le parti si riferiscono per attribuire la competenza agli arbitri.

In altri termini, la preesistente relazione giuridica contrattuale tra le parti consente di dare accesso alla via arbitrale anche a tutte le liti che sono conseguenza logica del contratto stesso, pur non avendo nel contratto la loro *causa petendi*.

Ne consegue perciò che con una clausola compromissoria inserita in un contratto tra le parti possano deferirsi ad arbitri anche le controversie che, come quella in esame, abbiano natura precontrattuale e attengano ad esempio a supposte condotte di concorrenza sleale, dal momento che il

⁽¹²⁾ Cfr. MERONE, *Commento sub art. 808 bis c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da COMOGGIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, Torino, 2014, 102

⁽¹³⁾ MOTTO, *op. cit.*, 521 ss., spec. 533-534, il quale distingue le modalità di determinazione del rapporto arbitrabile a seconda che si tratti di diritti autodeterminati o eterodeterminati.

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

presupposto fattuale per la venuta ad esistenza delle condotte illecite oggetto di lite è il contratto stesso ⁽¹⁴⁾.

La Corte però condivide le conclusioni del p.m. nella parte in cui afferma che, nella controversia sottoposta al suo esame, il rapporto non contrattuale non ha nel contratto il proprio presupposto logico fattuale ma solo un presupposto storico, quasi fosse l'accordo tra le parti solo un evento cronologicamente anteriore al verificarsi del fatto illecito. Osserva in particolare che l'accordo è un mero accidente fattuale che ha reso possibile il compimento delle condotte illecite, fungendo da mero strumento per realizzare (non la violazione del contratto bensì) la violazione del principio del *neminem laedere*.

Tale conclusione non può condividersi atteso che il rapporto non contrattuale in esame (ovvero quello relativo alla responsabilità precontrattuale e alla concorrenza sleale) non può guardare al contratto come ad un semplice fatto temporalmente precedente alla condotta sleale. L'accordo rappresenta invece la necessaria condizione per la qualificazione dei successivi comportamenti come lesivi, con la conseguenza che l'obbligazione risarcitoria non contrattuale sarà devolvibile ad arbitri in forza della clausola compromissoria inserita nel contratto a monte.

4. La pronuncia in commento, partendo dal dato letterale della convenzione arbitrale, riferita a tutte le controversie derivanti dal contratto, offre una lettura restrittiva, ritenendo che una tale dizione non soddisfi il requisito della determinatezza richiesto dall'art. 808 *bis* c.p.c. e perciò le controversie non contrattuali non espressamente indicate non possano costituire oggetto di devoluzione ad arbitri.

Giunge alla medesima conclusione facendo leva sull'art. 808 *quater* c.p.c., norma che consente di interpretare la convenzione arbitrale in senso estensivo quando sorgano dubbi circa l'ambito oggettivo delle liti devolute ad arbitri.

In sintesi, questo il ragionamento seguito dal giudice: quando la clausola compromissoria non contenga espressamente il riferimento a determinati rapporti non contrattuali, l'art. 808 *bis* c.p.c. non può trovare applicazione; né si può dare ingresso in arbitrato a quelle controversie extracontrattuali non chiaramente indicate nella convenzione sulla base dell'art. 808 *quater* ⁽¹⁵⁾. Quest'ultima disposizione, in forza della quale

⁽¹⁴⁾ Così CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *Libertà e vincoli nella recente legislazione dell'arbitrato*, Milano, 2006, 13; MOTTO, *op. cit.*, 533-534; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento*, cit. 58; ID., *Commento sub art. 808 bis*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, Bologna, 2008, 151; MERONE, *Commento sub art. 808 bis*, cit., 101.; RUFFINI, *Commento all'art. 808 quater*, in *Codice di procedura civile*, diretto da CONSOLO, Torino, 2013, 1608, 1609; NELA, *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI, Bologna, 2007, 1627.

⁽¹⁵⁾ L'art. 808 *quater* c.p.c., introdotto con la riforma del d. lgs. 40/2006, introduce una regola che non ha precedenti nel codice. Ed invero, fino alla novella del 2006, tutti i dubbi

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

ogni dubbio sulla interpretazione della convenzione arbitrale deve risolversi in favore della competenza dei giudici privati, non è regola capace di consentire in ogni caso la risoluzione arbitrale della lite se la convenzione *ex art. 808 bis* non rispetta la regola di determinatezza. Ne conseguirebbe una limitazione al principio del *favor arbitrati* espresso nel codice di rito, dal momento che la clausola compromissoria riferita a tutte le controversie nascenti dal contratto può, senza difficoltà, estendersi a tutte le controversie contrattuali anche non espressamente indicate, ma non è in grado di operare rispetto alle liti non contrattuali che non siano chiaramente determinate.

Né ancora potrebbe venire in soccorso di una interpretazione estensiva il ricorso ai criteri di ermeneutica contrattuale⁽¹⁶⁾ ove emergano nell'accordo clausole contraddittorie indicative della volontà di non devolvere ad arbitri le liti, quali quelle di deroga alla competenza territoriale. Esclusa quindi l'operatività dell'art. 808 *bis* c.p.c., dell'art. 808 *quater* c.p.c., e letta nella deroga alla competenza per territorio la chiara opzione

relativi alla interpretazione della convenzione di arbitrato dovevano risolversi in favore della giurisdizione ordinaria. Vd. Cass. 26 aprile 2005, n. 8575; Cass. 25 agosto 1998, n. 8410; Cass. 28 luglio 1998, n. 7398. Così anche Cass. 23 dicembre 2010, n. 26046, in questa *Rivista*, 2011, 641 ss., con nota di SERRA, *Contratto con clausola compromissoria e successiva transazione: se la clausola compromissoria fonda la competenza arbitrale a decidere controversie derivanti dalla transazione*, che, nel dubbio, esclude l'ultrattività della clausola compromissoria rispetto ad una transazione collegata al contratto cui la clausola accedeva. Si veda però, con riferimento ad una causa proposta anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 808 *quater* c.p.c., Cass. 20 giugno 2011, n. 13531, in questa *Rivista*, 2012, 79 ss., con nota di COMASTRI, *Favor arbitrati e art. 808-quater c.p.c.*, ove, nel dubbio, è estesa la competenza arbitrale a tutte le controversie di natura contrattuale relative all'accordo in cui era inserita la clausola compromissoria, benché si trattasse di arbitrato irrituale.

Con la nuova regola il legislatore ha dimostrato di voler chiaramente invertire il criterio ermeneutico fino ad allora seguito, introducendo così la regola secondo cui *in dubio pro arbitrato*. In tal senso LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 265, 266. Tuttavia, ancora oggi, sotto la vigenza dell'art. 808 *quater*, non mancano pronunce, come quella qui in commento, che continuano a risolvere il dubbio circa l'ambito oggettivo della clausola arbitrale a vantaggio della giurisdizione ordinaria, quando l'incertezza riguardi l'arbitrabilità di liti non contrattuali. Così Cass. 15 febbraio 2017, n. 4035, in *Foro it.*, Rep., 2017, voce *Arbitrato*, n. 39.

Sul nuovo art. 808 *quater* vd. RUFFINI, *Commento all'art. 808 quater*, cit.; ID. *Commento sub art. 808 quater*, in *Commentario breve al Diritto dell'arbitrato*, a cura di BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, Padova, 2010, 102; ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 255; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento sub art. 808 quater*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 102 ss.; ID., *Commento sub art. 808 quater*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, Bologna, 2008, 187; ATTERITANO, *Commento sub art. 808 bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO, CAPPONI, Padova, 2009, 568; FABBI, *Commento sub art. 808 quater c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da COMOGGIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, Torino, 2014, 141 ss.

⁽¹⁶⁾ Nella sentenza si legge "anche ove si fosse voluta invocare la interpretazione dell'art. 808 *quater* c.p.c. per risolvere in chiave estensiva i dubbi interpretativi connessi alla applicazione della clausola compromissoria, il tenore letterale della clausola 15.2. (ovvero quella di deroga alla competenza territoriale) avrebbe comunque imposto diversa conclusione".

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

per la via giurisdizionale, la Corte non può che concludere per una ridotta estensione della convenzione arbitrale.

Posti così i punti del ragionamento seguito dal giudicante e le conclusioni cui perviene, non può non dissentirsi sotto diversi profili.

Quanto alla non applicabilità dell'art. 808 *bis* c.p.c. per mancanza di determinatezza della lite, si rinvia a quanto già affermato *supra*. Si è detto infatti che, quando il rapporto dedotto in giudizio sia collegato ad altro rapporto complesso già in essere tra le parti, come nel caso di specie in cui le condotte illecite sono derivate dall'esistenza di un contratto tra gli stessi soggetti, la lite non contrattuale può rientrare nell'ambito oggettivo di applicazione della clausola arbitrale. E tanto può verificarsi sia quando la clausola lo contempra espressamente quanto nel silenzio delle parti ⁽¹⁷⁾ (ovvero quando la convenzione si riferisca genericamente alle controversie derivanti dal contratto).

Con riferimento ai limiti di applicabilità dell'art. 808 *quater* intravisti dalla Corte, deve invece ritenersi che la regola introdotta dalla riforma del 2006 consenta di risolvere, unitamente ai criteri di interpretazione del contratto, ogni dubbio circa l'operatività della convenzione di arbitrato, garantendo che essa possa avere ad oggetto tutte le controversie che derivano dall'accordo, ovvero non solo le liti strettamente contrattuali ma anche quelle che hanno nel contratto un presupposto per la loro venuta ad esistenza ⁽¹⁸⁾. Di guisa che la clausola compromissoria non deve essere più riferita solo alle controversie che hanno nel contratto la loro *causa petendi* ⁽¹⁹⁾ ma anche a tutte quelle connesse al contratto ⁽²⁰⁾, e ogni dubbio sull'interpretazione della clausola compromissoria dovrebbe essere superato estendendo la competenza degli arbitri, indipendentemente dalla natura contrattuale o extracontrattuale della lite.

Una interpretazione più restrittiva non sarebbe oggi conforme al dato

⁽¹⁷⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento*, cit., 58 secondo cui alla luce del nuovo art. 808 *quater*, l'inclusione delle liti extracontrattuali strettamente connesse al contratto (come, ad es. quelle di responsabilità precontrattuale, quelle di responsabilità extracontrattuali concorrenti con l'illecito contrattuale ed ancora di concorrenza sleale) deve essere la regola anche nel silenzio della parti. D'altronde, la possibilità di devolvere ad arbitri liti collegate al rapporto ma non espressamente menzionate era già stata ammessa dalla giurisprudenza (seppure sempre con il limite della derivazione dal contratto cui la clausola arbitrale si riferisce), in applicazione dell'art. 1365 c.c., a mente del quale se in un contratto sono espressi alcuni casi a titolo esemplificativo, non possono escludersi tutti gli altri che non siano indicati. Così, tra le tante v. Cass. 22 dicembre 2005, n. 28485; Cass. 22 febbraio 1993, n. 2177, in *Giur. It.*, 1994, I, 472.

⁽¹⁸⁾ Ed invero, la legge si riferisce alle controversie derivanti dal contratto e non a quelle nascenti dall'accordo, permettendo così di poter includere anche quelle che rappresentano le conseguenze legali del contratto. Cfr. NELA, *op. ult. cit.*, 1652.

⁽¹⁹⁾ Così come invece richiede Cass. 3 febbraio 2012, n. 1674, in questa *Rivista*, 2014, con nota di CASCELLI, *Clausola compromissoria e liti extracontrattuali: questioni interpretative*, secondo cui la clausola compromissoria riferita genericamente alle controversie nascenti dal contratto, in mancanza di espressa volontà contraria, non può estendersi alle liti non contrattuali.

⁽²⁰⁾ Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento*, cit., 149; NELA, *op. ult. cit.*, 1627.

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

normativo che vuole escludere dall'ambito di operatività della convenzione arbitrale solo le liti rispetto alle quali le parti indichino di non voler ricorrere ad arbitri. In altre parole, l'art. 808 *quater* crea un capovolgimento della chiave di lettura finora data alla clausola compromissoria dubbia: non si deve indagare se le parti abbiano voluto devolvere ad arbitri una controversia ma, al contrario, si esamina solo se l'abbiano voluta escludere. In mancanza di una espressa volontà contraria perciò tutte le controversie connesse al contratto saranno arbitrabili.

Nel caso in esame, mancando una indicazione volta a negare l'applicabilità della clausola compromissoria anche alle controversie extracontrattuali che accedono al negozio e che derivano da esso, ai sensi degli artt. 808 *bis* e 808 *quater* c.p.c. il giudice avrebbe dovuto interpretare estensivamente la portata della convenzione arbitrale, riconoscendo così la competenza dei giudici privati.

5. Secondo la Corte, all'esclusione della competenza arbitrale per la controversia non contrattuale dedotta in giudizio si dovrebbe giungere anche in virtù dell'applicazione dei criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss. c.c. (21).

Partendo dalla premessa che le regole di interpretazione dei contratti consentirebbero di comprendere il contenuto oggettivo che i paciscenti hanno voluto dare alla convenzione arbitrale e, segnatamente, aiuterebbero ad individuare una eventuale *voluntas excludendi* (22), la Corte ravvisa un indice di volontà contraria alla devoluzione ad arbitri nella contemporanea stipula di due clausole: l'una arbitrale, l'altra di deroga alla competenza per territorio. Per la Corte, non avrebbe senso stabilire un foro convenzionale se si volessero devolvere tutte le liti derivanti dal contratto ad arbitri. Così che, quelle non contrattuali, dovrebbero rientrare invece, per esclusione, nell'ambito di operatività della clausola *ex* art. 29 c.p.c.

Anche quest'ulteriore argomento non ci pare pienamente condivisibile.

Prima della riforma del 2006, la giurisprudenza riteneva che, in caso

(21) Secondo ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento sub art. 808 quater*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, cit., 102, il criterio interpretativo dell'art. 808 *quater* si va ad aggiungere a quelli di interpretazione dei contratti *ex* art. 1362 ss. c.p.c. che sono sempre applicabili. Sul tema vd. COMASTRI, *Favor arbitrati e art. 808-quater c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2012, 83, in particolare nota 4, il quale afferma che l'art. 808 *quater* non opera solo in funzione suppletiva cioè quando il dubbio interpretativo circa l'ambito oggettivo di estensibilità della clausola non possa essere risolto con il ricorso alle regole stabilite dal codice civile. Al contrario, essa è regola che deve essere immediatamente applicata, costituendo regola generale, mentre i criteri di ermeneutica contrattuale possono essere utilizzati per indagare se una previsione contenuta nel contratto sia rappresentativa di una volontà contraria di devolvere una specifica lite ad arbitri.

(22) In tal senso COMASTRI, *op. loc. cit.*

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

di previsione all'interno di un contratto tanto di una clausola compromissoria quanto di una derogatoria della competenza, dovesse sempre prevalere quest'ultima, come fosse una clausola di chiusura in favore della giurisdizione statale. In altre parole, la duplice previsione di regole di attribuzione della lite agli arbitri e al giudice andava intesa come un concorso nel quale doveva sempre imporsi l'attribuzione della causa al giudice naturale ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾.

Tale soluzione, già ampiamente e legittimamente criticata prima della riforma ⁽²⁵⁾, non ha più ragion di esistere dopo l'entrata in vigore dell'art. 808 *quater* c.p.c., norma che, come si è visto, nell'interpretazione delle clausole dubbie, conduce ad una prevalenza per la via arbitrale.

Tuttavia, l'eventuale compresenza di una convenzione arbitrale e di una clausola di deroga alla competenza non deve necessariamente passare come un concorso in cui una delle due debba primeggiare, annullando l'altra, come se fossero tra di loro incompatibili. In altri termini, non si può condividere l'affermazione della Corte nella parte in cui dichiara che "non avrebbe avuto, infatti, alcun senso stabilire un foro convenzionale per le controversie connesse al contratto se la intenzione delle parti fosse stata quella di devolvere agli arbitri ogni vicenda scaturente dall'accordo", poiché quando l'ambito oggettivo delle clausole suddette coincide, occorre coordinarle attraverso le regole degli artt. 1363 e 1367 c.c. ⁽²⁶⁾, onde nel dubbio, le pattuizioni devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno ⁽²⁷⁾.

Nel caso di specie parrebbe esservi una sovrapposizione delle due clausole di competenza (arbitrale e territoriale derogabile) dal momento che, stando alla lettera delle pattuizioni, entrambe riferite a controversie

⁽²³⁾ Cass., 15 febbraio 2002, n. 2208, in questa *Rivista*, 2003, 75 con nota di LUISSO, *Clausola compromissoria e clausola di deroga alla competenza territoriale*; Cass. 10 giugno 1998, n. 5717, *id.*, 1999, 53, con nota di RUFFINI, *In tema di interpretazione della clausola compromissoria: i «dubbi» della Suprema Corte e l'art. 1367 cod. civ. Contra*, nella giurisprudenza arbitrale, Coll. arb. 13 maggio 1996, *id.*, 1997, 823 con nota di D'ALESSANDRO, *Intorno ai rapporti tra clausola compromissoria rituale e accordo delle parti per la deroga alla competenza territoriale*. Sul rapporto tra clausola derogatoria ex art. 29 e competenza arbitrale v. Cass. 12 novembre 1992, n. 12188, *id.*, 1993, 421, con nota di BRIGUGLIO, *Inderogabilità della competenza territoriale ex art. 810 c.p.c.*, secondo cui la presenza di clausola derogatoria della competenza per territorio non comporta deroga alla regola di competenza dell'art. 810 c.p.c. che individua il presidente del tribunale competente alla nomina dell'arbitro.

⁽²⁴⁾ Peraltro, giova osservare che non solo la clausola compromissoria ma anche quella derogatoria della competenza sortisce l'effetto di derogare al giudice naturale preconstituito per legge. Così D'ALESSANDRO, *Intorno ai rapporti*, cit., 824, 825.

⁽²⁵⁾ Così LUISSO, *op. ult. cit.*, 77; RUFFINI, *In tema di interpretazione*, cit., 53 ss.

⁽²⁶⁾ In tal senso BRIGUGLIO, *Inderogabilità*, cit., 427.

⁽²⁷⁾ Vd. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento*, cit., 104, secondo cui l'art. 808 *quater* consentirebbe di superare i dubbi sull'ambito oggettivo della clausola compromissoria mentre l'art. 1367 c.c. si riferirebbe alla ipotesi in cui sorga contestazione sulla stessa scelta arbitrale compiuta dalle parti.

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

relative all'accordo, vi sarebbe una identità di oggetto per le stesse; il che non consente, diversamente da quanto afferma la Corte, una armonizzazione tra le due assegnando ad ognuna di esse una causa diversa.

Semmai il coordinamento tra le due pattuizioni passa per altra strada ovvero quella di attribuire alla competenza arbitrale tutte le controversie derivanti dal contratto (contrattuali o extracontrattuali), mentre a quella convenzionale tutte le liti o funzioni ⁽²⁸⁾ per le ipotesi in cui l'arbitrato non possa aver luogo ⁽²⁹⁾ (oppure al fine di determinare, ferma restando la competenza arbitrale per il merito, il giudice al quale andrà domandato il provvedimento cautelare *ex art. 669 quinquies* ⁽³⁰⁾).

Infine, contrariamente a quanto si legge nell'ordinanza in commento, il fatto che il foro convenzionale sia indicato come succedaneo alla competenza arbitrale, più che negare l'impostazione *supra* prospettata, parrebbe confermarla.

Non può infatti negarsi che, stante l'art. 808 *quater* c.p.c., che pone la regola del *favor arbitrati*, e considerato che l'ordinamento italiano, in conformità al quadro giuridico europeo, si muove nella direzione della preferenza per i sistemi di ADR, la via dell'arbitrato dovrebbe rappresentare la prima scelta per le parti mentre quella giurisdizionale dovrebbe venire subito dopo, ove la prima opzione non risulti possibile ⁽³¹⁾.

Quando cioè la competenza arbitrale non possa per qualsivoglia ragione operare, la clausola *ex art. 29* c.p.c. consente di individuare il giudice al quale potersi rivolgere, senza perciò privare o limitare in alcun modo l'efficacia della convenzione d'arbitrato cui le parti hanno voluto attribuire primaria valenza.

PAOLA LICCI

⁽²⁸⁾ Purché comunque idonee a consentire una astratta utilità della clausola. Così BRIGUGLIO, *op. cit.*, 429, il quale immagina che la clausola di deroga alla competenza territoriale possa applicarsi per determinare il giudice competente per l'omologazione e dunque quello territorialmente competente per l'impugnazione del lodo. Esclude quindi che possa utilizzarsi per realizzare una deroga all'art. 810 c.p.c. visto che si tratta di una competenza inderogabile.

⁽²⁹⁾ Si pensi all'ipotesi in cui in un arbitrato a pluralità di parti, i paciscenti non si siano accordati *ex art. 816 quater* c.p.c. per la nomina degli arbitri e si versi in ipotesi di litisconsorzio necessario: in questo caso la legge stabilisce l'improcedibilità dell'arbitrato sicché le parti potranno rivolgersi al giudice convenzionalmente individuato.

⁽³⁰⁾ Così D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 829. In tal senso anche LUIO, *op. ult. cit.*, 78.

⁽³¹⁾ In tal senso LUIO, *op. ult. cit.*, 79, il quale sostiene che tra gli strumenti di risoluzione delle liti operi il principio di sussidiarietà: la prima via da tentare è quella conciliativa; in seconda battuta quella arbitrale e solo ove le prime due non siano percorribili, si passerà a quella giurisdizionale, secondo i criteri di competenza del codice o di quelli eventualmente stabiliti dalle parti.

© Copyright Giuffrè 2019. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Utente: carly01 LUISS - GUIDO CARLI - www.iusexplorer.it - 17.01.2019