



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

SAF • SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE

L'arbitrato

Analisi e commenti dalla recente
prassi

nr. 29. Commissione
Arbitrato

a cura di
Alessandro Augusto

i quaderni



S.A.F. FONDAZIONE

dei Dottori Commercialisti di Milano



L'arbitrato

Analisi e commenti dalla recente prassi

nr. **29**. Commissione Arbitrato

a cura di
Alessandro Augusto

I Quaderni della Scuola di Alta Formazione

Comitato Istituzionale:

Diana Bracco, Marcello Fontanesi, Mario Forchetti, Giuseppe Grechi, Nicola Mastropasqua, Lorenzo Ornaghi, Carlo Palumbo, Angelo Provasoli, Guido Tabellini.

Comitato Scientifico:

Giancarlo Astegiano, Giuseppe Bernoni, Franco Dalla Sega, Felice Martinelli, Guido Marzorati, Cesare Minola, Renzo Nisi, Lorenzo Pozza, Patrizia Riva, Massimo Saita, Stefania Totaro.

Comitato Editoriale:

Claudio Badalotti, Aldo Camagni, Ciro D'Aries, Francesca Fieconi, Carlo Garbarino, Cesare Gerla, Francesco Novelli, Patrizia Riva, Gian Battista Stoppani, Alesandra Tami, Dario Velo, Cesare Zafarana.

Commissione Arbitrato:

Delegato del Consiglio: Cesare Zafarana.

Presidente della Commissione: Marcella Caradonna.

Componenti: Pietro Abbiati, Augusto Alessandro, Massimo Bianchi, Rosa Caliendo, Federico Campi, Adriano Carena, Mira Carpi, Francesca Cassago, Sarah Cattaneo, Nicola Grassi, Marco Manzoli, Walter Marazzani, Giampaolo Marzani, Paola Mignani, Egle Anna Maria Muraterra, Gianluca Nicolini, Gianluca Orrù, Paola Salerno, Aldo Stesuri.

Direttore Responsabile:

Patrizia Riva

Segreteria:

Elena Cattaneo
corso Europa, 11 • 20122 Milano
tel: 02 77731121 • fax: 02 77731173

INDICE

Prefazione	5
1. Lodo Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano Prot. N.4705 del 6 giugno 2006	7
2. Nota a Lodo Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano Prot. N.4705 del 6 giugno 2006	15
<i>Analizza la questione di incompetenza del Collegio Arbitrale nell'ipotesi di mancata opposizione nei termini di un decreto ingiuntivo (da ritenersi secondo la convenuta rinuncia espressa alla volontà di avvalersi della clausola compromissoria).</i>	
<i>Analizza inoltre il tema dell'inammissibilità della domanda di arbitrato nel caso in cui la stessa riguardi diritti posti alla base di un decreto ingiuntivo non opposto (secondo al convenuta acquisterebbe autorità di cosa giudicata)</i>	
3. Lodo (arbitrato irrituale) pronunciato da Collegio Arbitrale in Milano in data 31 gennaio 2007.....	21
4. Nota a Lodo (arbitrato irrituale) pronunciato da Collegio Arbitrale in Milano in data 31 gennaio 2007.....	31
<i>L'oggetto della controversia (arbitrato irrituale) riguarda la richiesta di un risarcimento danni per inadempimento di un contratto d'appalto e per concorrenza sleale.</i>	
<i>Il commento si concentra sulla possibile ricomprensione o meno di una domanda di risarcimento danni per concorrenza sleale nella potestas indicandi degli arbitri, qualificandosi il compimento di atti di concorrenza come illecito extracontrattuale.</i>	
5. Lodo pronunciato da Collegio Arbitrale in Milano in data 20 dicembre 2007	35

6. Nota a Lodo pronunciato da Collegio Arbitrale in Milano
in data 20 dicembre 200763

Il commento affronta la questione, sotto il profilo procedurale, dell'efficacia del giudicato arbitrale in relazione ad un successivo giudizio mentre, sotto il profilo del merito, affronta la materia riguardante i poteri dell'assemblea dei soci in ordine alla delibera degli emolumenti spettanti agli amministratori.

7. Procedimenti arbitrali e procedure concorsuali: possibili
interferenze69

L'articolo affronta i rapporti tra procedure concorsuali ed arbitrato, con particolare attenzione alle interferenze tra:

- *Fallimento ed arbitrato irritale*
- *Fallimento e procedimenti arbitrali conclusi prima del fallimento medesimo*
- *Fallimento e procedimento arbitrale in corso*
- *Fallimento e successivo procedimento arbitrale*

8. Cassazione civile, sez I, 30 maggio 2007, n. 12684.....79

9. Commento a Cassazione civile, sez I, 30 maggio 2007, n. 1268485

Il commento alla sentenza affronta il tema di un'eccezione di compromesso proposta di fronte al Tribunale ordinario e l'individuazione del termine entro il quale, a pena di decadenza, possa essere eccepita. Si affronta, inoltre, il rapporto intercorrente tra eccezione di compromesso e domanda riconvenzionale.

10. Commento a Tribunale di Pavia, sez. I, 02/07/200893

Il commento alla sentenza affronta il tema della novazione della clausola compromissoria irrituale mediante atto transattivo, nonché il requisito della forma scritta per la clausola compromissoria irrituale.

PREFAZIONE

Il Quaderno costituisce il primo esito del fruttuoso lavoro svolto in collaborazione tra la Commissione Arbitrato dell'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili e la Prof.ssa Mariacarla Giorgetti, Professoressa di Diritto dell'arbitrato nell'Università degli Studi di Bergamo.

La ricostruzione sistematica di cui è tradizionalmente oggetto la materia dell'arbitrato è stata posta alla base di una rimediazione di questi stessi istituti condotta in una prospettiva di analisi della prassi e di confronto con fattispecie di particolare interesse.

Attraverso l'analisi di lodi rituali ed irrituali, nonché di sentenze della giurisprudenza, si vuole fornire spunti di carattere "pratico" agli operatori che affrontano la materia, sia in qualità di arbitri sia come professionisti chiamati ad assistere le parti nelle fasi del procedimento.

Il risultato è senza dubbio un prodotto editoriale utile sia per gli addetti ai lavori sia per coloro che, per esigenze professionali, si trovano a dover affrontare procedure arbitrali.

Un ringraziamento particolare a tutti coloro che sia fanno parte della Commissione arbitrato sia collaborano accademicamente con il Prof.ssa Mariacarla Giorgetti ed hanno contribuito alla realizzazione di questo progetto ed all'avv. Alessandro Bossi per l'importante contributo da lui fornito.

Un ringraziamento anche alla collega Egle Muraterra per aver reso possibile, contribuendo a vario titolo, la presente pubblicazione.

Marcella Caradonna
Presidente della Commissione Arbitrato

Mariacarla Giorgetti
Professoressa di Diritto dell'arbitrato

1. LODO CAMERA ARBITRALE NAZIONALE E INTERNAZIONALE DI MILANO PROT. N.4705 DEL 6 GIUGNO 2006

Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale
di _____

Prot. N. 4705

Arbitrato promosso da

Svolgimento del procedimento

Il presente arbitrato rituale si fonda sulla clausola compromissoria contenuta nell'art. 7 del Contratto per l'attività di gestione e consulenza commerciale, sottoscritto dalle parti in data 11 aprile 2001, del seguente tenore letterale:

“Ogni controversia relativa all'esecuzione del presente contratto è devoluta ad un collegio di tre arbitri da nominarsi secondo il Regolamento della Camera Arbitrale costituita presso la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano”.

Con domanda di arbitrato depositata presso la Segreteria della Camera Arbitrale di Milano il 9 giugno 2005, la _____ esponeva di aver stipulato, in data 11 aprile 2001, un contratto con la società _____, avente ad oggetto: a) l'acquisizione di nuova clientela mediante utilizzo di proprie strutture e personale sulla base dei nominativi di potenziali clienti che potranno essere forniti ricerche di mercato; b) la gestione dei rapporti commerciali e di consulenza tecnica in materia di sviluppo tecnico, instaurati tra la _____ ed i clienti di cui alla precedente lettera a.

All'art. 6 le parti disciplinavano il compenso spettante a _____, composto da una parte fissa decrescente dal primo al terzo anno e da due parti variabili, mediante provvigioni del 2% sulle vendite procacciate per stampi, progetti e/o attività derivante dai medesimi e dello 0,5% sulle vendite dei particolari stampati e/o integrati di processi derivati e/o

inerenti.

La durata del contratto era fissata sino al 31 dicembre 2003, con tacito rinnovo di anno in anno, salvo disdetta almeno sei mesi prima della scadenza (art. 4 del contratto).

L'attrice allegava altresì che la convenuta _____ aveva seguito le aziende _____ e indicava i fatturati di _____ verso ciascuna di tali aziende nel corso dell'intero arco temporale del rapporto con _____, distinguendo tra gli importi inerenti agli stampi e quelli concernenti i particolari stampati, giacché, come detto, la quota provvigionale dei compensi fissati dall'art. 6 del contratto variava a seconda dei prodotti venduti ai clienti.

Sempre secondo la narrativa contenuta nell'atto introduttivo, l'attrice, da un controllo contabile fatto nel mese di aprile del 2005 in occasione della redazione del bilancio 2004, aveva rilevato che _____ aveva emesso fatture per provvigioni regolari sugli stampi, mentre sulle vendite di particolari stampati invece dello 0,5% aveva applicato il 2%, contravvenendo agli accordi contrattuali.

L'attrice ricordava altresì che, ai sensi dell'art. 8 del contratto 11 aprile 2001, ogni modifica della scrittura poteva effettuarsi solo ed esclusivamente per iscritto e non le constava che fossero intervenute modifiche di sorta.

Seguivano i calcoli di quanto, secondo _____, sarebbe dovuto realmente spettare a _____. L'attrice precisava che _____ aveva ottenuto un decreto ingiuntivo dal Tribunale di Vigevano per il pagamento di euro 36.616,80, non opposto perché non si era rilevato l'errore di fatturazione.

L'attrice chiedeva, pertanto, l'accertamento che la _____ avrebbe dovuto percepire la minor somma di euro 165.459,32, a fronte di una richiesta fatturata per euro 229.002,99, dichiarando conseguentemente che _____ è creditrice della differenza di 63.998,67 euro, ove venisse eseguito il pagamento del decreto ingiuntivo non opposto, ovvero della minor somma di 27.381,87 euro, ove spontaneamente la _____ non avesse chiesto l'esecuzione del decreto ingiuntivo, oltre interessi.

Nello stesso atto la _____ nominava proprio arbitro l'Avv. _____.

Con memoria depositata presso la Segreteria della Camera Arbitrale il 7 luglio 2005 si costituiva nel procedimento la _____, eccedendo in via pregiudiziale l'incompetenza del collegio arbitrale, resistendo nel merito alle domande dell'attrice e chiedendo, in via riconvenzionale e in subordine al rigetto dell'eccezione pregiudiziale di

incompetenza, la risoluzione del contratto e la condanna dell'attrice al risarcimento dei danni nella misura di euro 50.000,00 o nel diverso importo ritenuto equo e di giustizia.

Eccepiva la convenuta che la mancata opposizione al decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Vigevano – sezione distaccata di Abbiategrasso – per la somma non contestata di 36.616,80 euro equivaleva ad una rinuncia espressa alla volontà di avvalersi della clausola compromissoria, con conseguente inammissibilità della domanda di arbitrato. Le domande dell'attrice potevano e dovevano, quindi, essere proposte esclusivamente dinanzi al Giudice ordinario.

Sul merito la convenuta allegava che le originarie pattuizioni inerenti al compenso spettante a _____ erano state modificate dapprima in data 8 ottobre 2002 e poi nuovamente in data 6 ottobre 2003: sicché, trascorso il primo anno, le fatture emesse da _____ erano conformi alle nuove pattuizioni contrattuali e, segnatamente, al nuovo art. 6 del testo contrattuale. Alla data del 1° aprile 2004, in mancanza di disdetta, il rapporto doveva intendersi tacitamente rinnovato alle medesime condizioni sino all'aprile 2005, tant'è che _____ inviò a _____ varie fatture nel periodo aprile-luglio 2004, senza che questa eccepisse alcunché, ed anzi confermando la regolarità e la corrispondenza tra l'importo contabilizzato da _____ e l'importo risultante dalla contabilità di _____.

Secondo la convenuta, l'originaria scrittura si era, dunque, rinnovata per ben due volte, l'attrice nulla aveva eccepito per anni ed anche se si fosse realmente trattato di un errore contabile, questo doveva imputarsi a esclusivo fatto e colpa della debitrice.

La convenuta notava, infine, che il rimborso dell'IVA versata all'Erario doveva ritenersi irrealizzabile dal punto di vista fiscale ed eccepiva l'inammissibilità della domanda di arricchimento senza causa, stante il carattere sussidiario della relativa azione.

In via riconvenzionale, per il caso di rigetto dell'eccezione pregiudiziale di incompetenza del collegio arbitrale, la convenuta chiedeva pronunciarsi la risoluzione del contratto per inadempimento di _____, avendo questa violato i termini di pagamento delle fatture, tanto da costringere _____ a chiedere e notificare il decreto ingiuntivo prodotto in atti.

In via istruttoria la convenuta deduceva altresì prove orali per testi sulle revisioni del contratto.

Quale proprio arbitro la convenuta nominava l'Avv. _____.

Con comunicazione del 10 ottobre 2005 la _____ sostituiva

l'arbitro designato, nominando l'Avv. _____, che veniva confermata nell'incarico dalla Segreteria Generale della Camera Arbitrale con provvedimento 1/4705 del 2 novembre 2005.

Anche la convenuta _____ sostituiva il proprio arbitro, nominando l'Avv. _____ con comunicazione del 4 ottobre 2005, nomina successivamente confermata dalla Camera Arbitrale con proprio provvedimento 1/4705 del 2 novembre 2005.

Con provvedimento n. 1413/6 assunto in data 25 ottobre 2005 dal Consiglio Arbitrale della Camera Arbitrale, successivamente confermato dalla Segreteria Generale con provvedimento 2/4705 del 21 novembre 2005, veniva nominato quale terzo arbitro l'Avv. _____.

All'udienza del 9 febbraio 2006, presenti i procuratori delle parti, si costituiva il Tribunale arbitrale e, dato atto che il procedimento arbitrale è amministrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale in vigore dal 1° gennaio 2004, il collegio assegnava alle parti un primo termine per il deposito di memorie illustrative delle domande di merito e delle eccezioni, un secondo termine per il deposito di memorie di replica alle domande e alle eccezioni proposte *hinc et inde* e per deduzioni istruttorie, con l'indicazione degli eventuali testi e la produzione di documenti, nonché ulteriore termine per deduzioni istruttorie e produzioni documentali a prova contraria.

Le parti depositavano nei termini le rispettive memorie.

In particolare, la convenuta _____, sin dalla memoria depositata il 15 febbraio 2006, eccepiva in via pregiudiziale, oltre all'incompetenza del collegio arbitrale già sollevata con la memoria di costituzione, l'inaammissibilità della domanda arbitrale, perché inerente a diritti posti a base del decreto ingiuntivo non opposto, che acquista, secondo la convenuta, autorità di cosa giudicata sia in relazione al diritto in esso consacrato, sia con riferimento agli accertamenti che costituiscono i necessari presupposti logico-giuridici della pronuncia di ingiunzione.

Per parte attrice si dava atto che, per atto di fusione del 15 luglio 2005, a _____ era subentrata la _____.

All'udienza fissata al 10 aprile 2006 per comparizione personale delle parti e tentativo di conciliazione comparivano soltanto i procuratori. Il Collegio Arbitrale invitava le parti a precisare le conclusioni e i procuratori delle parti richiamavano i rispettivi atti, rinunciando sia al termine per la memoria conclusionale sia alla discussione orale. Il Collegio, pertanto, tratteneva la causa per la decisione.

Con ordinanza del 5 maggio 2006 il Collegio, ritenuta la necessità di acquisire i documenti 1, 2 e 3 del fascicolo monitorio del procedimento

per decreto ingiuntivo del Tribunale di Vigevano, Sezione distaccata di Abbiategrasso, prodotto come doc. 6 del fascicolo di parte attrice, invitava le parti a depositare copia di tali documenti entro il 16 maggio 2006 e assegnava altresì termine sino al 31 maggio 2006 per eventuali note illustrative, trattenendo il fascicolo per la decisione e riservando all'esito ogni provvedimento.

La convenuta provvedeva a depositare nei termini i documenti richiesti dal Collegio, nonché note illustrative.

In data 6 giugno 2006 il Collegio, riunito in conferenza personale, deliberava il seguente lodo non definitivo.

Motivi

Devesi, in primo luogo, dare atto che il subentro di _____ a _____ per effetto di fusione societaria non costituisce evento interruttivo del procedimento, posto che, ai sensi del nuovo art. 2504 *bis*, 1° comma, c.c., la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione, senza alcuna interruzione delle controversie pendenti.

Secondo l'ordine logico delle questioni, è indispensabile esaminare e risolvere le eccezioni pregiudiziali sollevate dalla parte convenuta.

Nella memoria di costituzione la convenuta ha eccepito l'incompetenza del collegio arbitrale, perché la mancata opposizione nei termini da parte di _____ al decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Vigevano, Sezione distaccata di Abbiategrasso, equivarrebbe a rinuncia ad avvalersi della clausola compromissoria.

Con memoria depositata il 15 febbraio 2006 la convenuta ha sollevato altresì una *exceptio indicati*, rilevando l'inammissibilità della domanda arbitrale, a cagione dell'efficacia di giudicato posseduta dal decreto ingiuntivo non opposto.

Nelle note esplicative depositate il 26 maggio 2006 la convenuta ha richiamato in proposito la recente Cass., Sez.un., 1 marzo 2006, n. 4510.

Le due eccezioni, pur separatamente svolte, vanno trattate congiuntamente, poiché pongono ambedue una *quaestio* di ammissibilità del presente arbitrato in relazione alle domande formulate dall'attrice.

Con la pronuncia poc'anzi ricordata le Sezioni unite, componendo un contrasto giurisprudenziale tra Sezioni semplici, hanno privilegiato l'orientamento assolutamente maggioritario della Cassazione, che circoscrive l'autorità di cosa giudicata del decreto ingiuntivo non opposto

al diritto in esso consacrato, senza alcuna estensione ad altri diritti pur nascenti dal medesimo rapporto sostanziale. Il decreto ingiuntivo non opposto determina una preclusione *pro indicato*, non assimilabile in tutto e per tutto al giudicato, che non investe di sé l'intero rapporto giuridico sostanziale che intercorre tra le parti. Ciò deriva dalla struttura stessa del rito monitorio, che prevede l'attivazione di un giudizio a cognizione piena soltanto su iniziativa del debitore ingiunto: senza di che può esservi soltanto un dedotto, mai un deducibile.

Perciò, gli effetti giuridici scaturenti dall'unico rapporto giuridico e non azionati in via monitoria restano al di fuori dell'efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto. Così, i crediti pecuniari diversi da quelli monitoriamente azionati, pur se riconducibili a un medesimo rapporto contrattuale, non sono coperti da alcuna efficacia preclusiva.

Con memoria datata 16 maggio 2006 la convenuta, in ossequio alla richiesta del Collegio arbitrale, ha prodotto copia dell'estratto autentico e delle fatture poste a base del decreto ingiuntivo n. 266/2004, emesso dal Tribunale di Vigevano, Sezione distaccata di Abbiategrasso, non opposto e divenuto irrevocabile ed esecutivo.

L'efficacia preclusiva del giudicato, conformemente all'orientamento giurisprudenziale sancito dalla ricordata pronuncia della Suprema Corte a Sezioni unite, copre soltanto le fatture di _____ monitoriamente azionate, per un importo complessivo di euro 36.616,80 oltre accessori. Le domande formulate dall'attrice in relazione a tali fatture sono pertanto inammissibili, ma l'inammissibilità è circoscritta a dette fatture e non si estende alle somme portate dalle rimanenti fatture di _____ fatte oggetto di contestazione da parte dell'attrice.

La corretta identificazione dell'ambito oggettivo del giudicato derivante dal decreto ingiuntivo non opposto influisce altresì sull'eccezione di incompetenza del Collegio arbitrale sollevata dalla convenuta.

Invero, l'effetto preclusivo del decreto non opposto, limitato ai diritti monitoriamente azionati e non estendibile ai diversi diritti pur nascenti dal medesimo rapporto giuridico contrattuale, impedisce l'attivazione della clausola compromissoria soltanto con riguardo a quei diritti, ma non rispetto agli altri, allo stesso modo in cui impedirebbe la proposizione dinanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria di domande incompatibili con i diritti definitivamente accertati nel decreto non opposto.

La mancata opposizione, che inerisce soltanto ai diritti monitoriamente azionati dalla _____, non può essere interpretata come rinuncia all'efficacia della clausola compromissoria anche per gli altri diritti

nascenti dal rapporto contrattuale. L'omessa opposizione implica, naturalmente e secondo i principi, l'impossibilità di promuovere domande in sede arbitrale sulle fatture monitoriamente azionate, ma non può essere interpretata come un comportamento incompatibile con la volontà di attivare la clausola in relazione a diritti diversi da quelli costituenti oggetto del decreto ingiuntivo. Si tratta di una mera inerzia i cui effetti sono circoscritti ai crediti azionati in via monitoria.

Per aversi rinuncia definitiva agli effetti della clausola compromissoria occorre un comportamento attivo della parte, che riveli chiaramente un intento incompatibile con la volontà di azionare il diritto dinanzi agli arbitri. Così, ad esempio, nella fattispecie decisa da Cass. 15 luglio 2004, n. 13121, l'attore aveva già adito l'autorità giudiziaria ordinaria, facendo valere le stesse domande poi proposte in sede arbitrale: la Suprema Corte ha tratto da questo comportamento un chiaro indice della rinuncia della parte ad avvalersi della clausola compromissoria, con conseguente impossibilità di avviare o proseguire il procedimento arbitrale (v., in termini, Cass. 5 dicembre 2003, n. 18643).

La mera inerzia nel proporre un'opposizione a decreto ingiuntivo, i cui effetti sono circoscritti ai diritti monitoriamente azionati, non può in alcun modo essere interpretata come rinuncia all'efficacia delle clausole compromissorie in relazione agli altri diritti scaturenti dal contratto cui la clausola accede.

L'eccezione di incompetenza del collegio arbitrale per intervenuta rinuncia alla clausola compromissoria va pertanto rigettata.

Il Collegio Arbitrale, personalmente riunito, non definitivamente decidendo, all'unanimità così

Delibera

2. NOTA A LODO CAMERA ARBITRALE NAZIONALE E INTERNAZIONALE DI MILANO PROT. N.4705 DEL 6 GIUGNO 2006

La decisione del Collegio Arbitrale in esame affronta principalmente due questioni di carattere strettamente procedurale.

In primo luogo, il lodo analizza la questione di incompetenza del collegio arbitrale nella specifica ipotesi di mancata opposizione nei termini in un decreto ingiuntivo, per poi affrontare il tema dell'inammissibilità della domanda di arbitrato nel caso in cui la stessa riguardi diritti posti alla base di un decreto ingiuntivo non opposto.

Il caso trae origine da una domanda di arbitrato promossa dalla società X la quale, nel proprio atto introduttivo, esponeva di aver stipulato con la società Y un contratto avente ad oggetto l'acquisizione di nuova clientela mediante l'utilizzo di proprie strutture e personale, nonché la gestione dei rapporti commerciali e di consulenza tecnica.

All'art. 6 del contratto *de quo* le parti disciplinavano il compenso spettante alla società Y, composto da una parte fissa decrescente dal primo al terzo anno e da due variabili, mediante provvigioni del 2% sulle vendite procacciate per stampi, progetti e/o attività derivante dai medesimi e dallo 0,5% sulle vendite dei particolari stampati e/o integrati di processi derivati e/o inerenti.

Tuttavia la società X, a seguito di un controllo contabile, rilevava che la società Y aveva emesso fatture e provvigioni regolari sugli stampi mentre sulle vendite di particolari stampati invece dello 0,5 aveva applicato il 2% contravvenendo agli accordi contrattuali.

La società X effettuava, quindi, i calcoli di quanto sarebbe dovuto realmente spettare alla società Y rilevando che la medesima avrebbe dovuto percepire la minor somma di euro =165.459,32= a fronte di una richiesta fatturata per euro =229.002,99=.

Nel frattempo, la società Y otteneva in danno della società X, un decreto ingiuntivo della somma di euro =36.616,80= il quale non veniva da quest'ultima non opposto a causa della mancata rilevazione dell'errore di fatturazione di cui sopra.

La società X, pertanto, chiedeva al Collegio l'accertamento delle somme realmente dovute dalla società Y dichiarando, inoltre, di essere creditrice della differenza di euro =63.998,67= ove venisse eseguito il pagamento del decreto ingiuntivo non opposto, ovvero della minor somma di euro =27.381,87= ove spontaneamente la società Y non avesse chiesto l'esecuzione del decreto ingiuntivo, oltre gli interessi.

Si costituiva nel procedimento arbitrale la società Y la quale, in via pregiudiziale, eccepiva l'incompetenza del collegio arbitrale, resistendo nel merito alle domande dell'attrice e chiedendo in via riconvenzionale e in subordine al rigetto dell'eccezione pregiudiziale, la risoluzione del contratto e la condanna dell'attrice al risarcimento dei danni nella misura di euro =50.000,00= o nel diverso importo ritenuto equo e di giustizia.

Tuttavia, con riferimento alla questione pregiudiziale, la convenuta precisava che la mancata opposizione al decreto ingiuntivo, emesso dal Tribunale di Vigevano per la somma non contestata di euro =36.616,80=, doveva ritenersi equivalente ad una rinuncia espressa alla volontà di avvalersi della clausola compromissoria, con conseguente inammissibilità della domanda di arbitrato.

Inoltre, attraverso il deposito di memorie autorizzate durante lo svolgimento del procedimento arbitrale, la società Y preliminarmente eccepiva altresì, accanto all'incompetenza del collegio arbitrale già sollevata con la memoria di costituzione, inammissibilità della domanda arbitrale, perché inerente a diritti posti a base del decreto ingiuntivo non opposto il quale acquisterebbe autorità di cosa giudicata sia in relazione al diritto in esso consacrato, sia con riferimento agli accertamenti che costituiscono i necessari presupposti logico – giuridici della pronuncia di ingiunzione.

*** * ***

Queste le circostanze di fatto dalle quali prende avvio l'analisi della decisione in commento.

Il collegio arbitrale, nel caso di specie, si è preliminarmente pronunciato in relazione alle eccezioni processuali di incompetenza del collegio e di inammissibilità della domanda, proposte dalla convenuta, rilevando l'infondatezza delle stesse.

L'orientamento seguito dal collegio per giungere a tale decisione si fonda su una recentissima sentenza della Cassazione Civile, Sezioni Unite, del 1 Marzo 2008, nr. 4510 la quale, componendo un contrasto giurisprudenziale tra sezioni semplici, ha circoscritto l'autorità di cosa

giudicata del decreto ingiuntivo non opposto al diritto in esso consacrato, senza alcuna estensione ad altri diritti pur nascenti dal medesimo rapporto sostanziale.

Più precisamente, la Suprema Corte di Cassazione, con la suindicata pronuncia, ha riconosciuto in capo al decreto ingiuntivo non opposto una preclusione *pro indicato*, non assimilabile al giudicato, che non investe il rapporto giuridico sostanziale che intercorre tra le parti.

Quanto sopra, secondo la Corte, deriva dalla struttura stessa del rito monitorio il quale prevede che senza l'attivazione del giudizio di cognizione, promosso dal debitore ingiunto, possa esservi soltanto un dedotto e mai un deducibile.

Ne consegue, pertanto, che gli effetti giuridici scaturenti dall'unico rapporto giuridico e non azionati in via monitoria restino al di fuori dell'efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto.

I crediti pecuniari diversi da quelli monitoriamente azionati, quindi, seppur riconducibili a un medesimo rapporto contrattuale, non sono coperti da alcuna efficacia preclusiva.

Pare evidente, quindi, come nel il caso di specie sia indispensabile determinare l'ambito oggettivo del giudicato.

Il collegio arbitrale, nella presente fattispecie, circoscrive l'inammissibilità della domanda di arbitrato relativamente alle sole fatture portate del decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Vigevano e non opposto dalla debitrice escludendo l'inammissibilità dell'intero rapporto giuridico intercorrente tra le parti.

Tuttavia, a parere del collegio, la corretta identificazione dell'ambito oggettivo del giudicato derivante dal decreto ingiuntivo permette di estendere l'applicazione del principio statuito della Corte di Cassazione con la nota sentenza di cui sopra anche all'eccezione di incompetenza del collegio arbitrale sollevata dalla convenuta.

Invero, l'effetto preclusivo del decreto non opposto, limitato ai diritti monitoriamente azionati e non estensibile ai diversi diritti pur nascenti dal medesimo rapporto giuridico contrattuale, impedisce l'attivazione della clausola compromissoria soltanto con riguardo a quei diritti.

La mancata opposizione che inerisce soltanto ai diritti monitoriamente azionati non può, a parere del collegio, essere interpretata come rinuncia all'efficacia della clausola compromissoria anche per gli altri diritti nascenti dal rapporto contrattuale.

Infatti, gli arbitri ritengono che l'omessa opposizione a decreto ingiuntivo implica l'impossibilità di promuovere domande in sede arbitrale sulle fatture monitoriamente azionate, ma non può essere

interpretata come un comportamento incompatibile con la volontà di attivare la clausola in relazione a diritti diversi da quelli costituenti oggetto del decreto ingiuntivo.

Da ciò deriva chiaramente che nella fattispecie si tratta di una mera inerzia i cui effetti sono circoscritti ai soli crediti azionati in via monitoria.

Il collegio arbitrale, inoltre, osserva che per aversi rinuncia definitiva degli effetti della clausola compromissoria occorre un comportamento attivo della parte, che rilevi chiaramente un intento compatibile con la volontà di azionare il diritto dinanzi agli arbitri.

La mera inerzia nel proporre un'opposizione a decreto ingiuntivo, i cui effetti sono circoscritti ai diritti monitoriamente azionati, non può in alcun modo essere interpretata come rinuncia all'efficacia della clausola compromissoria in relazione agli altri diritti scaturenti dal contratto cui la clausola accede.

Nella decisione in esame il collegio arbitrale, chiamato a pronunciarsi su questioni procedurali di incompetenza del collegio nell'ipotesi della mancata opposizione nei termini al decreto ingiuntivo ed alla inammissibilità della domanda di arbitrato per l'efficacia di giudicato posseduta dal decreto ingiuntivo non opposto, ritiene di dover deliberare conformarsi ai principi recentemente dettati dalla giurisprudenza di Legittimità in suddetta materia.

Solo recentemente, attraverso l'ormai nota sentenza della Cassazione Civile, Sez. Unite, nr. 4510 del 01/03/06 la giurisprudenza ha composto un contrasto giurisprudenziale esistente tra sezioni semplici diretto a stabilire se al procedimento di ingunzione, nell'ipotesi di mancata opposizione, debba applicarsi la regola secondo la quale il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, principio sancito dall'art. 2909 cod. civ., ovvero debba ritenersi l'efficacia della cosa giudicata solo in relazione al credito ingiunto.

Addivenendo alla composizione del contrasto già esistente, la Suprema Corte di Cassazione a sezioni unite, ha aderito all'orientamento giurisprudenziale maggioritario secondo il quale il decreto ingiuntivo non opposto acquista efficacia di cosa giudicata sostanziale solo in relazione al credito ingiunto, e non anche in relazione alla parte del credito per la quale nessuna ingunzione è stata emessa.⁽¹⁾

⁽¹⁾ Cfr. In punto Cass. n. 2326/1967; Cass. n. 1244/1974; Cass. n. 13443/2001; Cass. n. 3188/1987; Cass. n. 9857/02; Cass. n. 7003/1993; Cass. n. 7400/97, Cass. n. 6085/2004.

Tale principio ha trovato puntuale sostegno anche in dottrina dove si è riconosciuto che il decreto ingiuntivo determini la preclusione *pro indicato* lasciando comunque all'intimato la possibilità di agire nei confronti del ricorrente per eventuali richieste diverse da quelle oggetto della condanna.⁽²⁾

Tuttavia, il suindicato orientamento è stato oggetto di critiche sia da parte della giurisprudenza della Cassazione⁽³⁾ che dell'autorevole dottrina⁽⁴⁾ che hanno ribadito che il decreto ingiuntivo non opposto, nel termine stabilito dalla legge, acquista autorità ed efficacia di cosa giudicata al pari di una sentenza di condanna.

Il giudicato del decreto ingiuntivo, in questa ipotesi, copre quindi non solamente la decisione relativa al bene vita chiesto dal ricorrente, ma anche quella implicita, inerente all'esistenza del fatto costitutivo del diritto del quale viene chiesta la tutela.

Pertanto, l'esecutorietà che acquista il decreto non opposto nei termini stabiliti dalla legge è pari a quella di una sentenza di condanna passata in giudicato ed ha per oggetto la domanda del ricorrente, l'esistenza e la validità del rapporto sul quale si fonda lo specifico effetto giuridico dedotto e tutte quelle questioni che costituiscono la premessa necessaria o il fondamento logico giuridico del decreto; nonché l'esistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione.

Alla luce della fondamentale pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile, citata poc'anzi, deve ritenersi condivisibile la tesi adottata dal Collegio arbitrale nel caso di specie, il quale ha applicato i suindicati principi recentemente statuiti dalla Suprema Corte circoscrivendo l'efficacia di giudicato alle sole fatture portate dal decreto ingiuntivo e non estendendo la medesima al dedotto ed al deducibile.

⁽²⁾ In tal senso: Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 220; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1994, Milano, 411.

⁽³⁾ Cfr. Cass. n. 3757/96; Cass. n. 11641/97; Cass. n. 5801/98; Cass. n. 7272/03; Cass. n. 15178/01.

⁽⁴⁾ In punto: Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, 1991, Milano, 5; Mandrioli, *Diritto processuale civile*, 1990, Torino, 53.

3. LODO (ARBITRATO IRRITUALE) PRONUNCIATO DA COLLEGIO ARBITRALE IN MILANO IN DATA 31 GENNAIO 2007

Collegio Arbitrale Milano

Il Collegio arbitrale composto da:

Avv. AT, con studio in Milano, _____, terzo arbitro con funzioni di Presidente del Collegio arbitrale, designato con lettera del 6 marzo 2006 dall'Avv. AF e dall'Avv. RD,

Presidente

Avv. AF, con studio in Treviglio, _____, arbitro nominato dalla parte Attrice nel proprio atto di nomina di arbitro,

Arbitro

Avv. RD, con studio in Milano, _____, arbitro nominato dalla parte Convenuta nel proprio atto di nomina di arbitro,

Arbitro

Nell'arbitrato promosso da:

NP s.coop. a r.l., con sede in _____, Via _____, C.F. _____, in persona del proprio legale rappresentante *pro tempore* Sig. GF, rappresentata e difesa dagli Avv.ti EM e RG, presso il cui studio in _____, Via _____, è elettivamente domiciliata giusta procura a margine dell'atto di nomina di arbitro notificato in data 15.11.2005

Attrice

contro

NDF S.r.l., con sede in _____, Via _____, C.F. _____, in persona del proprio legale rappresentante *pro tempore*,

Sig. CDA, rappresentata e difesa dagli Avv.ti FV e BF, presso il cui studio in _____, Via _____, è elettivamente domiciliata, giusta procura in calce all'atto di nomina di arbitro notificato in data 20.12.2005

Convenuta

Ha pronunciato il seguente

LODO IRRITUALE

Premessa

Il presente arbitrato si fonda sulla clausola compromissoria contenuta nell'art. 13 del Contratto di appalto sottoscritto in data 29 settembre 2003, del seguente tenore letterale:

“Qualunque contestazione relativa alla interpretazione, esecuzione del presente contratto (con espressa esclusione delle procedure ingiuntive) sarà definita inappellabile da un collegio di arbitri amichevoli compositori, uno nominato dal Committente, uno dall'Appaltatore ed il terzo di comune accordo dai primi due arbitri, o in difetto dall'Unione Provinciale del Commercio di Milano, la quale avrà la facoltà di nominare anche l'arbitro della parte che non avesse provveduto alla designazione entro il termine di 30 (trenta) giorni dall'invio della comunicazione dell'altra parte”.

In virtù della clausola compromissoria sopra riportata, il presente arbitrato è irrituale.

La sede dell'arbitrato è in Milano.

Svolgimento del processo

Con atto di proposizione di domande in sede arbitrale e contestuale nomina di arbitro, notificato in data 21 novembre 2005, la NP. Sc a r.l. dava avvio alla procedura arbitrale prevista dall'art. 13 del contratto stipulato con la società NDF S.r.l. in data 29.09.2003, nominando quale proprio arbitro di parte l'Avv. AF, con Studio in _____, Via _____.

L'attrice esponeva che, in data 29.09.2003, la P sc a r.l., cui è subentrata la NP sca r.l., aveva concluso con la società NDF S.r.l. un contratto di appalto, avente ad oggetto le attività elencate nell'art. 3; che, in data 18.04.2005 la società NDF aveva comunicato la disdetta del contratto per la data del 21.05.2005; che, in base al resoconto relativo ai lavori di _____, concernente le sole prestazioni di manodopera, applicando il corrispettivo orario di Euro 11,10, NP. aveva subito una perdita

conteggiata matematicamente in Euro 65.133,26; che NDF aveva corrisposto in acconto la somma di Euro 33.159,91; che, inoltre, i lavori appaltati all'attrice con il contratto *de quo* erano stati riappaltati alla Coop F e che la convenuta aveva contattato i soci di NP, sollecitandoli ad associarsi alla Coop F e rendendosi così responsabile di atti di concorrenza sleale.

L'attrice aveva, quindi, domandato al costituendo Collegio arbitrale di:

– accertare che il corrispettivo contrattualmente previsto per le prestazioni eseguite dalla NP nello stabilimento di _____ era inferiore al minimo delle tariffe provinciali (pari a Euro 13,40 all'ora), condannando la convenuta a pagare la differenza tra quanto corrisposto all'attrice, per la minor somma di Euro 33.159,91, e quanto dovuto applicando tali tariffe, pari a Euro 65.133,26;

– accertare che la disdetta di NDF, pervenuta a NP, in data 18.04.2005 e con effetto dal 21.05.2005, era illegittima in quanto il contratto poteva essere disdettato soltanto alla data del 30.09.2005 e, per l'effetto, condannare la convenuta a risarcire i danni patiti dall'attrice, quantificati in Euro 100.000,00, o in quella diversa somma che risultasse dovuta;

– accertare gli atti di concorrenza sleale posti in essere dalla convenuta ai danni dell'attrice, per avere indotto le risorse specializzate di quest'ultima a disdettare il rapporto associativo per associarsi alla Coop F e, per l'effetto, condannare la convenuta a risarcire i danni patiti dall'attrice, quantificati in Euro 100.000,00, o in quella diversa somma che risultasse dovuta nel corso del giudizio.

Con atto di nomina di arbitro, notificato a mezzo servizio postale in data 18 marzo 2006, la convenuta NDF contestava le domande avversarie, sotto il profilo dell'*an* e del *quantum debeatur*, chiedendone il rigetto e nominava quale proprio arbitro di parte l'Avv. RD, con studio in _____, Via _____.

Con lettera del 6 marzo 2006 i due arbitri di parte designavano quale terzo arbitro l'Avv. AT.

Alla seduta del 30 aprile 2006 i tre arbitri ribadivano la propria accettazione e dichiaravano formalmente costituito il Collegio.

Indi, venivano concessi termini per il deposito di memorie illustrative delle domande e delle eccezioni e per il deposito di memorie di replica e veniva fissata udienza al 28 giugno 2006 per la comparizione personale delle parti e il tentativo di conciliazione.

A tale udienza i legali rappresentanti delle parti non comparivano, perché, secondo quanto dichiarato dai rispettivi difensori, non sussistevano possibilità conciliative. Il Collegio, pertanto, assegnava i

termini per il deposito di memorie istruttorie e di memorie di replica, riservandosi di provvedere in ordine alle istanze istruttorie formulate dalle parti.

Depositata le memorie istruttorie e a scioglimento della riserva, il Collegio, riservato ogni ulteriore provvedimento, ammetteva gli interrogatori formali dei legali rappresentanti delle parti, fissando per tale incombenza l'udienza dell'11 ottobre 2006.

A tale udienza venivano assunti gli interrogatori formali dei legali rappresentanti delle parti. Nel corso dell'udienza, l'Avv. V, difensore di parte convenuta, eccepeva l'incompetenza del Collegio a decidere sulla domanda di concorrenza sleale, per estraneità della stessa all'oggetto della clausola compromissoria. L'Avv. G, difensore di parte attrice, controeccepeva la tardività dell'eccezione avversaria. Il Collegio si riservava, quindi, di decidere in ordine alle altre istanze istruttorie avanzate dalle parti.

A scioglimento della riserva, il Collegio, ritenendo opportuno affrontare le varie questioni unitariamente in sede decisoria prima di assumere ogni provvedimento sulle istanze di prova testimoniale, invitava le parti a precisare le conclusioni, depositando una comparsa conclusionale con il foglio di precisazione delle conclusioni entro il 15 dicembre 2006 e una replica entro il 15 gennaio 2007, con facoltà di richiedere la discussione orale entro quest'ultimo termine.

Depositata le comparse conclusionali e le memorie di replica, nessuna delle parti richiedeva la discussione orale e, pertanto, il Collegio arbitrale, riunitosi in conferenza personale in data 31 gennaio 2007, deliberava il seguente lodo irrituale.

Motivi

Questi arbitri, in funzione di amichevoli compositori e in via di arbitrato irrituale, sono chiamati a deliberare sui tre quesiti formulati da parte attrice e ribaditi nelle conclusioni precisate in calce alla comparsa conclusionale precisamente:

1) accertarsi che il corrispettivo contrattualmente previsto per le prestazioni eseguite dalla NP. nello stabilimento di _____ da gennaio ad aprile 2005 è inferiore al minimo orario previsto dalle tariffe provinciali, con l'effetto che NP. per il pagamento dei propri associati ha perso la somma di Euro 65.133,26, solo in parte pagata da NDF per Euro 33.159,91, per cui si chiede che NDF venga condannata a pagare la differenza per ripianare la suddetta perdita, nonché ad integrare quanto

dovuto alla Cooperativa, sino al conteggio orario di Euro 13,40, per una quantificazione di Euro 107.567,91.

2) accertato che la comunicazione di disdetta, pervenuta il 18.4.05 per la data del 21.5.2005 è illegittima in quanto il contratto poteva essere disdetta solo per la data del 30.9.05, condannarsi la s.r.l. NDF a risarcire i danni patiti dalla Cooperativa che si quantificano nella somma di Euro 100.000,00 o in quell'importo maggiore o minore che dovesse risultare dovuto nel corso del giudizio o equo dal Collegio Arbitrale.

3) Accertato che la s.r.l. NDF ha indotto tutti gli associati della NP. a disdetta il rapporto con questa società per associarsi alla Coop F, che è subentrata dopo la data del 21.5.05 in tutti i lavori già seguiti dalla NP. presso la NDF ed accertato che detto comportamento costituisce atto di grave concorrenza sleale essendo stata privata la NP. delle proprie risorse specializzate di lavoro, condannarsi la s.r.l. NDF a risarcire i danni che si quantificano nella somma di Euro 100.000,00 o in quel diverso maggiore o minore importo ritenuto di giustizia.

All'udienza dell'8 novembre 2006 la difesa di parte convenuta ha eccepito che la domanda *sub* 3, vertendo su materia di concorrenza sleale, è estranea al contratto di appalto sottoposto alla clausola compromissoria.

La difesa di parte attrice ha controeccepito la tardività dell'eccezione di parte convenuta.

Affrontando la questione pregiudiziale che concerne la domanda proposta dall'attrice *sub* 3, ritiene questo Collegio che essa esuli dall'ambito oggettivo della clausola compromissoria e che, pertanto, non possa essere proposta in sede arbitrale. Con tale domanda l'attrice deduce in arbitrato atti di concorrenza sleale di cui la convenuta si sarebbe resa responsabile attraverso uno storno dei dipendenti. La fattispecie sottoposta dall'attrice agli arbitri è inquadrabile nell'ambito dell'art. 2598, n. 3, c.c., che delinea notoriamente, con la tecnica delle clausole generali, ipotesi normative di responsabilità extracontrattuale. La clausola compromissoria che fonda il presente arbitrato accede, invece, al contratto di appalto stipulato *inter partes* e conferisce agli arbitri il potere di decidere soltanto le controversie che vertono sull'interpretazione e sull'esecuzione delle obbligazioni contrattuali.

L'eccezione sollevata da parte convenuta non può ritenersi tardiva, perché in sede arbitrale, specialmente quando si tratti di arbitrato irrituale, non vige il principio di preclusione proprio dei giudizi ordinari di cognizione, com'è confermato dall'art. 817 c.p.c. che, tanto nel vecchio quanto nel nuovo testo, consente, lungo tutto il corso del procedimento arbitrale, di eccepire l'esorbitanza dal *pactum compromissi* delle conclusioni

assunte dalle altre parti.

La domanda *sub 3* va, pertanto, dichiarata inammissibile, perché estranea alla clausola compromissoria. Si rileva peraltro, *incidenter tantum*, che parte attrice non ha neppure compiuto deduzioni istruttorie o produzioni documentali idonee a suffragare la prova di un danno eziologicamente riconducibile ai lamentati atti di concorrenza sleale.

La domanda *sub 2* attiene all'efficacia *quoad tempus* del recesso/disdetta dal contratto di appalto, esercitato dalla convenuta mediante lettera del 18.4.2005.

Secondo parte convenuta, il recesso produceva effetti dal 21 maggio 2005. Secondo parte attrice, viceversa, la lettera del 18.4.2005 valeva soltanto quale disdetta per la successiva scadenza contrattuale e, pertanto, il rapporto doveva proseguire fino al 30 settembre 2005.

L'art. 3 del contratto di appalto disciplina la durata del rapporto: *“L'Appalto avrà inizio e durata secondo quanto indicato all'allegato B⁽⁵⁾ e si intenderà rinnovato di anno in anno ove l'Appaltatore non abbia comunicato la propria disdetta a mezzo telegramma o lettera raccomandata R.R. almeno 60 giorni prima della data di scadenza prevista. Il Committente avrà facoltà di recedere in ogni momento dalla presente scrittura secondo il suo insindacabile giudizio, con l'onere di darne preavviso all'Appaltatore almeno trenta giorni prima, rinunciando sin d'ora l'Appaltatore a pretendere l'eventuale mancato guadagno”*.

In base all'Allegato B, *“l'appalto oggetto di questo contratto avrà inizio il giorno 1 ottobre 2003 e si intende rinnovato di anno in anno ove l'Appaltatore non abbia comunicato la propria disdetta a mezzo telegramma o lettera raccomandata R.R. almeno 60 giorni prima della data di scadenza prevista. Il Committente avrà la facoltà di recedere in ogni momento dalla presente scrittura secondo il suo insindacabile giudizio, con l'onere di darne preavviso all'Appaltatore almeno trenta giorni prima, rinunciando sin d'ora l'Appaltatore a pretendere l'eventuale mancato guadagno”*.

Le due clausole contrattuali appaiono iterative delle medesime regole volontariamente e liberamente sancite dalle parti nell'esercizio della loro autonomia. Viene disciplinata l'ipotesi di tacito rinnovo del contratto per mancanza di disdetta, ma al contempo alla committente NDF è accordata la facoltà di recedere in qualunque tempo dal contratto, mediante preavviso di trenta giorni.

Nella lettera di NDF datata 18.4.2005 si legge testualmente: *“Con la presente in relazione al contratto di appalto con Voi stipulato in data 29/09/03 e*

⁽⁵⁾ Grassetto nell'originale.

relativo alla nostra mandante C SPA, Vi comuniciamo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, regolare disdetta. Così come previsto dalla citata clausola contrattuale Vi confermiamo che i preavviso di mesi uno avrà decorrenza dalla data del 21/4/05".

La lettura congiunta dei due periodi nei quali si articola la lettera e, in particolare, del secondo convince che la NDF ha inteso avvalersi della facoltà di recedere dal contratto con preavviso di trenta giorni, decorrenti dal 21 aprile 2005. L'intenzione della parte non appare dubbia, né l'utilizzo del termine "disdetta" anziché "recesso" può incidere sulla volontà chiaramente manifestata dalla convenuta.

La domanda *sub* 2 viene, perciò, rigettata.

Con la domanda *sub* 1 si chiede agli arbitri di rideterminare i corrispettivi per le prestazioni eseguite dalla NP. nello stabilimento di _____ da gennaio ad aprile 2005 in misura pari al minimo orario previsto dalle tariffe provinciali.

La convenuta NDF resiste a questa domanda, facendo rilevare che, in base all'art. 5 e all'Allegato D del contratto di appalto, il corrispettivo era stato concordato tra le parti "per riga d'ordine allestito", mentre l'applicazione della tariffa oraria prevista dal CCNL in vigore al momento delle prestazioni si aveva soltanto per i lavori fuori contratto richiesti dal committente, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 5 del contratto di appalto. Il corrispettivo per riga d'ordine era stato poi variato mediante lettera del 21/06/04 (doc. 3 fasc. NDF), con effetto dal 1° luglio 2004 sino al 31 dicembre 2004.

Le parti hanno spiegato che, per calcolare il corrispettivo dell'appalto, occorre far riferimento alle righe degli ordini contenuti nei documenti di consegna: ogni riga del documento di consegna indicava il numero di unità del medesimo prodotto che, nell'attività di allestimento degli ordini (in linguaggio anglosassone denominata "picking"), dovevano essere prelevati dallo scaffale di magazzino e introdotta nella scatola da inviare al cliente.

Le attività costituenti l'oggetto dell'appalto si trovano definite nell'art. 2 e nell'Allegato A del contratto e sono riassumibili in un servizio di gestione di cicli logistici, consistenti in una o più delle attività quali definite dal combinato disposto delle clausole contrattuali suddette e così, giusta la dizione letterale dell'Allegato A (da integrare, peraltro, con l'art. 2 del contratto): "ricevimento, scarico e controllo della merce in arrivo; allocazione a scaffale dei prodotti ricevuti; prelievo della merce, allestimento degli ordini e relativa spunta di riscontro; imballo, termatura/reggiatura, pesatura, etichettatura dei colli allestiti; affidamento ai vettori della merce in partenza; verifica e riscontro periodico delle giacenze; pulizia delle zone operative identificate nella planimetria allegata e del piazzale prospiciente le ribalte di carico/scarico di competenza".

Il luogo di esecuzione dell'appalto si trovava nello stabilimento di _____, via _____, negli spazi evidenziati in apposita planimetria (art. 4 e Allegato C del contratto).

Secondo parte attrice, il corrispettivo originariamente concordato dai contraenti era stato, o comunque doveva intendersi, consensualmente variato, perché le prestazioni poc'anzi ricordate non potevano che essere corrisposte ad ore e in tal senso si accordarono le parti, tanto che il pagamento, seppure in parte, avvenne secondo queste modalità.

Parte convenuta ha recisamente contestato la circostanza, né il legale rappresentante della NDF ha reso dichiarazioni confessorie in sede di interrogatorio formale.

Nella memoria istruttoria del 27.7.2006 parte attrice ha dedotto due capitoli di prova, *sub* 1 e 2, volti a dimostrare che, fin dall'inizio del mese di ottobre 2003 le parti convennero che il pagamento delle prestazioni per cui è causa avvenisse ad ore e, precisamente, in base alle tariffe provinciali in vigore e che, in relazione alle fatture dei primi cinque mesi del 2005, un dipendente di NDF avrebbe richiesto l'emissione di fatture di importo ridotto, assicurando che, successivamente, sarebbe seguito il saldo integrale delle prestazioni conteggiate a ore.

Parte convenuta si è opposta all'ammissione di questi capitoli di prova testimoniale, eccependone l'inammissibilità.

L'art. 12 del contratto di appalto prevede che “*modifiche, integrazioni e costituzioni di nuovi patti potranno essere inseriti nel presente accordo con il semplice scambio di lettere raccomandate R.R. seguite dalle relative accettazioni e faranno parte integrante del presente contratto*”.

Si tratta, con tutta evidenza, di un patto sulla forma convenzionale, il quale fa sì che ogni modifica del contratto debba essere stipulata per iscritto a pena di invalidità, ai sensi dell'art. 1352 c.c., alla cui stregua si presume che le parti abbiano voluto la forma *ad substantiam actus*.

Costituisce insegnamento costante della Suprema Corte che “*la convenzione sulla forma scritta ad substantiam da adottare per un futuro contratto deve rivestire, ai sensi dell'art. 1352 c.c., la forma scritta e pertanto lo scioglimento della medesima per mutuo consenso (o la rinunzia bilaterale alla forma convenzionale) può avvenire solo per iscritto e non verbalmente o tacitamente; ne consegue che la clausola contrattuale, redatta per iscritto, la quale preveda l'adozione della forma scritta ad substantiam per regolamentare future vicende del contratto, non può essere revocata verbalmente o tacitamente dalle parti stesse*” (Cass. 14 aprile 2000, n. 4861).

Le prove testimoniali dedotte dall'attrice e aventi ad oggetto l'accordo sulle modifiche contrattuali risultano, pertanto, vietate dall'art. 2725 c.c.,

che non consente di assumere testimoni quando la legge o le parti abbiano previsto la forma scritta del contratto, indifferentemente *ad substantiam seu ad probationem tantum*: la prova per testimoni è ammessa soltanto allorché la parte contraente dimostri di aver perduto senza colpa il documento che gli forniva la prova (art. 2724, n. 3, c.c.), ma qui l'attrice non ha dedotto circostanze di tal fatta.

Vi è un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui “*le parti, che abbiano convenuto l'adozione della forma scritta per un determinato atto, possono, nella loro autonomia negoziale, rinunciare successivamente al detto requisito formale e tale rinuncia ben può derivare da atti diversi dallo scritto e, in particolare, da comportamenti concludenti incompatibili con la volontà di mantenere in vita il vincolo di forma convenzionale precedentemente pattuito, conseguendone, in tal caso, l'inapplicabilità della limitazione della prova per testimoni stabilita dall'art. 2725 c.c.*” (Cass. 22 gennaio 1988, n. 499; Cass. 9 febbraio 1982, n. 766; Cass. 5 ottobre 2000, n. 13277).

Nel caso di specie, tuttavia, non emergono atti inconciliabili con la volontà delle parti di revocare o modificare *per facta concludentia* il patto sulla forma convenzionale.

Invero, il pagamento delle fatture emesse dall'attrice non è di per sé significativo: in generale, le fatture possiedono un carattere meramente ricognitivo e, come suole affermare la giurisprudenza, sono atti giuridici a contenuto meramente contabile e “partecipativo”, privi come tali di valore negoziale; nel caso di specie, le fatture provengono dalla parte stessa che intende giovarsene e hanno un contenuto intrinsecamente ambiguo, poiché si trovano associati, in unico contesto, criterî di tariffazione oraria con criterî di calcolo del corrispettivo per righe d'ordine (si veda, a titolo meramente esemplificativo, la fattura n. 19 del 31/01/2005, prodotta nel fascicolo di parte attrice). Sicché, l'avvenuto pagamento delle fatture da parte della convenuta, considerato il valore estrinseco ed intrinseco delle stesse, costituisce un comportamento assolutamente inidoneo a manifestare con chiarezza la volontà negoziale di NDF di modificare, *per facta concludentia*, il patto scritto sulla forma convenzionale fissato nell'art. 12 del contratto di appalto.

Né maggiore significato riveste il pagamento da parte di NDF della somma di Euro 37.500,00, non essendo riconducibile a tale atto alcun preciso valore negoziale nel senso dell'abolizione e del superamento, per comportamento concludente, del patto sulla forma convenzionale delle modifiche contrattuali.

L'inammissibilità della prova testimoniale sui capp. 1 e 2 di parte attrice determina l'irrilevanza del cap. 4, che verte sul *quantum* della pretesa di

parte attrice, mentre il cap. 3 è assorbito dalla declaratoria di inammissibilità della domanda di risarcimento dei danni per concorrenza sleale.

La domanda *sub* 1 va, dunque, rigettata, non essendoci prova che le parti abbiano concordato di modificare il criterio di determinazione del corrispettivo stabilito nel contratto e risultando inammissibili le prove testimoniali dedotte dall'attrice, poiché vietate alla stregua del patto sulla forma convenzionale contenuto nell'art. 12 del contratto di appalto.

Le spese di lite e di funzionamento dell'arbitrato seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

Ciò premesso, il Collegio Arbitrale, riunito il 31 gennaio 2007 in conferenza personale presso la sede dell'arbitrato, in _____, definitivamente decidendo, in via di arbitramento irritale, sulle domande proposte dalla NP. Sc a r.l. contro NDF S.r.l., con atto introduttivo e di nomina di arbitro notificato il 21 novembre 2005, all'unanimità ha deliberato il seguente

Dispositivo del lodo

Ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione disattesa e respinta,
– dichiara inammissibile la domanda di accertamento di atti di concorrenza sleale da parte della convenuta, per difetto di competenza degli arbitri;

– rigetta le restanti domande, poiché infondate;
– pone a carico dell'attrice NP a r.l. le spese di parte convenuta, liquidate in euro 347,00 per spese borsuali ed euro 15.000,00 per diritti e onorari, ivi incluso il rimborso forfetario spese generali, oltre IVA e CPA come per legge;

– liquida le spese di funzionamento del collegio arbitrale come da separata ordinanza e, fermo il vincolo di solidarietà delle parti verso gli arbitri, pone tali spese interamente a carico di parte attrice, con facoltà, pertanto, per la convenuta di ottenere in via di regresso l'intero importo eventualmente anticipato al Collegio arbitrale.

Così deliberato dagli arbitri in Milano, in data 31 gennaio 2007, e sottoscritto in 3 esemplari originali dai medesimi nei luoghi e nelle date in appresso indicate.

Avv. AT

Avv. AF

Avv. RD

4. NOTA A LODO (ARBITRATO IRRITUALE) PRONUNCIATO DA COLLEGIO ARBITRALE IN MILANO IN DATA 31 GENNAIO 2007

Il lodo pronunciato all'esito di un procedimento per arbitrato irrituale, radicato con "atto di proposizione di domande in sede arbitrale e contestuale nomina di arbitro", notificato in data 21.11.2005, trae origine da una clausola compromissoria inserita nell'ambito di un contratto di appalto sottoscritto in data 29.9.2003, di cui la società attrice (appaltatore) lamenta l'inadempimento per fatto e colpa esclusivi della società convenuta (committente) sotto diversi profili, e richiede, per l'effetto, il risarcimento dei danni asseritamente subiti a causa dell'illegittimo comportamento dell'attrice medesima, a cui viene, altresì, contestato il compimento di atti di concorrenza sleale.

La sopra riportata decisione suscita, a mio avviso, interesse per tre distinte tematiche, che ivi sono state affrontate e risolte dal Collegio e, segnatamente: a) la ricomprensione, o meno, di una domanda di risarcimento danni per concorrenza sleale nella *potestas iudicandi* degli arbitri; b) la qualificazione della questione sollevata al precedente punto a) in termini di giurisdizione, competenza o, piuttosto, in termini di questione preliminare attinente al merito della controversia; c) la sussistenza, o meno, di un termine decadenziale entro il quale poter sollevare, nel corso di un giudizio per arbitrato irrituale, l'eccezione di cui al punto a).

Relativamente ai primi due aspetti, il Collegio, sulla scorta del disposto normativo di cui all'art. 2598, n.3, cod. civ., ha concluso nel senso di escludere la proponibilità della domanda volta ad accertare e dichiarare la responsabilità correlata al compimento di atti di concorrenza sleale, avendo l'azione *de qua* natura *extra* contrattuale, dal momento che il giudizio arbitrale è finalizzato in via esclusiva a dirimere le sole controversie vertenti sull'interpretazione e sull'esecuzione di obbligazioni contrattuali.

Siffatta conclusione, anche sulla scorta del tenore letterale della clausola arbitrale inserita nel contratto di appalto per cui è vertenza, appare certamente condivisibile, nonché in linea con gli indirizzi

dottrinario-giurisprudenziali più accreditati nella soggetta materia, sia per quel che concerne il profilo della qualificazione del compimento di atti di concorrenza sleale in termini di illecito extracontrattuale, sia sotto il profilo della qualificazione della pronuncia con la quale gli arbitri hanno dichiarato la loro estraneità a decidere la controversia *ex art. 2598, n.3, cod. civ.* in termini di improponibilità della relativa domanda.

Quanto al primo aspetto, costituisce principio pacifico tanto in dottrina (cfr. Franceschelli, *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.* 1956, I, p. 66; Bonasi Benucci, *Atto illecito e concorrenza sleale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1967, p. 588; Cevolini, *Alcune osservazioni sui presupposti "necessari e sufficienti" della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.* 2001, 2, 100; Bianchi, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.* 2007, 7-8, 1616), quanto in giurisprudenza (cfr. in termini, *ex multis*, Cass. 2501/1992; App. Trieste 4.1.2001; Trib. Napoli 19.5.2004; Trib. Napoli 21.5.2004; Trib. Bari 11.7.2008 n. 1739) che le fattispecie ricomprese nel disposto normativo di cui all'art. 2598 cod. civ. rientrano nel novero degli illeciti aquiliani.

Segnatamente, le norme sulla concorrenza sleale di cui all'art. 2598 e seguenti cod. civ. rappresentano "un'applicazione specifica del dovere generico di non cagionare danni ingiusti ad altri (art. 2043 cod. civ.)"; di talché, "la violazione delle stesse comporta responsabilità extracontrattuale a carico del colpevole" (cfr. Cass. 2501/1992 cit., edita in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 2).

Per quel che concerne, invece, la questione dell'estraneità della domanda dalla *potestas indicandi* del collegio arbitrale, si è assistito, nel tempo, ad un'evoluzione significativa in punto di qualificazione sistematica.

Difatti, mentre in passato la problematica *ut supra* veniva per lo più qualificata sia in dottrina (cfr. De Santis, *In tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, in *Foro it.* 2000, nota a Cass. 1079/1999; Bove, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 403; Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale*, Torino 2002, 134), che in giurisprudenza (cfr., *inter alia*, Cass., Sez. Un., 5922/1983; Cass. 1079/1999 cit.; Cass. 16056/2000; Cass. 11218/2000), in termini di (sussistenza o difetto di) giurisdizione o di (in)competenza, a partire dagli anni 2000-2001 si è assistito ad un significativo *revirement* (cfr., *ex multis*, in giurisprudenza Cass. 10925/2001; Cass., Sez. Un., 9289/2002; Cass., Sez. Un., 16044/2002; Cass., Sez. Un., 14205/2005; Cass. 11857/2006; Cass. 12684/2007; Cass. 7525/2007; Cass. 8531/2008; Trib. Milano 28.3.2003; ed in dottrina cfr. Fazzalari, *Una*

svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato, in RA 2000, 699; Canale, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*, in Giur. it. 2001, 1107; Consolo, Ruffini, Marinelli, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*, in CG 2001, 1, 51), i quali hanno ritenuto che il profilo attiene piuttosto al merito della controversia, trattandosi di eccezione preliminare che sfocia in un giudizio di improponibilità della domanda. Configurazione, quest'ultima, riferibile tanto all'arbitrato rituale, quanto all'arbitrato irrituale, in ragione della concezione della natura negoziale del giudizio arbitrale consolidate sulla base dell'identica funzione svolta dalle predette due forme, entrambe alternative – e non meramente sostitutive – della funzione dei giudici statali.

Quanto, appunto, hanno delibato gli arbitri del collegio milanese, nella fattispecie sottoposta al loro esame, i quali hanno respinto la domanda, svolta dall'attrice, di condanna della società convenuta al risarcimento del danno correlato ad un'asserita attività di concorrenza sleale, altrettanto asseritamente posta in essere da quest'ultima, dichiarando la stessa domanda improponibile.

Sulla questione deve essere segnalata la recente riforma introdotta dal D. Lgs. 2 Febbraio 2006 n. 40 – applicabile ai procedimenti arbitrali instaurati successivamente al 2 Marzo 2006 e che, quindi, esula dalla fattispecie all'origine della presente controversia –, che si è occupata nello specifico della regolamentazione dell'eccezione di patto compromissorio.

Alla luce del combinato disposto di cui ai rinnovati artt. 817 ed 819 – *ter* c.p.c., rispettivamente rubricati “Eccezione d'incompetenza” e “Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria” – il quale ultimo sancisce espressamente l'impugnabilità, mediante regolamento di competenza, della sentenza con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione ad una convenzione di arbitrato, e stabilisce, altrettanto chiaramente, che l'eccezione di incompetenza deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta – l'eccezione di compromesso afferisce non già (*rectius*: non più) ad una questione di merito, bensì ad una questione di rito, equiparabile ad una pronuncia sulla competenza che, in quanto tale, è assoggettabile alla disciplina propria dell'eccezione di incompetenza per territorio ex art. 38, 2° comma, c.p.c.

Principio, questo, operante sia con riguardo all'arbitrato rituale, che con riguardo all'arbitrato irrituale (cfr. sul punto Sassani, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in Riv. arb. 2007, 1, 34; Consolo, Luiso, *Codice di procedura civile commentato*, 2007, *sub* art. 808 – *ter*).

Si è, così, colmata una lacuna del regime previgente che ha condotto al

superamento del più recente orientamento della giurisprudenza e della dottrina nella soggetta materia – cui ci si è riferiti poc’anzi ed applicato dal lodo in commento – le quali, come sopra ricordato, qualificavano la questione in oggetto come attinente al merito.

A margine della riforma che ha fugato ogni dubbio sulla *vexata quaestio* in ordine alla natura ed alla disciplina applicabile all’*exceptio compromissi*, va, però, rilevato come la soluzione adottata risulti forzata, laddove il legislatore pare essersi ancorato più al *nomen juris* ed alla rubrica dell’art. 817 c.p.c., che alla reale ed effettiva natura dell’istituto in commento. Difatti, definendo la questione in termini di ripartizione della competenza, finisce con il porre sullo stesso piano i giudici dello stato, espressione dell’ordinamento giudiziario, e gli arbitri, soggetti privati nominati dalle parti, senza tenere nell’adeguata considerazione il diverso fondamento del potere loro attribuito, nell’un caso autorità propria, nell’altro la volontà delle parti di deferire loro la risoluzione della controversia tra di esse insorta.

Per quel che concerne, infine, la questione della sussistenza, o meno, di un termine decadenziale entro il quale poter sollevare, nel corso di un giudizio arbitrale, l’eccezione di carenza di *potestas iudicandi* in capo agli arbitri, mentre prima della riforma dianzi menzionata l’orientamento prevalente era nel senso che tale eccezione potesse essere liberamente sollevata nel corso del procedimento, come correttamente statuito dal Collegio Giudicante nel lodo qui all’esame, dopo l’entrata in vigore del decreto legislativo n.40/2006 ed a seguito dell’introduzione del comma 2° dell’art. 817 c.p.c. – che testualmente recita: “La parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all’accettazione degli arbitri l’incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato.....” – si è giunti ad una conclusione diversa.

Segnatamente la sopra riferita nuova disposizione ha inequivocabilmente introdotto un termine (prima difesa successiva all’accettazione degli arbitri) entro il quale il convenuto può e deve, a pena di decadenza, eccepire il difetto di *potestas iudicandi* in capo agli arbitri (cfr. in dottrina Consolo, Luiso, *Codice di procedura civile commentato*, 2007, sub art. 817).

Da ultimo e per completezza di esposizione si segnala che, a norma del disposto del riformato art. 819 – *ter*, 1° comma, c.p.c., l’eccezione volta, invece, a far valere la carenza di *potestas iudicandi* in capo al G.O. in ragione della convenzione di arbitrato, deve oggi essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta.

5. LODO PRONUNCIATO DA COLLEGIO ARBITRALE IN MILANO IN DATA 20 DICEMBRE 2007

Il Collegio Arbitrale

costituito da

avv. - Presidente -
avv. - Arbitro -
avv. - Arbitro -

nel procedimento arbitrale promosso

da

il signor GN residente a _____, C.F. _____,
rappresentato e difeso dagli avv.ti _____ del Foro di
Milano, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv.
_____, Via _____

- attore -

contro

la società L S.r.l., con sede legale in _____, C.F. e P.IVA
_____, in persona del Presidente, _____,
rappresentata e difesa dall'avv. _____, presso il cui studio è
elettivamente domiciliata in _____

- convenuta -

ha pronunciato e sottoscritto, in conferenza personale, il seguente

LODO

1. - La società L. (nel seguito, “L” o la “Società”) fu costituita in data

16 aprile 2003 (cfr. doc. 11 L, con allegato atto costitutivo) dai soci fondatori sigg.ri G N (nel seguito, “N”) e C F, a cui vennero intestate, in via fiduciaria, anche le quote di competenza dei sigg.ri D L (nel seguito, “L”) e C R (nel seguito, “R”), in attesa che questi ultimi si liberassero dagli obblighi di non concorrenza assunti nei confronti del Centro Comune di Ricerca (CCR) della Commissione Europea (cfr. doc. 14 L) e conseguenti ai rispettivi rapporti di lavoro subordinato (quanto a L) e di consulenza (quanto a R).

Il successivo 1° agosto 2003 (cfr. doc. 13 L), L iniziò a svolgere la propria attività consistente nell’effettuazione di servizi di monitoraggio delle deformazioni di strutture e dei pericoli naturali, nonché nell’erogazione di servizi ingegneristici (cfr. ancora doc. 3 L).

In particolare, a quanto risulta dalla memoria L del 20 novembre 2006 (cfr. pagg. 2-5), la Società fu costituita in attuazione del progetto “European Center for Innovation and Spin-off” (“EICS”) ideato dal centro ricerche della Commissione Europea di Ispira (“JRC”). Detto progetto prevedeva la creazione di un’unità operativa con sede presso il JRC, finalizzata ad individuare le tecnologie più promettenti da trasferire, mediante contratti di licenza, ad aziende già esistenti, ovvero ad aziende di nuova costituzione gestite e partecipate dagli stessi ricercatori, le cd. *spin-off* (cfr. anche docc. 1-4 e 17 L, nonché doc. 8 L contenente la “domanda di ammissione al bando della Provincia di Milano per il sostegno alla creazione di nuove imprese innovative e concorso per le migliori idee”, da cui risulta che l’attività operativa di L avrebbe imposto l’assunzione di quattro figure fra cui un tecnico/geologo individuato nel sig. P F, un *Field Engineer* individuato in L - già ricercatore CNR -, un *Post Processing Engineer* individuato in N - anch’egli già ricercatore CNR - e, infine, un *Commercial, Financial, Administrative Manager*, successivamente individuato in R).

2. - All’atto della costituzione della Società, vennero nominati componenti del consiglio di amministrazione i dott.ri N, con la carica di Presidente, e F (cfr. ancora doc. 11 L).

Successivamente, a seguito delle dimissioni rassegnate dallo stesso dott. Farina dalla carica di consigliere con raccomandata a.r. in data 14 giugno 2003, l’assemblea dei soci di L, tenutasi in sede ordinaria in data 20 giugno 2003, deliberò la nomina dei consiglieri L e R, riconfermando, al contempo, N quale Presidente del Consiglio di Amministrazione della Società (cfr. doc. 15 L).

Le dimissioni del dott. F fecero seguito alla cessione dell’intera sua partecipazione nella Società ai sigg.ri L e R con atto in data 12 giugno 2003, nell’ambito del quale anche N retrocesse le quote fiduciarmente

detenute per conto di R, sicché, all'esito dei predetti trasferimenti, il capitale sociale risultò ripartito fra (ed è tuttora detenuto da) N, L e R nella misura rispettivamente pari, i primi due, al 33,33% ed il terzo al 33,34% (cfr. docc. 15 e 16 L e atto di nomina di arbitro N, pag. 2).

3. - Quanto agli emolumenti percepiti dai suddetti consiglieri nel corso dell'esercizio 2003, N ha riferito dell'avvenuto versamento a favore del Presidente di un emolumento pari a euro 15.000,00 e a ciascun consigliere di un diverso emolumento pari a euro 5.000,00 (cfr. atto nom. arb. N pag. 2, par. 3). Dal canto suo, L ha prodotto sub docc. 20, 21 i Modelli CUD 2004 di N e L in cui erano esposti redditi pari a euro 15.000,00 percepiti da ciascuno di essi a fronte di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa nel periodo 1 aprile 2003 – 31 dicembre 2003. Quanto, invece, a R, L ha prodotto sub doc. 22 la fattura n. 8 emessa nei confronti di L in data 23 dicembre 2003 in cui era esposto un credito imponibile di euro 15.000,00 per “*Emolumento Amministratore L relativo all'anno 2003*”. I compensi relativi all'esercizio 2003 risultavano, infine, confermati dalla deliberazione dei soci in data 7 luglio 2003 (cfr. doc. 53 L).

4. - Nel corso del successivo esercizio 2004, come risulta dal verbale di assemblea in data 8 gennaio 2004 (cfr. doc. 23 L e doc. 3 N), i soci deliberarono di attribuire a Nico quale Presidente del Consiglio di Amministrazione, un compenso lordo annuo di euro 30.000,00, e di attribuire agli altri consiglieri, L e R, un compenso lordo annuo di euro 5.000,00 ciascuno.

Secondo la prospettazione della convenuta, la diminuzione del compenso attribuito ai consiglieri L e R per l'esercizio 2004 fu dovuta alla contestuale stipulazione di contratti di prestazione d'opera intellettuale aventi ad oggetto l'effettuazione, da parte dei predetti consiglieri, di alcune attività professionali operative e di consulenza da svolgersi a favore della Società, contratti che prevedevano l'attribuzione a favore di L e R di un corrispettivo aggiuntivo complessivamente pari a euro 25.000,00 ciascuno (cfr. fatture prodotte sub docc. 24 e 25 L), sicché, complessivamente, ciascun consigliere percepì il medesimo compenso di euro 30.000,00 (cfr. mem. L 20 novembre 2006, pag. 6, ma cfr. anche doc. 53 L da cui risulta che già in occasione dell'assemblea dei soci del 7 luglio 2003, si deliberò di versare a ciascun consigliere l'importo forfetario di euro 30.000,00 a titolo di emolumento per l'esercizio 2004).

5. - Sempre nel corso dell'esercizio 2004, Nico rassegnò le dimissioni dalla carica di consigliere e di Presidente della Società.

A fronte di ciò, con deliberazione in data 27 maggio 2004 (cfr. docc.

26 L e 4 N) i soci, all'unanimità, (i) ridussero da tre a due i componenti del Consiglio di Amministrazione; (ii) confermarono nella carica i consiglieri L e R, nominando lo stesso Leva quale Presidente della Società; (iii) confermarono l'ammontare dell'emolumento di euro 5.000,00 a favore di ciascun consigliere già deliberato il precedente 8 gennaio 2004 in relazione all'esercizio in corso.

Entrambe le parti hanno confermato che la ragione delle dimissioni di N risiedeva nella volontà di quest'ultimo di riprendere la propria attività di studio e di ricerca presso il CNR, essendo infatti scaduto il periodo di aspettativa concesso all'attore da tale istituto (cfr. atto nom. arb. N pag. 2 e mem. 20 novembre 2006 Lisalab pag. 7). All'atto delle dimissioni, peraltro, la Società versò a favore del consigliere uscente la quota parte dei compensi maturati fino a quel momento pari ad euro 12.500,00 (cfr. doc. 27 L).

Con deliberazione del neo eletto Consiglio di Amministrazione, tenutosi lo stesso 27 maggio 2004 (cfr. doc. 28 L), il Presidente illustrò che *“a seguito della riduzione del numero dei componenti del Consiglio di Amministrazione da 3 a 2, avvenuto con assemblea del 27 maggio 2007, ore 14,00 risult[ava] necessario nominare degli Amministratori Delegati, attribuendo loro i relativi poteri”*, sicché, dopo breve discussione, il Consiglio, all'unanimità deliberò di nominare L e R quali consiglieri delegati, conferendo ai medesimi *“tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, con firma libera e disgiunta”*.

6. - Nel frattempo, cominciarono a delinearsi i primi dissidi fra i soci conseguenti al fatto che, con verbale di assemblea straordinaria in data 18 aprile 2005, venne approvato il nuovo statuto in cui furono inserite alcune disposizioni - fra cui l'art. 7 in tema di intrasferibilità delle quote sociali a terzi, e l'art. 9 contenente un patto di non concorrenza - rispetto alle quali il socio N espresse il proprio dissenso, riservandosi il diritto di agire giudizialmente per la migliore tutela delle proprie ragioni (cfr. atto nom. arb. N pag. 3, par. 5 e doc. 5 N).

Il nuovo Statuto della Società, tra l'altro, contiene all'art. 40 la seguente clausola compromissoria: *“qualunque controversia dovesse insorgere fra i soci ovvero fra i soci e la Società che abbia oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, ad eccezione di quelle nelle quali la legge prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, dovrà essere risolta da un collegio arbitrale, composto di 3 (tre) arbitri nominati dal Presidente del Tribunale del luogo in cui ha sede la Società, il quale dovrà provvedere alla nomina entro 30 giorni dalla richiesta fatta dalla parte più diligente. Nel caso in cui il soggetto designato non vi provveda nel termine previsto, la nomina sarà richiesta, dalla parte più diligente, al Presidente dell'Ordine degli*

Avvocati del Tribunale del luogo in cui la Società ha la sede sociale.

La sede del collegio arbitrale sarà presso il domicilio della società. Il collegio arbitrale dovrà decidere entro 30 giorni dalla nomina.

Il collegio arbitrale – salvo quanto previsto dall'art. 36 del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 – deciderà in via rituale e secondo diritto.

Resta sin d'ora stabilito irrevocabilmente che le risoluzioni e determinazioni del collegio arbitrale saranno vincolanti per le parti. Il collegio arbitrale provvederà anche sulle spese e competenze spettanti allo stesso.

Per quanto non previsto si applicano le disposizioni del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5.

La soppressione della presente clausola compromissoria deve essere approvata con delibera dei soci con la maggioranza di almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzianti possono, entro i successivi 90 giorni, esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 8.

Sono soggette alla disciplina sopra prevista anche le controversie promosse da amministratori, liquidatori, sindaci e revisore ovvero quelle promosse nei loro confronti, che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale” (cfr. ancora doc. 5 N).

7. - Successivamente all'approvazione dello Statuto sociale, i dissidi fra i soci si acuirono e vennero fatti oggetto di verbalizzazione.

In particolare, in occasione dell'assemblea dei soci in data 13 maggio 2005 (cfr. doc. 35 L) chiamata per approvare il bilancio al 31 dicembre 2004, i soci R e L diedero atto di aver dovuto assumere nuovo personale (cfr. anche docc. 29 a 34 L) allo scopo di “*prosequire la normale “attività” aziendale*”, rallentatasi per effetto delle dimissioni di N e per sopperire al sovraccarico di lavoro venutosi a determinare in conseguenza delle dimissioni del predetto consigliere.

In data 18 luglio 2005 si tenne l'assemblea dei soci chiamata per deliberare l'emolumento a favore dei consiglieri e le relative modalità di corresponsione (cfr. doc. 43 L e doc. 7 N). Detta assemblea, regolarmente convocata il precedente 8 luglio 2005 (cfr. doc. 39 L), si tenne alla presenza dei soli L e R ed in assenza di N. Nell'occasione, il Presidente ricordò quanto verbalizzato alla precedente adunanza del 13 maggio 2005 circa il maggior “*impegno da parte delle rimanenti due risorse aziendali i Sigg. L e R al fine di perseguire l'oggetto sociale*”. In particolare, il Presidente evidenziò che: (i) “*gli amministratori L e R si sono adoperati a tempo pieno, supplendo alle carenze di organico, prestando la propria opera unicamente a favore della Società come già ricordato, a tempo pieno, svolgendo anche campagne di misura tanto in Italia quanto all'estero*”; (ii) “*gli amministratori L e R hanno continuato a svolgere quotidianamente la loro attività a favore della Società ricoprendo compiti, mansioni ed*

attività che esulano da quelle tipicamente riconducibili alla carica loro conferita; prestando così a favore della società anche attività tecniche e meramente esecutive, finalizzate alla realizzazione “sul campo” delle singole commesse/campagne di misura”; (iii) “i soci amministratori L e R per il tramite della loro opera svolta a favore della società hanno consentito e tuttora consentono alla stessa di generare ricchezza e garantire utili all’intera compagine societaria” (cfr. ancora doc. 43 L e doc. 7 N).

Con riguardo, poi, all’ammontare dell’emolumento, il Presidente, anche alla luce dei rilievi svolti e, dunque, considerate le mansioni di fatto espletate dai consiglieri, informò di ritenere congruo un emolumento annuo calcolato in misura pari, quantomeno, a quella minima di un lavoratore dipendente inquadrato come dirigente, dando atto, a tale riguardo, di aver richiesto al consulente del lavoro della Società, dott. S, una stima dei costi minimi aziendali per compensi spettanti ai dirigenti, quantificati dal professionista in una somma ricompresa fra euro 70.462,00 (se neodirigente) ed euro 74.785,00 (se dirigente da più di tre anni).

All’esito della discussione, l’assemblea, deliberò di attribuire ai consiglieri delegati un’indennità annua per l’esercizio 2005 pari a euro 60.000,00 (lordi) ciascuno, delegando agli stessi amministratori il compito di stabilire, in sede consigliare, le modalità di versamento dell’emolumento *“in funzione delle disponibilità di cassa a loro disposizione e delle esigenze aziendali”* (cfr. ancora docc. 43 L e 7 N).

La suddetta deliberazione venne impugnata da N con domanda di nomina di arbitro notificata in data 30 novembre 2005 (cfr. doc. 8 N). Detta iniziativa diede avvio ad un arbitrato conclusosi nelle more del presente procedimento con la pronuncia di un lodo la cui copia veniva poi prodotta da N sub doc. 26 unitamente alla memoria istruttoria 16 gennaio 2007.

8. - Nel frattempo, e per quanto interessa il presente procedimento arbitrale, con deliberazioni entrambe in data 27 aprile 2006, i soci di L, da un lato, approvarono, con il voto contrario di N, il bilancio di esercizio al 31 dicembre 2005 (cfr. doc. 44 L e doc. 10 N) e, dall’altro lato, nominarono i membri del Consiglio di Amministrazione, stabilendo il loro emolumento per l’esercizio 2005 (cfr. doc. 46 L e doc. 11 N).

Con riferimento alla prima deliberazione relativa all’approvazione del bilancio, il socio N, *“a giustificazione del voto contrario”*, precisò che *“dalla lettura dello stesso si evince[va] un aumento dei costi totali di produzione di molto superiore all’aumento del valore totale della produzione, inoltre la situazione finanziaria della Società [era] stata compromessa in quanto le disponibilità liquide*

non [apparivano] sufficienti a distribuire l'esiguo utile dell'esercizio 2005". Il socio N denunciò, inoltre, che "gli esorbitanti emolumenti degli amministratori [avevano] comportato una drastica riduzione sia delle disponibilità liquide sia dell'utile", e ciò a tacere del conflitto di interessi degli amministratori L e R, tale da produrre un "danno sia alla Società, sia al socio Nico a causa della cattiva gestione, avendo gli stessi, con il loro esorbitante emolumento, sottratto una quota rilevante di util'" (cfr. ancora doc. 44 L e doc. 10 N).

In considerazione dei rilievi svolti, N espresse voto contrario all'approvazione del progetto di bilancio, riservandosi di promuovere azioni di responsabilità nei confronti dei soci L e R *"in considerazione della grave condotta da loro tenuta"* (cfr. ancora doc. 44 L e doc. 10 N).

Alle suddette contestazioni i soci L e R replicarono respingendo ogni addebito e ribadendo che *"il loro operato [era] sempre stato rivolto alla trasparenza, correttezza e impegno nei confronti della Società e di tutti i suoi soci"*, tant'è che i relativi bilanci mostravano *"una società in costante crescita e con valori di liquidità e di solidità patrimoniale, ma anche risultati economici del tutto soddisfacenti, ottenuti direttamente e quasi esclusivamente dalle attività svolte dai medesimi e per le quali gli stessi ricevevano] una adeguato indennizzo"*. Soggiungevano poi che tale indennizzo, *"comunque non [aveva] causato alcun danno economico né patrimoniale alla Società, essendo il patrimonio della stessa aumentato e il risultato economico positivo"* (cfr. ancora doc. 44 L e doc. 10 N).

Il progetto di bilancio al 31 dicembre 2005 venne, in ogni caso, approvato con il voto contrario del socio N, il quale nell'occasione propose: (i) di utilizzare gli utili portati a nuovo e le quote distribuibili delle riserve per un aumento di capitale superiore a euro 120.000,00; (ii) di istituire un collegio sindacale, al fine di garantire maggiore trasparenza nella gestione sociale ed in considerazione dello stato di conflittualità fra i soci. Proposte rispetto alle quali i soci, all'unanimità, deliberarono di delegare il Consiglio di Amministrazione a convocare un'assemblea *ad hoc* per discutere e decidere in merito alle stesse (cfr. ancora doc. 44 L e doc. 10 N).

Con diversa deliberazione assunta lo stesso 27 aprile 2006, i soci di L deliberarono la conferma dei componenti del Consiglio di Amministrazione per l'esercizio 2006, nonché l'emolumento agli stessi spettante (cfr. doc. 46 L e doc. 11 N).

In particolare, e con riferimento alla nomina dei consiglieri, il Presidente, *"alla luce dei brillanti risultati conseguiti dai consiglieri uscenti"* propose di affidare la gestione della Società nuovamente ai consiglieri L e R.

Per parte sua, il socio N oppose che *"i soci L e R [avevano] un grosso*

conflitto di interesse nel nominare essi stessi amministratori e nell'assegnarsi un emolumento. Questo conflitto di interessi [aveva] portato ad una cattiva gestione della società sia a causa dell'esorbitante emolumento assegnato agli amministratori sia alla creazione di uno stato di conflittualità dovuto alle gravi colpe degli amministratori stessi?. Al fine di incrementare la trasparenza nella gestione della Società e di ridurre *“l'asimmetria di potere alla base dell'attuale stato di conflittualità”*, lo stesso N propose la nomina di un terzo amministratore da affiancare ai primi due (cfr. doc. 46 L e doc. 11 N).

A fronte di siffatta proposta, R osservò che *“la Società [era] sempre stata gestita dai suoi soci e non [era] mai stata ravvisata la necessità di nominare un amministratore esterno. Infatti anche a seguito delle dimissioni del socio Nico dalla carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione l'assemblea dei soci [aveva diminuito] il numero degli amministratori anziché inserire un esterno”*. Rivolta soggiungeva poi che *“un terzo amministratore [avrebbe inciso] comunque sui costi aziendali?”* (cfr. doc. 46 L e doc. 11 N).

All'esito della discussione, i soci, stante il voto contrario di L e R, deliberarono di non provvedere alla nomina del terzo amministratore, mentre, con riferimento alla nomina dei nuovi consiglieri, con il voto favorevole dei soci L e R ed il voto contrario di N, vennero riconfermati nella carica gli attuali componenti del Consiglio di Amministrazione con la riconferma di L nella carica di Presidente.

Passando alla trattazione del punto all'ordine del giorno riguardante la determinazione dell'emolumento agli amministratori per l'esercizio 2006, il socio N, dopo aver rilevato che *“l'emolumento proposto [appariva] esorbitante rispetto ai dati di bilancio della Società”*, propose un *“emolumento per gli amministratori costituito da una parte fissa pari a Euro 5.000 e una parte variabile pari al 5% dell'utile netto dell'esercizio precedente”*. Proposta non approvata, stante il voto contrario dei soci L e R (cfr. ancora doc. 46 L e doc. 11 N).

Viceversa, con il voto favorevole di L e R, venne deliberato di attribuire a ciascun consigliere un emolumento pari ad euro 60.000,00 (cfr. doc. 46 L e doc. 11 N).

In occasione della successiva adunanza del Consiglio di Amministrazione tenutasi in data 9 giugno 2006 (cfr. doc. 47 L), ai consiglieri L e R vennero conferite alcune deleghe espressamente individuate nel relativo verbale, attinenti sia alla gestione di carattere amministrativo, finanziario e commerciale della Società (quanto al consigliere R), sia alla gestione di carattere più propriamente tecnico ed organizzativo della Società in relazione ai servizi prestati (quanto a L).

Infine, in occasione della successiva adunanza del 3 luglio 2006, i consiglieri determinarono le modalità di corresponsione dell'emolumento

annuale già deciso in loro favore, stabilendo di procedere, entro la fine di luglio 2006, all'erogazione del 50% della predetta annualità lorda e, entro la fine di dicembre 2006, all'erogazione della restante metà (cfr. doc. 48 L).

9. – In considerazione delle deliberazioni assunte dai soci in data 27 aprile 2006 ed allo scopo di impedire l'erogazione degli emolumenti ai consiglieri, con “*Domanda di arbitrato con istanza di sospensione*” notificata a L ed al Registro delle Imprese presso la Camera di Commercio di Milano in data 24 luglio 2006, Nico impugnava entrambe le deliberazioni di approvazione del bilancio al 31 dicembre 2005 e di determinazione del compenso agli amministratori (quantificato, come detto, nella somma di euro 60.000,00 annui per ciascun consigliere) in quanto, a suo dire, palesemente illegittime, oltre che viziate da conflitto di interessi, nonché da eccesso e/o abuso di potere.

In particolare, nell'ambito di tale atto, N illustrava le ragioni del dissidio insorto fra i soci deducendo che esso scaturiva dalle sue dimissioni dalla carica di Presidente rassegnate in occasione dell'assemblea dei soci del 27 maggio 2004, dimissioni che avrebbero provocato, secondo l'attore, il conseguente mutamento dell'atteggiamento dei soci L e R determinati “*ad acquisire il controllo totale e la gestione incondizionata della Società*” e ad estromettere lo stesso N.

Secondo la prospettazione attorea, il denunciato vizio delle deliberazioni impuginate risiedeva nella deviazione dagli scopi sociali, posto che, attraverso di esse, i soci di maggioranza avrebbero illegittimamente inteso perseguire un interesse personale, unicamente finalizzato a ledere i diritti patrimoniali del socio di minoranza ormai cessato dalla carica e, quindi, del tutto estromesso dalla gestione sociale in conseguenza della ripresa del suo rapporto con il CNR (cfr. domanda arb. pag. 5).

Quanto al conflitto di interessi ed all'eccesso e/o abuso di potere, tale da inficiare le deliberazioni impuginate, N lamentava che queste ultime erano state adottate con il solo voto favorevole di L e R, ovverosia da quegli stessi membri del Consiglio di Amministrazione che apparivano, per un verso, “*interessati all'approvazione del bilancio 2005, i cui deleteri risultati [erano] ad essi stessi imputabili in via esclusiva; per l'altro, destinatari degli effetti (più che favorevoli) derivanti dall'abnorme attribuzione di uno sproporzionato ed eccessivo compenso*” (cfr. domanda arb. pagg. 5-6).

Ad ulteriore conferma delle sue tesi, inoltre, N rilevava che “*i soci L e R, coerentemente con il proprio disegno di deprimere contabilmente l'utile (avendolo in precedenza conseguito sotto forma di compenso per l'attività gestionale) e di impedirne la percezione, in qualsiasi entità, da parte del deducente, deliberavano altresì di*

destinare quello prodotto nell'esercizio in parola [rectius: quello del 2005], in parte a riserva legale, in parte a riserva statutaria, in parte ad utili portati a nuovo, in tal modo impedendone la distribuzione". Osservava, inoltre, che le medesime considerazioni avrebbero confermato la pari illegittimità dell'ulteriore deliberazione impugnata e relativa alla determinazione e alle modalità di liquidazione - "*affidate alla piena discrezionalità degli amministratori stessi in sede di CdA*" - dell'emolumento, attesa l'evidente esorbitanza di quest'ultimo rispetto alle dimensioni della Società, alla natura e all'entità degli apporti a disposizione della stessa, alle mansioni in concreto espletate dai consiglieri, all'utile realizzato e alla situazione patrimoniale della Società (cfr. domanda arb. pagg. 7-8).

N dichiarava, quindi, di voler agire in arbitrato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 40 dello Statuto, al fine di voler sottoporre al nominando Collegio Arbitrale le seguenti conclusioni: "*Voglia il costituendo Collegio Arbitrale dichiarare nulla, ovvero annullare, nelle parti indicate e per i motivi sopra illustrati, le due deliberazioni dell'assemblea dei soci adottate dalla SRL L in data 27 aprile 2006, condannando la medesima società (salva la responsabilità dei soci deliberanti, da far valere in separato giudizio) al pagamento delle spese, dei compensi e degli accessori afferenti tutte le fasi del presente giudizio.*

Ai sensi degli artt. 2378, 3° e 4° comma c.c. e 35, 5° comma D.Lvo 5/2003, si chiede sin d'ora sospendersi l'esecuzione e/o l'efficacia della deliberazione impugnata, atteso che la richiamata clausola compromissoria riveste efficacia omnicomprensiva di qualsiasi controversia, ovviamente comprese quelle avente ad oggetto la validità di delibere assembleari".

Con riguardo alla istanza di sospensione dell'efficacia delle deliberazioni impugnate, N deduceva la ricorrenza, nella fattispecie, dei "*gravi motivi [...] in rapporto sia al fumus boni juris [...] che al periculum in mora, considerata la grave natura dei pregiudizi e degli effetti [...] che l'eventuale perdurante efficacia delle deliberazioni de qua potrebbe determinare sulla situazione economico-finanziaria della SRL L e sui diritti del N*". Soggiungeva l'attore che "*ove non fosse disposta la sospensione delle ripetute delibere - gli amministratori L e R ben [avrebbero potuto] eseguire il prelievo dalle casse sociali (così come [fecero] per il compenso afferente l'esercizio 2005, riscosso nel corso del [diverso] giudizio arbitrale, prima che il Collegio potesse delibare l'istanza di inibitoria proposta dal deducente ...) anche dell'indennità afferente l'esercizio in corso, in tal modo sottraendo alla società l'ulteriore considerevole importo di € 120.000,00 con effetti difficilmente reversibili*" (cfr. domanda arb. pag. 10).

Infine, N preannunciava che, con separato atto, avrebbe adito il Presidente del Tribunale di Milano affinché provvedesse alla nomina del Collegio ai sensi del richiamato art. 40 dello Statuto sociale.

10. – Con atto depositato in data 25 luglio 2006, N ricorreva al Presidente del Tribunale di Milano, al fine di designare il Collegio arbitrale.

Con provvedimento reso il successivo 12 settembre 2006, Il presidente del Tribunale delegava per la decisione il Presidente dell'VIII sez. civile, dott. Ciampi, il quale, con ordinanza in data 20 settembre 2006, designava quali arbitri della procedura gli avv.ti AT, FP e AM, quest'ultimo con funzioni di Presidente.

Il predetto atto e pedissequo provvedimento veniva quindi notificato agli arbitri in data 3 ottobre 2006.

11. – Il 30 ottobre 2006, alla presenza dei difensori delle parti, nonché delle parti personalmente, si costituiva il Collegio Arbitrale, il quale, a parziale modifica della clausola compromissoria, con il consenso delle parti presenti personalmente, fissava la propria sede in Milano, Via _____, presso lo studio dell'avv. AM.

Sempre a parziale modifica della clausola compromissoria, inoltre, le parti assegnavano al Collegio per la pronuncia del lodo, ai sensi dell'art. 820 cod. proc. civ., il termine di 90 (novanta) giorni decorrenti dalla discussione finale della causa ovvero, in mancanza, dal termine previsto per il deposito dell'ultimo scritto difensivo, ferma in ogni caso la sospensione feriale dei termini ex art. 1 L. 7 ottobre 1969 n. 742.

Il difensore di L depositava comparsa di costituzione e risposta recante la procura a margine, nonché il proprio fascicolo contenente copia della domanda di arbitrato notificata da N. Nell'ambito di tale atto, L si limitava a contestare in fatto e in diritto le domande attoree e chiedeva al Collegio di voler *“accertare e dichiarare la legittimità delle delibere assembleari del 27 aprile 2006; rigettare le domande tutte ex adverso formulate, ivi comprese le istanze di sospensione formulate dal ricorrente; pronunciare ogni altra declaratoria, statuizione e provvidenza del caso; col favore delle spese, diritti ed onorari, comprese quelle del Collegio Arbitrale”*.

Il Collegio disponeva lo scambio diretto, anche a mezzo telefax o posta elettronica, fra le parti degli atti di difesa e dei documenti, nonché il deposito degli stessi in un originale e una copia presso la sede dell'arbitrato e un'ulteriore copia, anche a mezzo telefax o posta elettronica, agli arbitri P e T entro le ore 19 del termine di scadenza.

Il Collegio, dato atto dell'istanza di sospensione formulata da parte attrice, assegnava ad entrambe le parti termine fino al 20 novembre 2006 per il deposito di memorie integrative delle rispettive difese e fissava, quindi, l'udienza del 29 novembre 2006 per la discussione sull'istanza di sospensione, invitando le parti a comparire personalmente ai fini dell'eventuale interrogatorio libero.

Entrambe le parti depositavano e scambiavano le rispettive memorie difensive e producevano nuovi documenti nel termine assegnato.

In particolare, nella prima memoria del 20 novembre 2006, Nico denunciava, nel merito, atteggiamenti ostruzionistici da parte di L e R, tali di fatto da impedire all'attore di eseguire l'ispezione documentale degli atti sociali. A sostegno dei propri assunti, N produceva in giudizio sub docc. 17-25, la corrispondenza intercorsa fra le parti attestante le ripetute richieste di presa in visione dei documenti.

Sempre nel merito, inoltre, l'attore deduceva che *“l'incapacità economica della società di fronteggiare un onere finanziario assolutamente incongruo rispetto ai propri dati di bilancio”* avrebbe trovato conferma: (i) nel verbale del Consiglio di Amministrazione in data 3 luglio 2006 (cfr. doc. 23 N e doc. 48 L), in cui, come già detto, i consiglieri avevano deliberato di erogare l'emolumento stabilito a loro favore, per metà, entro la fine del mese di luglio 2006, e per la restante metà, entro la fine del successivo mese di dicembre; (ii) nella lettera L in data 16 novembre 2006 (cfr. doc. 25 N), da cui risultava che la predetta deliberazione del Consiglio di Amministrazione era stata eseguita per complessivi euro 39.934,46; (iii) nella lettera L del 14 novembre 2006 (cfr. doc. 22 N) in cui si dava atto di una liquidità della Società (*“Cassa e Banche”*) di euro 11.123,01, importo quest'ultimo che avrebbe confermato, secondo la prospettazione attorea, il costante decremento dei risultati dell'esercizio 2005 rispetto a quello degli esercizi precedenti (da euro 123.039,00 nel 2004, a euro 11.123,01 nel 2005). Ciò in conseguenza dell'attribuzione di un compenso ai consiglieri del tutto incongruo rispetto ai dati dimensionali dell'impresa (cfr. mem. N 20 novembre 2006, pagg. 2-3).

N insisteva, quindi, per l'accoglimento dell'istanza di sospensione dell'efficacia delle deliberazioni impugnate.

Dal canto suo, L, nella prima memoria 20 novembre 2006, delineava compiutamente le proprie difese e opponeva, nel merito, l'insussistenza di qualsivoglia sproporzione dell'emolumento annuale deliberato a favore dei consiglieri rispetto alle dimensioni ed alle capacità patrimoniali e finanziarie della Società.

Circa la congruità del richiamato compenso, L replicava che esso avrebbe dovuto parametrarsi all'entità ed alla natura delle prestazioni svolte in concreto dai consiglieri. Prestazioni incrementatesi nel corso degli anni e, in particolare, successivamente alle dimissioni di N dalla carica di Presidente della Società, circostanza quest'ultima tale da costringere i consiglieri L e R a ridistribuire fra se stessi le mansioni operative precedentemente svolte dallo stesso N (cfr. mem. L pag. 7 e

pagg. 12-14, nonché docc. 28, 35, 37, 38, 40, 43 e 51 L). Inoltre, sempre sul *quantum* dell'emolumento in questione, L escludeva la manifesta sproporzione e/o l'esorbitanza dell'importo tenuto conto che, nell'esercizio 2004, la Società aveva versato a favore dei consiglieri un compenso complessivo pari a euro 90.000,00 (cfr. ancora *supra* par. 4 e docc. 23 e, in particolare, 24-25), mentre nell'esercizio 2006, l'assemblea aveva deliberato un emolumento complessivo pari a euro 120.000,00, con un incremento quindi pari al 18,8% (cfr. mem. pag. 18).

Con riferimento, invece, alla presunta precaria situazione economico-patrimoniale di L causata, secondo la prospettazione attorea, dalla cattiva gestione della Società da parte di L e R e dall'autoliquidazione dei contestati compensi, L opponeva che i risultati conseguiti dalla Società negli anni 2003, 2004 e 2005 evidenziavano, al contrario, *“un importante e crescente rafforzamento della situazione patrimoniale”*, attestato dai seguenti dati: valore della produzione (cresciuto da euro 114.625,00 nel 2003 a euro 298.390,00 nel 2004 e a euro 503.376,00); utile (pari a euro 25.912,00 nel 2003; 102.221,00 nel 2004; 18.269,00 nel 2005); utile ante imposte (pari a euro 42.641,00 nel 2003; 165.006,00 nel 2004; 42.020,00 nel 2005); totale dell'attivo (cresciuto da euro 123.226,00 nel 2003 a euro 392.826,00 nel 2004 e a euro 600.624,00 nel 2005); infine, patrimonio netto (cresciuto da euro 70.912,00 nel 2003 a euro 173.134,00 nel 2004 e a euro 266.402,00 nel 2005).

In particolare, L rilevava che il risultato di esercizio chiuso al 31 dicembre 2005 avrebbe *“evidenziato la solidità patrimoniale della Società, nonché risultati economici e valori di liquidità del tutto soddisfacenti, tenuto conto della struttura dei costi societari e dei tempi di incasso dei crediti”* (cfr. mem. pag. 15).

A conferma delle sue tesi, L produceva in giudizio, oltre alla copia dei bilanci di esercizio relativi al 2003, 2004 e 2005 (cfr. docc. 19, 36, 41, 42 e 45), anche due situazioni patrimoniali aggiornate rispettivamente al 30 giugno 2006 ed al 30 settembre 2006 (cfr. docc. 49 e 50) e tre fatture emesse nei mesi di ottobre/novembre 2006 per nuove commesse conferite alla Società, attestanti l'ulteriore sviluppo della Società del proprio volume d'affari, nonché l'ulteriore incremento del totale dei ricavi.

Per tutte le ragioni esposte, quindi, L escludeva la ricorrenza, nel caso di specie, di qualsivoglia conflitto di interessi, ovvero eccesso e/o abuso di potere da parte dei soci L e R tali da inficiare la validità delle deliberazioni in questione ed insisteva per il rigetto dell'istanza di sospensione stante il difetto dei presupposti di legge, chiedendo, in via istruttoria, l'ammissione della prova orale per testi a conferma delle

circostanze dedotte.

All'udienza del 29 novembre 2006, comparsi personalmente i soci N, L (Presidente del Consiglio di Amministrazione di L) e R, il Collegio, in via preliminare rispetto alla discussione, ribadiva alle parti le modalità di deposito degli atti e dei documenti già stabilite in occasione della precedente udienza del 30 ottobre e, eseguito infruttuosamente un tentativo di conciliazione, invitava le parti alla discussione orale sull'istanza di sospensione dell'efficacia delle deliberazioni assembleari svolta da N.

Il difensore di N precisava che, stante l'impossibilità di accedere ai documenti sociali a causa del rifiuto opposto da L e R, non aveva potuto riscontrare la veridicità e l'autenticità dei documenti n. 49, 50 e 52 prodotti da L, salvo, in ogni caso, negare l'efficacia probatoria alle fatture prodotte da L sub doc. 52.

Dal canto suo, la difesa di parte convenuta si riportava a quanto già dedotto nella memoria 20 novembre 2006 e replicava alle accuse avversarie circa il presunto atteggiamento ostruzionistico tenuto da L e R in danno di N, affermando che lo stesso scambio di corrispondenza prodotto dall'attore sub docc. 17-25 risultava in realtà idoneo ad attestare l'esatto opposto, ovvero sia la disponibilità mostrata da L nei confronti di N. Inoltre, i difensori di L confermavano la veridicità e l'autenticità delle scritture contabili contestate da N e fornivano alcuni chiarimenti al Collegio in merito all'entità complessiva degli emolumenti versati agli amministratori negli esercizi 2003 e 2004, nonché all'ammontare dell'importo effettivamente erogato ai consiglieri nel corso dell'esercizio 2006 (euro 40.000,00 di costo aziendale).

All'esito della discussione, il Collegio si riservava di decidere in merito alla sospensiva.

Con ordinanza in data 6 dicembre 2006, il Collegio Arbitrale, a scioglimento della suddetta riserva, rilevato che: (i) le ragioni di fatto e di diritto dedotte dalla parte N a sostegno dell'istanza di sospensione riguardavano esclusivamente l'eccessività del compenso deliberato a favore degli amministratori che si sarebbe riflesso sia sulla delibera nella quale, appunto, era determinato il compenso, sia sulla delibera di approvazione del bilancio; (ii) l'invocato provvedimento di sospensione costituiva misura cautelare tipica che imponeva all'arbitro di effettuare, ai sensi dell'art. 2378, 4° comma, c.c., una valutazione comparativa della gravità delle conseguenze derivanti, sia al socio impugnante, sia alla società, dalla esecuzione e dalla successiva rimozione della deliberazione impugnata; (iii) nella fattispecie, l'interesse sociale al mantenimento delle

delibere era stato rappresentato da L con riferimento all'adeguatezza del compenso deliberato rispetto all'opera effettivamente svolta a favore della società e al rischio che, in caso di sospensione, gli amministratori si trovassero nella condizione di non poter percepire alcun compenso per l'anno in corso e di dover anzi restituire la parte di compenso già incassata, con possibile pregiudizio dei rapporti fra amministratori e società; al contrario, l'interesse sociale alla sospensione della delibera era stato rappresentato da N con riferimento alla incongruità del compenso rispetto ai risultati economici conseguiti dalla società, la quale, quindi, si troverebbe esposta al rischio di un esborso non proporzionato alle proprie capacità economico-patrimoniali; (iv) seppur sulla base di una sommaria delibazione comparativa dei pregiudizi illustrati dalle parti, non sembrava emergere che il pagamento degli emolumenti agli amministratori, peraltro già parzialmente avvenuto nel corso del 2006, fosse in grado di pregiudicare la situazione economico-patrimoniale della società, né di mettere a repentaglio gli eventuali interessi del socio N, che avrebbero comunque potuto trovare compiuta tutela in sede decisoria del merito in caso di accoglimento dell'impugnazione; (v) non appariva sussistere il requisito del *periculum in mora* quale previsto dall'art. 2378, 4° co., c.c., anche tenuto conto che non era stato allegato da parte attrice alcun rischio che, in caso di accoglimento dell'impugnativa, la Società non potesse fruttuosamente procedere al recupero delle somme eventualmente corrisposte in eccesso agli amministratori; tanto premesso, il Collegio arbitrale: (a) rigettava l'istanza di sospensione formulata dall'attore; (b) assegnava alle parti termine fino a 16 gennaio 2007 per il deposito di ulteriori memorie illustrative delle rispettive difese, per la formulazione delle istanze istruttorie e per produzioni documentali e successivo termine fino al 16 febbraio 2007 per eventuali repliche, nonché per deduzioni istruttorie e produzioni documentali a prova contraria; (c) infine, fissava per la trattazione della causa l'udienza del 27 febbraio 2007.

Le parti provvedevano al deposito delle rispettive memorie nei termini concessi dal Collegio.

In particolare, con la memoria 16 gennaio 2007, l'attore, previa contestazione dei contenuti dell'ordinanza resa dal Collegio il precedente 6 dicembre 2006, depositava nuovi documenti, fra cui, in particolare, copia del lodo reso nel diverso procedimento arbitrale promosso al fine di decidere "*l'identica questione (anche se per l'esercizio sociale L chiuso al 31/12/2005)*", e nel quale il diverso Collegio aveva ritenuto (i) sussistere il conflitto di interessi dei soci L e R al momento della deliberazione sui compensi agli stessi spettanti quali consiglieri; (ii) l'esorbitanza

dell'emolumento rispetto alle funzioni connesse alla carica sociale; (iii) l'idoneità della delibera ad arrecare pregiudizio alla Società, "*incidendo negativamente sulle case sociali, influenzando altresì negativamente la strategia finanziaria sociale*"; ragioni queste che avevano indotto il Collegio ad annullare la delibera del 18 luglio 2005 (cfr. mem. N, pagg. 2-3).

Nell'ambito della memoria, infine, N formulava un'istanza di esibizione ex art. 210 cod.proc.civ. avente ad oggetto la situazione contabile di L aggiornata al 31 dicembre 2006, nonché il libro paga e matricola della Società.

Dal canto suo, L, nella memoria del 16 gennaio 2007, approfondiva, nel merito, le sue argomentazioni e provvedeva al deposito di ulteriori documenti attestanti: (i) l'ammontare dell'emolumento (euro 15.000,00) percepito da ciascun consigliere nel corso del 2003 e l'incremento di detto emolumento (a euro 30.000,00 ciascuno) deliberato per il successivo esercizio 2004; (ii) il *trend* positivo di crescita della Società sulla base di una situazione contabile aggiornata al 30 novembre 2006; (iii) la richiesta del socio N ai consiglieri L e R di provvedere alla restituzione del compenso di euro 120.000,00 dagli stessi percepito *sine titulo* in relazione al 2005, per effetto di quanto statuito nel lodo reso all'esito del diverso procedimento arbitrale; (iv) le repliche degli stessi L e R e della Società che, peraltro preannunciavano l'imminente convocazione di un'assemblea dei soci per deliberare le eventuali iniziative da intraprendere avverso il predetto lodo, nonché la determinazione dei compensi comunque dovuti a L e R a fronte dell'attività svolta a favore della Società nel corso del 2005; (v) la disponibilità della Società a mettere a disposizione del socio N la documentazione sociale richiesta al fine di consentire le opportune verifiche. La convenuta, inoltre, dava atto che, per effetto dell'ordinanza resa dal Collegio in data 6 dicembre 2006, i consiglieri L e R avevano provveduto ad incassare la restante quota parte del compenso agli stessi spettante in relazione all'esercizio 2006.

Sempre nell'ambito della suddetta memoria, infine, L provvedeva a formulare (i) i propri capitoli di prova orale volti, sostanzialmente, a confermare l'entità e la natura delle prestazioni e/o mansioni rese dai consiglieri L e R a suo favore nel corso degli esercizi 2005-2006; (ii) una richiesta di consulenza tecnica d'ufficio allo scopo di quantificare l'emolumento spettante agli amministratori L e R in considerazione dell'attività in concreto svolta nel corso del 2006 e delle capacità economiche della Società.

Le parti depositavano e scambiavano le rispettive memorie di replica nel termine assegnato dal Collegio. Con tali atti, le parti ulteriormente

delineavano il *thema decidendum* ed integravano e puntualizzavano le rispettive istanze istruttorie, opponendosi, quanto al socio N, all'ammissione dei capitoli di prova per testi dedotti dalla L.

All'udienza in data 27 febbraio 2007, i difensori, alla presenza delle parti personalmente, discutevano in merito all'ammissibilità e rilevanza delle istanze istruttorie formulate negli scritti difensivi precedentemente depositati e, all'esito, il Collegio si riservava di decidere in ordine alle stesse.

Con ordinanza resa fuori udienza lo stesso 27 febbraio 2007, il Collegio (i) rilevato che non sussisteva alcuna necessità di verificare la natura e l'entità dell'attività lavorativa degli ing. R e L nel corso del 2005, essendo le domande e le eccezioni svolte in arbitrato relative al solo esercizio 2006; (ii) considerato che appariva, invece, rilevante la verifica dell'attività in concreto svolta dai suddetti R e L nel corso dell'esercizio 2006; (a) ammetteva parzialmente i capitoli di prova formulati da parte convenuta nella memoria istruttoria in data 16 gennaio 2007 con i testi ivi indicati, autorizzando parte attrice alla prova contraria con i medesimi testi; (b) si riservava di assumere, all'esito della fase istruttoria testimoniale, ogni altro provvedimento in ordine alla richiesta di consulenza tecnica d'ufficio, nonché sulle istanze attoree di esibizione ex art. 210 cod. proc. civ. nell'ipotesi in cui parte convenuta non avesse provveduto spontaneamente alla produzione dei documenti richiesti; (c) fissava per l'espletamento della prova testimoniale ammessa l'udienza del 4 aprile 2007.

A tale udienza, vennero sentiti i testi IBR, MM ed EM e, terminata l'escussione, la difesa di parte convenuta insisteva per l'accoglimento della richiesta di consulenza tecnica d'ufficio, mentre la difesa di N esibiva la copia del lodo reso nel diverso procedimento arbitrale depositato presso il Tribunale di Milano e divenuto esecutivo.

Con ordinanza resa fuori udienza lo stesso 4 aprile 2007, il Collegio rigettava l'istanza di consulenza tecnica d'ufficio formulata da L e fissava, quale ultimo termine utile per la produzione di eventuali ulteriori documenti, la data del 31 maggio 2007, il successivo termine del 15 giugno 2007 per il deposito di fogli di precisazione delle conclusioni e, infine, termine fino al 16 luglio 2007 per il deposito di memorie conclusionali. Il Collegio, poi, fissava l'udienza del 12 settembre 2007, per replica orale alle memorie conclusive avversarie e discussione finale.

In ossequio a quanto disposto dal Collegio, le parti provvedevano, nel termine assegnato, al deposito di nuovi documenti, volti a confermare le rispettive difese già illustrate nell'ambito degli scritti precedenti.

L, inoltre, provvedeva al deposito di comparsa di costituzione di un nuovo difensore, avv. IB, in sostituzione di quelli precedentemente nominati, avv. C e avv. M, da cui, peraltro, risultava la messa in stato di liquidazione della Società.

Entrambe le parti precisavano le rispettive conclusioni entro il termine assegnato.

Il socio N, in particolare, come segue:

“La difesa del ricorrente precisa le conclusioni chiedendo che il medesimo Collegio Arbitrale voglia:

1) respingere ogni avversa eccezione e domanda processuale e di merito perché del tutto inammissibile, infondata e non provata;

2) preliminarmente accertato e dichiarato l'intervenuto passaggio in cosa giudicata del lodo arbitrale reso inter partes in data 4 dicembre 2006, reso esecutivo con decreto del 14 marzo 2007, notificato in data 15 febbraio 2007 e non impugnato (cfr. doc. 43), accogliere la domanda arbitrale formulata dal sig. N e, per l'effetto, dichiarare nulle, ovvero annullare, per i motivi e le ragioni illustrate negli atti e nei verbali di causa, le due deliberazioni dell'assemblea dei soci adottate dalla L SRL in data 27 aprile 2007, rispettivamente alle ore 10,00 ed alle ore 14,00, indicate nell'atto introduttivo del giudizio;

3) condannare la società resistente, in persona del suo legale rappresentante pro tempore – ma con riserva di azionare in separato giudizio la responsabilità dei soci deliberanti – al pagamento delle spese, dei compensi e degli accessori del giudizio (rimborso forfetario per spese generali, CAP ed IVA) afferenti tutte le fasi del giudizio, e comprensive sia delle spese di patrocinio dell'istante, che degli oneri per il funzionamento del Collegio Arbitrale”.

L, dal canto suo, così precisava le proprie conclusioni:

“Voglia l'Ill.mo Collegio Arbitrale accogliere le seguenti conclusioni:

accertare e dichiarare la legittimità delle delibere assembleari dell'assemblea dei soci di L S.r.l. del 27 aprile 2007.

Rigettare tutte le domande ex adverso formulate.

Pronunciare ogni altra declaratoria e statuizione del caso.

In via istruttoria: ammettersi le istanze di cui alla propria “memoria illustrativa e istruttoria” in data 16 gennaio 2007.

Col favore di spese, diritti ed onorari, comprese quelle del Collegio Arbitrale”.

Le parti depositavano le comparse conclusionali e le memorie di replica entro i termini assegnati dal Collegio.

All'udienza di discussione orale della vertenza, già fissata per il 12 settembre 2007 e successivamente prorogata al 3 ottobre 2007 con ordinanza emessa l'11 settembre 2007 in accoglimento dell'istanza congiunta delle parti, le parti ribadivano le difese già compiutamente

illustrate nei rispettivi scritti e, all'esito della discussione, il Collegio Arbitrale si riservava di decidere sulle domande delle parti come sopra formulate.

Motivi della decisione

12. – Sulla domanda di annullamento o di declaratoria di nullità della deliberazione del 27 aprile 2006 di L avente per oggetto l'approvazione del bilancio dell'esercizio 2005.

Nico sostiene che il passaggio in giudicato del lodo reso da altro Collegio Arbitrale, con il quale è stata annullata la deliberazione dell'assemblea di L del 18 luglio 2005 relativa alla determinazione dell'indennità di complessivi euro 120.000,00 spettante agli amministratori (nel seguito, il “**Primo Lodo**”), comporterebbe automaticamente l'invalidità del bilancio al 31 dicembre 2005 e, dunque, comporterebbe l'annullamento e/o la nullità della deliberazione di approvazione di quel bilancio.

La tesi è infondata.

Anzitutto, l'*exceptio iudicati* presuppone l'identità degli elementi della domanda rispetto a quelli del precedente giudicato. Il che non è, nel caso di specie, poiché la delibera qui impugnata è oggettivamente e cronologicamente diversa da quella annullata con il Primo Lodo, trascorso *in rem iudicatam*.

Inoltre, il Primo Lodo reca la data del 4 dicembre 2006 ed è passato in giudicato nel corso dell'esercizio 2007.

Conseguentemente, all'epoca di approvazione del bilancio al 31 dicembre 2005, mediante la delibera assembleare del 27 aprile 2006 impugnata dall'attore, la passività era sicuramente esistente e il bilancio ne teneva debito conto, fornendo una rappresentazione veritiera e corretta.

Annullata la delibera con il Primo Lodo del dicembre 2006, passato in giudicato nel corso del 2007, L ha preso contezza del sopravvenuto credito restitutorio verso gli amministratori nel corso dell'esercizio 2007.

E' ben vero che l'art. 2423 *bis*, n. 3), cod. civ. prescrive che il bilancio deve tener conto dei proventi indipendentemente dalla data dell'incasso, ma è anche vero che certamente, a tutto il 31 dicembre 2005, L non poteva vantare alcuna ragione di credito nei confronti degli amministratori per gli emolumenti deliberati ed erogati nel corso dell'esercizio stesso.

Infatti, quantunque la domanda di annullamento della deliberazione e, conseguentemente, di restituzione degli emolumenti ivi stabiliti, sia stata proposta nel corso dello stesso esercizio 2005, non per questo, a

quell'epoca, la Società poteva fare con certezza affidamento sull'accoglimento di una domanda svolta da un socio e, peraltro, da essa stessa avversata.

In altre parole, sarebbe stato del tutto illogico che la Società, dopo avere adottato la deliberazione ritenendola valida e dopo essersi costituita nel giudizio arbitrale difendendo tale validità, avesse iscritto all'attivo il credito derivante dall'accoglimento di una domanda a quell'epoca *sub iudice*, e addirittura contestata dalla Società stessa, di fatto "compensando" la passività derivante dal debito contratto nei confronti degli amministratori a favore dei quali l'emolumento era stato deliberato.

I principi contabili, del resto, confermano che "*un'impresa non deve rilevare un'attività potenziale*" (cfr. IAS 37), dove il principio contabile menzionato "*definisce un'attività potenziale come una possibile attività che deriva da eventi passati e la cui esistenza sarà confermata solo dal verificarsi o dal non verificarsi di uno o più eventi futuri e incerti non pienamente sotto il controllo dell'impresa. Un esempio è rappresentato da un ricorso che un'impresa sta intentando per vie legali ed il cui esito è incerto*" (cfr. ancora IAS 37, par. 20).

In definitiva, quindi, il credito della Società è venuto ad esistenza e doveva, conseguentemente, essere rilevato in contabilità, solo nel momento in cui esso è divenuto certo per effetto del passaggio in giudicato del Primo Lodo, e cioè nel corso dell'esercizio 2007, il cui bilancio dovrà tener conto dell'inerente sopravvenienza attiva.

Sotto il profilo individuato dall'attore, dunque, il bilancio 2005 di L è esente da censure e la domanda di annullamento della deliberazione con cui esso è stato approvato deve essere respinta.

*** * ***

13. - Sulla domanda di annullamento della deliberazione 27 aprile 2006 avente ad oggetto la determinazione degli emolumenti a favore degli amministratori L e R.

La difesa di N, nella sua memoria conclusionale, ha sostenuto che il Primo Lodo spiegherebbe efficacia di giudicato sulla presente controversia, anche con riferimento all'invalidità della deliberazione di cui trattasi.

A sostegno della sua tesi, la difesa di N cita i numerosi precedenti giurisprudenziali in cui è stata stabilita l'estensione degli effetti del giudicato agli accertamenti su questioni di fatto o di diritto che costituiscono precedente logico essenziale e necessario rispetto alla decisione che deve essere resa.

Non è questo il caso nella vicenda che ci occupa.

Se è vero, infatti, che il Primo Lodo tratta di questioni in tutto analoghe a quelle oggetto della presente controversia, è anche vero che esso non costituisce affatto un antecedente logico essenziale e necessario della decisione rimessa a questo Collegio: differenti sono le deliberazioni impugnate e, soprattutto, diversi sono i riferimenti temporali delle due deliberazioni impugnate.

Ora, è pacifico in giurisprudenza che *“l’efficacia preclusiva del giudicato, operando nei limiti dell’accertamento che ha formato oggetto di un determinato giudizio, non si estende ad altri accertamenti della stessa natura riguardanti diversi periodi di tempo”* (Cass. 23 giugno 2000, n. 8583).

Questo Collegio, dunque, non è vincolato al giudicato formatosi sulla materia che ha costituito oggetto del Primo Lodo.

Venendo al merito della domanda attorea, il Collegio osserva quanto segue.

La difesa di N ha, innanzitutto, eccepito che l’eccessività dell’emolumento deliberato a favore di L e R si desumerebbe dal fatto che esso non si limitava a remunerare la carica amministrativa con riferimento alla semplice rappresentanza della Società per gli atti rientranti nell’oggetto sociale, ma si sarebbe esteso all’attività lavorativa svolta dagli amministratori stessi, il che avrebbe dovuto essere, casomai, fatto oggetto di un diverso rapporto negoziale.

Questo argomento è stato ritenuto fondato nel Primo Lodo, nel quale è stata sottolineata la necessità di “isolare”, per così dire, le attività “basiche” di amministrazione – quelle che, secondo il Primo Lodo, dovrebbero essere oggetto dell’emolumento – dalle ulteriori attività professionali svolte in favore della Società dagli amministratori.

In particolare, citando il Primo Lodo, la difesa di N ha affermato che: *“le funzioni connesse alla carica sociale e a cui l’emolumento si riferisce attengono alla gestione dell’attività e si risolvono nel potere di rappresentanza della Società per tutti gli atti rientranti nell’oggetto sociale, esulando da ciò il dispiego di diverse ed ulteriori attività professionali che debbono trovare ristoro in altro modo, non rientrando nell’emolumento connesso alla carica amministrativa”* (cfr. mem. concl. N, pag. 5).

L’argomento, pur suggestivo, è privo di pregio perché non si rinviene né nella legge, né in alcun precedente giurisprudenziale, alcun limite nella deliberazione e nella erogazione di emolumenti collegato a funzioni di mera rappresentanza societaria.

Né esiste alcun obbligo di legge che imponga di mantenere separati i compensi derivanti da attività di mera rappresentanza societaria rispetto ad attività professionalmente più qualificate ed impegnative svolte dagli

amministratori per il raggiungimento dell'oggetto sociale.

L'art. 2389, n. 1), cod. civ. prescrive semplicemente che “*i compensi spettanti ai membri del consiglio di amministrazione [...] sono stabiliti all'atto della nomina o dall'assemblea*”, lasciando così all'organo sovrano della società, e cioè appunto all'assemblea, ogni valutazione circa la congruità dell'emolumento.

Il giudizio circa la legittimità del compenso deliberato, quindi, costituisce questione di fatto da valutarsi in base ad un criterio di ragionevolezza, e ciò secondo costante insegnamento della giurisprudenza: “*In materia di compenso agli amministratori (e procuratori) la sussistenza del pregiudizio può essere configurata quando il compenso stabilito non appaia conforme alla ragionevolezza. I limiti della ragionevolezza dei compensi agli amministratori devono essere controllati in concreto. A questi fini il giudice deve tenere conto anche dell'eventuale collegamento stabilito dalla deliberazione fra il compenso fissato e la natura delle attribuzioni effettivamente conferite ed esercitate*” (Trib. Milano 6 febbraio 1992 in *Giur. Comm.* 1993, II, p. 416 ss.).

In questa prospettiva, gli elementi che il Collegio ritiene di porre a base della sua decisione, sono i seguenti.

(a) Secondo quanto riferito da L, e non contestato da N, la Società fu costituita in attuazione di un progetto della _____ di Ispra.

Il progetto prevedeva “*il sostegno della provincia di Milano alla creazione di nuove imprese innovative*” (cfr. doc. 8 L) secondo il bando emesso dalla Provincia di Milano, per la cui ammissione L fece istanza (cfr. ancora doc. 8 L).

Nella richiesta di ammissione al bando di concorso venne specificato che l'attività operativa sarebbe stata svolta da quattro differenti figure: un geologo in persona del dott. PF (ricercatore dell'Università di _____), un *Field engineer* in persona di L (ricercatore del _____), un *Post processing engineer* in persona di N (ricercatore CNR) e un *Commercial financial administrative manager*, all'epoca non ancora individuato.

A seguito dell'uscita dalla compagine sociale del geologo F e dell'ingresso di R – nei tempi e con le modalità descritte in narrativa – L assunse, infine, la sua configurazione societaria attuale.

Fu dunque stabilito, sin dall'inizio della comune impresa, che i soci, anche una volta assunta la carica di amministratori, avrebbero svolto un ruolo operativo secondo quanto comunicato nel bando di concorso di cui si è fatta menzione.

E così, in effetti, avvenne: N, pur svolgendo l'attività di *post processing engineering*, assunse la carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione, mentre L e F (prima) e L e R (poi) assunsero la carica

di consiglieri, mantenendo le rispettive funzioni operative.

Quanto al compenso deliberato da L a favore del Consiglio di Amministrazione, risulta in atti che, mentre N, sino alla data delle sue dimissioni, ha sempre percepito (nella misura di euro 15.000 nell'esercizio 2003, e di euro 30.000 nell'esercizio 2004) un emolumento omnnicomprensivo - e cioè che assommava il corrispettivo per l'attività di semplice rappresentanza della Società e l'attività professionale svolta in suo favore - i consiglieri L e R: (i) nel corso dell'esercizio 2003 percepirono il medesimo emolumento omnnicomprensivo di euro 15.000; (ii) nel corso dell'esercizio 2004, percepirono complessivamente la stessa somma di euro 30.000 riconosciuta a N, ma sotto forma di emolumento per la carica di consiglieri nella misura di euro 5.000, e sotto forma di compenso per l'attività coordinata e continuativa per i residui euro 25.000 (cfr. docc. 24 e 25 L).

(b) Le prove testimoniali assunte hanno confermato che, anche dopo l'uscita dal Consiglio di Amministrazione di N, L e R hanno proseguito a svolgere attività pertinenti alle rispettive competenze professionali a favore della Società, ed anzi hanno dovuto supplire al "vuoto" determinato dalla scelta di N di dare le dimissioni per proseguire nella sua attività di ricercatore presso il CNR.

La "perdita" di un personaggio di riferimento di indubbia rilevanza per l'attività sociale di L, ha poi costretto la Società, in rapida espansione, ad assumere alcuni dipendenti in grado di coadiuvare l'opera di L e R (cfr. docc. da 29 a 34 L).

(c) L'attività sociale, come detto, è rapidamente cresciuta di importanza e quantità nel corso degli anni, impegnando a tempo pieno - fatto quest'ultimo confermato dal tenore dei verbali del Consiglio di Amministrazione (cfr. docc. 35, 43 e 44 L, nonché doc. 7 N) e dalle testimonianze raccolte (cfr. verbale d'udienza 4 aprile 2007, ma cfr. anche doc. 51) - i consiglieri L e R.

I fatti e le circostanze sopra riferiti inducono il Collegio a ritenere non immotivato, né irragionevole l'aumento dei corrispettivi deliberati da L a favore dei consiglieri operativi.

Dal punto di vista della Società, infatti, va considerato il complessivo emolumento deliberato, e non la ripartizione *pro quota* dell'emolumento stesso: un incremento del complessivo emolumento da 90.000 a 120.000 euro, tra il 2004 e il 2005, a fronte di un incremento della produzione derivante dalla gestione caratteristica da euro 298.000 circa ad euro 456.000 circa, non appare esorbitante tenuto conto dell'assoluta centralità del ruolo svolto dai soci fondatori, prima, e dai soli L e R, poi.

Né appare pertinente l'osservazione di N secondo cui l'assunzione di personale – ed il corrispondente aumento dei costi – avrebbe dovuto alleviare l'attività di L e R, rendendo vieppiù sproporzionato l'emolumento liquidato: l'oggetto del contendere, infatti, non riguarda il livello di produttività dei dipendenti assunti, e quindi, la correttezza delle scelte operative effettuate dalla Società nel dotarsi di collaboratori, ma la congruità dell'emolumento deliberato a favore di L e R a fronte di un'attività che, indipendentemente dal maggiore o minore aiuto ricevuto dai dipendenti assunti, non pare, sulla base delle risultanze processuali, essersi decrementata nel corso dell'esercizio in questione, essendosi, semmai, incrementata.

Quanto poi alla principale contestazione formulata da N, e cioè la non cumulabilità nell'emolumento deliberato della remunerazione per la mera carica amministrativa e per l'attività professionale, si osserva che proprio N, nel corso dell'esercizio 2004, ha goduto di tale "cumulo", quando invece i consiglieri R e L avevano suddiviso il compenso tra emolumento e remunerazione di un diverso e autonomo contratto di collaborazione.

Appare perlomeno contraddittoria, quindi, la contestazione formulata dall'attore, al di là ed indipendentemente dall'infondatezza della contestazione stessa, per le ragioni già illustrate.

Infine, in argomento, il Collegio ritiene di dover sottolineare la forte connotazione "personale" di L: la stessa origine della Società mette in evidenza l'*intuitus personae* alla base dell'impresa. Pur costituita in forma di società di capitali, L è, ed è sempre stata, essenzialmente, il mezzo attraverso il quale si sono espresse le qualità professionali dei soci, ivi compreso N, sino a che questi ha mantenuto una funzione operativa.

Non è dunque irragionevole, anche alla luce delle tendenze evolutive sulla natura della società a responsabilità limitata, ritenere che il carattere prevalentemente personale dell'attività svolta dai soci (e amministratori) ne costituisca l'*asset* principale proprio in ragione della qualità professionale dei medesimi soci (e amministratori). Ciò giustificava la misura di una retribuzione - e, quindi, dal punto di vista della Società, l'assunzione di un costo - che, in una diversa situazione, avrebbe potuto apparire eccessiva.

Anche l'ulteriore profilo di doglianza formulato da N, riguardante il conflitto di interessi in cui si sarebbero trovati i soci L e R nel deliberare l'emolumento a favore del Consiglio di Amministrazione, composto solo da loro stessi, è infondato.

Anche in questo caso, la difesa di N trae spunto dal Primo Lodo che ha, appunto, stabilito la sussistenza del denunciato conflitto di interessi

per il solo fatto che sussisteva identità tra soci deliberanti e amministratori beneficiari della deliberazione.

Ha, poi, soggiunto la difesa di N che la motivazione adottata dal Primo Lodo sarebbe confortata dalla giurisprudenza milanese ed ha citato Tribunale Milano 17 settembre 1987, in cui è contenuta la seguente massima testualmente riportata nella memoria conclusionale: “è annullabile per conflitto di interessi la deliberazione assembleare di una società di capitali assunta con il voto determinante del socio-amministratore che abbia stabilito un compenso all’amministratore medesimo non conforme alla ragionevolezza e tale da poter arrecare danno alla società” (cfr. mem. concl. N, pag. 11).

Ma il passaggio chiave della massima citata non è quello che stabilisce il generale principio di annullabilità per conflitto di interessi in caso di deliberazioni di un emolumento da parte del socio-amministratore a favore di se stesso, bensì quello successivo che attiene alla ragionevolezza della misura del compenso e al danno arrecato alla società.

Ed in effetti, la giurisprudenza di merito è costante nel ravvisare il vizio della delibera per conflitto di interessi – ma anche per eccesso di potere – ogni volta che sia comprovata in concreto la sproporzione del compenso ed il danno per la Società.

Non diversamente, la Suprema Corte ha stabilito che: “non è annullabile per conflitto di interesse la deliberazione assembleare di una società di capitali di nomina di amministratore e di determinazione del relativo compenso, assunta con il voto determinante dell’amministratore stesso, se non ne risulti altresì pregiudicato l’interesse sociale?” (Cass. 21 marzo 2000, n. 3312 in *Iuris Data on line*).

D’altra parte, in una società a responsabilità limitata a base sociale ristretta nella quale, come nel caso di L, soci e amministratori si identificano (ovvero la maggioranza dei soci compongono l’organo amministrativo), il potenziale conflitto di interessi è endemico, ogniquale volta l’assemblea sia chiamata ad assumere deliberazioni che riguardano la composizione dell’organo amministrativo e la sua retribuzione.

Ciò non può ovviamente condurre alla paralisi della Società, né può condurre al risultato di far dipendere l’approvazione di una deliberazione di siffatta natura dalla sola minoranza.

Il criterio che deve allora presiedere all’assunzione di deliberazioni di siffatta natura è, ancora una volta, quello della ragionevolezza.

E’, dunque, sufficiente richiamare le osservazioni già svolte circa l’entità del compenso in discussione per escludere il vizio di conflitto di interessi nella deliberazione impugnata.

Gli stessi argomenti, infine, valgono ad escludere la sussistenza di un

vizio di eccesso o abuso di potere da parte dei soci di maggioranza in danno del socio di minoranza.

Come noto, l'eccesso o abuso di potere si risolve in una deviazione dell'atto dallo scopo ad esso proprio, cioè quello sociale, a vantaggio di uno scopo egoistico e contrario agli interessi della società da parte dei soci deliberanti.

Nella fattispecie, la ragionevolezza o, quanto meno, la non irragionevolezza, dell'emolumento deliberato, esclude la sussistenza del vizio denunciato: non vi è dubbio che la struttura di L – fortemente caratterizzata dalle competenze professionali e dal lavoro personalmente svolto dai soci amministratori – comporti l'interesse a mantenere inalterata la struttura stessa.

In altre parole, una società come L non può fare a meno di soci operativi che dedichino tutte le capacità ed energie professionali per il raggiungimento dello scopo sociale, il che comporta la convenienza, se non addirittura la necessità, di una remunerazione dell'opera prestata che ne soddisfi pienamente le aspettative economiche, nei limiti, ben inteso, delle possibilità della società.

Questo principio risulta essere stato applicato da L sin dalla sua costituzione ed anche nel periodo in cui lo stesso N prestava la sua attività lavorativa esclusivamente a favore della Società.

In definitiva, pertanto, anche la domanda di annullamento della deliberazione riguardante l'emolumento stabilito a favore degli amministratori per l'esercizio 2005 deve essere respinta

*** * ***

16. – Sulle spese del procedimento arbitrale

Nonostante la totale soccombenza dell'attore per effetto della reiezione di entrambe le domande di declaratoria di nullità e/o annullamento delle deliberazioni impugnate, pare equo al Collegio compensare integralmente le spese del giudizio.

Non vi è dubbio, infatti, e il Primo Lodo ne è la migliore conferma, che gli argomenti trattati non sono di semplice e immediata soluzione.

Pare, dunque, conforme a giustizia, oltre che equo, stabilire l'integrale compensazione delle spese, fermo, in ogni caso, il vincolo di solidarietà fra le parti per le spese di funzionamento del collegio arbitrale.

*** * ***

P.Q.M.

Il Collegio arbitrale, all'unanimità, ogni diversa domanda, istanza ed eccezione, anche in via istruttoria, respinta o comunque assorbita, così decide sulle domande delle parti:

(1) respinge le domande di nullità e/o annullamento e/o inefficacia delle deliberazioni dell'assemblea di L in data 27 aprile 2006 proposte da N e, per l'effetto:

(2) conferma la validità ed efficacia delle suddette deliberazioni;

(3) compensa integralmente le spese di lite;

(4) liquida le spese di funzionamento del Collegio Arbitrale e del Segretario in complessivi euro _____, oltre IVA e CPA, di cui euro _____ già corrisposti dalle parti, ponendo il saldo di euro _____, oltre IVA e CPA, a carico solidale delle parti.

Così deciso e sottoscritto in Milano, nella sede dell'arbitrato, Via _____, in conferenza personale con la presenza di tutti i componenti del Collegio Arbitrale, il [●].

Sottoscritto in Milano, il [●]

(A M)

Sottoscritto in Milano, il [●]

(F P)

Sottoscritto in Milano, il [●]

(A T)

6. NOTA A LODO PRONUNCIATO DA COLLEGIO ARBITRALE IN MILANO IN DATA 20 DICEMBRE 2007

La decisione del Collegio Arbitrale qui commentata riguarda principalmente due questioni. In primo luogo, sotto un profilo strettamente procedurale, il lodo analizza la questione dell'efficacia del giudicato arbitrale in relazione ad un successivo giudizio. Sotto un ulteriore profilo, di merito, affronta compiutamente la materia pertinente i poteri dell'assemblea di società in ordine alla delibera avente ad oggetto gli emolumenti spettanti agli amministratori.

Rinviando il lettore ai dettagli di fatto riportati nella premessa della decisione, basti in questa sede riferire le circostanze rilevanti per la decisione adottata dal Collegio.

Nel caso di specie, un socio e consigliere dimissionario di una società promuoveva giudizio arbitrale impugnando una delibera assembleare adottata in data 18 luglio 2005 che disponeva l'aumento dell'emolumento dovuto dalla società ai rimanenti due amministratori sul presupposto che, visto l'allontanamento volontario del suddetto socio – consigliere, i rimanenti amministratori avrebbero dovuto non solo attendere all'ordinaria attività di gestione amministrativa della società, ma anche svolgere mansioni di natura estranea alla carica loro conferita ed in particolare, attività tecnica ed esecutiva. La delibera *de qua*, in particolare, poneva l'accento sul contributo già portato alla società nel suo complesso dall'operato degli amministratori rimasti nella compagine sociale, giudicando corretto l'innalzamento dell'emolumento loro conferito, sulla base della considerazione, di ordine meramente economico, per la quale l'opera posta in essere dagli amministratori, tecnicamente preparati, aveva consentito alla società di generare ricchezza e garantire utili all'intera compagine sociale.

La delibera in esame, pertanto, veniva sottoposta ad un primo giudizio arbitrale, precedente a quello definito con il lodo oggetto del presente commento. Il primo collegio definiva la questione nel dicembre del 2006 accogliendo la domanda di annullamento della delibera 18 luglio 2005 e fondando la propria decisione sul principio per il quale le funzioni

connesse alla carica di amministratore societario sostanzialmente si risolvono nel potere - dovere di rappresentare la società per tutti gli atti relativi all'oggetto sociale, esulando dal novero delle stesse le attività diverse, comprese quelle attinenti ad un apporto professionale. Prendendo le mosse da questo principio, il primo Collegio dichiarava quindi che l'innalzamento dell'emolumento disposto dall'assemblea della società proprio a titolo di corrispettivo delle attività "altre" svolte a favore della società medesima, fosse illegittimo, atteso che l'indennità destinata agli amministratori avrebbe dovuto corrispondere sinallagmaticamente al solo operato di rappresentanza e che soltanto con una posta separata sarebbe stato legittimo, da parte della società, corrispondere un emolumento per le prestazioni professionali svolte dagli amministratori.

Sulla base di questi principi, nelle more del primo procedimento arbitrale, l'attore (socio e consigliere dimissionario) impugnava quindi anche la successiva delibera del 2006 che approvava il bilancio del 2005, sostenendo che la stessa (e quindi anche il bilancio 2005), fosse viziata, rappresentando una realtà contabile errata (essendo stato incluso tra le poste passive anche l'integrale compenso degli amministratori in carica, calcolato sulla base dei principi della delibera 18 luglio 2005).

*** * ***

Queste, in estrema sintesi, le circostanze di fatto dalle quali prendere avvio per analizzare la decisione in commento.

Con un primo motivo il Collegio del secondo arbitrato, giudicava errata la tesi dell'attore in base alla quale il primo lodo (emesso a dicembre 2006 e passato in giudicato nel corso dell'esercizio 2007) avrebbe spiegato efficacia di giudicato sulla materia del contendere relativa alla delibera di approvazione del bilancio. Sosteneva, infatti, l'attore che numerosi precedenti giurisprudenziali avevano sancito l'estensione degli effetti del giudicato anche agli accertamenti su questioni di fatto o di diritto costituenti precedenti logici essenziali e necessari rispetto alla decisione che deve essere successivamente resa da altro giudicante.

Sulla base di questi principi, l'attore rilevava come la decisione del primo Collegio in ordine alla delibera pertinente l'illegittimo aumento dell'indennità agli amministratori, passata in giudicato, avrebbe dovuto svolgere il proprio effetto anche nel giudizio relativo alla delibera di approvazione del bilancio 2005, a quel punto da ritenersi certamente errata in quanto le poste passive erano gravate da un illegittimo peso (trattandosi, invero, di un credito che la società possedeva nei confronti

degli amministratori, che avrebbero, in conseguenza del primo lodo, dovuto restituire l'eccedenza rispetto all'emolumento pregresso alla delibera del luglio 2005).

Il Collegio respingeva, come sopra accennato, questa tesi, argomentando, in primo luogo, come l'*exceptio indicati* presupponesse la completa identità degli elementi della domanda successiva in relazione a quelli del precedente giudicato e che tale circostanza non poteva essere ritenuta nel caso di specie, trattandosi, di fatto, di domande di annullamento di delibere aventi oggetti diversi e cronologicamente distanti tra loro.

Anche analizzando la questione nel merito, le decisioni (quella resa e quella da rendere) si presentavano affatto differenti, poiché la seconda, ossia quella in esame, aveva ad oggetto la valutazione della correttezza della delibera del 2006 che a sua volta approvava il bilancio del 2005 assunto dall'attore come viziato, mentre il primo lodo, sulla scorta del quale l'attore assumeva la scorrettezza del bilancio 2005 e della delibera di approvazione del 27 aprile 2006, era stato reso solo nel dicembre 2006 ed era passato in giudicato nel 2007. In conseguenza di ciò, a prescindere dal merito del primo lodo, il Collegio rilevava come all'epoca dell'approvazione del bilancio 2005, nell'aprile 2006, la passività relativa agli emolumenti per gli amministratori non fosse falsamente attestata bensì concretamente esistente e che pertanto il bilancio ne aveva tenuto conto correttamente, fornendo una rappresentazione contabile veritiera ed esatta.

Solo a seguito del primo lodo questa passività avrebbe dovuto essere considerata in modo differente dalla società (quindi come credito oggetto di ripetizione nei confronti degli amministratori). In sostanza, per riassumere, il Collegio riteneva che la delibera del 2006, approvante il bilancio, fosse, nelle circostanze temporali in cui era stata posta in essere (quindi nelle more del primo giudizio arbitrale) giusta nel merito, atteso che aveva approvato un bilancio (a quel punto) veritiero e corretto.

Né, nel giudizio *de quo*, poteva configurarsi una illegittimità di tale delibera sulla base di un giudicato relativo a poste del bilancio stesso, venuto in essere solo successivamente alla delibera impugnata.

Sosteneva inoltre il collegio che la questione del giudicato non poteva essere posta nel caso di specie, poiché anche ammettendo e concedendo che il primo lodo trattasse questioni del tutto analoghe a quelle oggetto della seconda controversia, certamente sarebbe stato incoerente sostenere che le stesse questioni assurgessero ad antecedenti logici ed essenziali della nuova decisione posto che le delibere impuginate portavano oggetti

differenti e che diversi erano anche i riferimenti temporali.

Proprio in ordine alla sostanziale differenza tra le delibere, che implicava accertamenti diversi e riferiti a successivi periodi di tempo, il Collegio non riteneva quindi l'efficacia preclusiva del giudicato relativamente al primo lodo, in ciò confortato dalla statuizione non lontana nel tempo resa da Cass. Civ. 23 giugno 2000 n. 8583: "l'efficacia preclusiva del giudicato, operando nei limiti dell'accertamento che ha formato oggetto di un determinato giudizio, non si estende ad altri accertamenti della stessa natura riguardanti diversi periodi di tempo".

Il Collegio, dopo aver rigettato l'eccezione di giudicato ed aver sancito la correttezza della delibera impugnata per la sostanziale veridicità della rappresentazione contabile oggetto della stessa, operava inoltre una ulteriore distinzione. Partendo dall'assunto che il Collegio stesso non fosse vincolato al giudicato del precedente arbitro, per i motivi sopra espressi, i nuovi arbitri entravano nel merito del primo giudizio, sostenendo la natura suggestiva dei principi ad esso sottesi (ossia la necessità di isolare le attività basiche dell'amministrazione da quelle professionali, con riflesso sugli emolumenti ad esse riferibili) e ritenendo, al contrario, come non si potesse rinvenire né sotto il profilo normativo né sotto quello giurisprudenziale, alcun limite alla deliberazione relativa all'erogazione degli emolumenti a favore degli amministratori. Del resto nemmeno era possibile, secondo il Collegio, configurare l'obbligo di mantenere e stabilire come separati gli emolumenti sulla base della causa per la quale gli stessi erano stati erogati, poiché l'art. 2389 c.c. prescrive solamente la titolarità del potere di decisione in ordine ai compensi (atto di nomina e assemblea) con ampio margine all'organo assembleare di deliberare sia in ordine all'ammontare del compenso sia in ordine alla natura dello stesso.

Svariate decisioni della Corte di Legittimità hanno investito, sotto diversi profili, il punto dell'attività professionale svolta dagli amministratori (in merito alla qualificazione giuridica del rapporto v. Cass. Sez. Unite 14.12.1994 n. 10680; Cass. Civ. 09.08.2005 n. 16764; Cass. Civ. 26.02.2002 n. 2861).

Un indirizzo di indubbio interesse è stato coltivato con ampia argomentazione da Cass. Civ. 26.02.2002 n. 2861. Nell'ambito di questa statuizione la Corte ha ritenuto una particolare interpretazione del disposto dell'art. 2389 secondo comma c.c., affermando la necessità di una speciale remunerazione in favore degli amministratori cui sia stato demandato lo svolgimento di attività diverse da quelle ordinariamente associate al rapporto di amministrazione, anche se, come nel caso preso

in esame dalla Corte, non appaia individuabile un preliminare conferimento di incarichi ulteriori. Da ciò consegue la possibilità di ampliare l'incidenza del secondo comma dell'art. 2389 c.c. pure per stabilire la necessità di remunerazione di attività slegate da un'attribuzione di incarico da parte dell'assemblea.

Anche alla luce di questo arresto, deve ritenersi condivisibile la tesi del Collegio, che legittima un ampio potere dell'assemblea in ordine alla determinazione del compenso, non solo in ambito quantitativo, ma anche con riferimento alla specifica dell'incarico, non dovendosi ritenere illegittimo riconoscere, per particolari attività, un corrispettivo ulteriore agli amministratori, eventualmente complessivamente determinato, senza reale necessità di distinguere le voci del compenso.

7. PROCEDIMENTI ARBITRALI E PROCEDURE CONCURSUALI: POSSIBILI INTERFERENZE

1) L'interessante e complesso argomento dei rapporti tra arbitro e procedure concorsuali, il fallimento in particolare, ha suscitato in passato l'attenzione di numerosi studiosi⁽⁶⁾.

Il tema merita di essere oggi rivisitato alla luce delle innovazioni normative che, quasi parallelamente, hanno investito il diritto fallimentare e il diritto dell'arbitrato⁽⁷⁾.

E' quanto si propone il presente scritto, ancorché in modo certamente non esaustivo: la trattazione non prende in considerazione da un lato gli arbitrati cosiddetti speciali (arbitrato per le controversie di lavoro, arbitrato societario, arbitrato delle opere pubbliche, arbitrato sportivo), dall'altro lato le procedure concorsuali diverse dal fallimento⁽⁸⁾.

2) L'istituto arbitrale è richiamato in tre disposizioni della legge fallimentare (l.f.), come recentemente riformata.

L'art. 25 l.f. (*poteri del giudice delegato*) prevede al n. 7 che (il giudice delegato)

“... *su proposta del curatore nomina gli arbitri, verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge*”; si tratta di una disposizione nuova, in quanto il precedente testo dell'art. 25 l.f. non faceva menzione di procedure arbitrali.

Minori modifiche, invece, presenta la nuova formulazione dell'art. 35 l.f. (*integrazione dei poteri del curatore*); la norma continua, come nel testo antecedente, a includere i compromessi tra gli atti rientranti nei poteri del

⁽⁶⁾ Senza pretesa di completezza, si possono citare: Angelo Bonsignori, MariaCarla Giorgetti, Massimo Montanari, Paola Fusai, Giuseppe Santagada, Simonetta Vincire.

⁽⁷⁾ Segnatamente, i decreti legislativi 9 Gennaio 2006, n.5 e 12 Settembre 2007, n. 169, per ciò che attiene alla materia fallimentare; il decreto legislativo 2 Febbraio 2006, n. 40, quanto all'arbitrato.

⁽⁸⁾ Ci si augura, tuttavia, di poter colmare queste lacune in un futuro intervento.

curatore, con la precisazione che occorre la previa autorizzazione del comitato dei creditori, quando in precedenza l'autorizzazione spettava al giudice delegato.

Del tutto innovativo, infine, è il contenuto dell'art. 83 bis l.f. (*clausola arbitrale*): “*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*”.

Si avrà modo di tornare su queste norme, in particolare sull'ultima, nel proseguimento dell'esposizione.

3) Posto quanto precede, le questioni principali che vengono in considerazione nel trattare l'argomento sono quelle che seguono.

Andrà operata una distinzione tra procedimento arbitrale in corso, al momento del fallimento, e procedimento già conclusosi con il lodo.

In quest'ultimo caso, ci si può interrogare sulle possibili reazioni del curatore al lodo già emesso, con inevitabili differenze a seconda che il lodo scaturisca da un arbitrato rituale oppure da un arbitrato irrituale.

Nell'eventualità, invece, di procedimento arbitrale in corso, il problema primario è costituito dagli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento stesso.

Da ultimo, vengono a presentarsi all'analisi le possibilità del curatore di iniziare, all'interno, della procedura fallimentare, un procedimento arbitrale.

4) Come sopra anticipato, un' interferenza tra arbitrato e fallimento può determinarsi con riferimento ad una procedura di arbitrato irrituale.

Questo strumento, pressoché sconosciuto all'estero, ha causato in passato non poche difficoltà a interpreti e operatori del diritto. Ci si trova in presenza, in effetti, di un “ircocervo giuridico”, dove non si sa se prevalgono l'autonomia negoziale delle parti in disputa o l'eteronomia decisionale degli arbitri, le norme del codice civile sui contratti o quelle del codice di rito sul procedimento arbitrale⁽⁹⁾.

Lodevole pertanto appare l'intenzione del legislatore di portare un poco di chiarezza in merito: sino alla riforma del 2006, infatti, tale tipo di arbitrato non trovava una sua disciplina all'interno del libro quarto, titolo ottavo del codice di rito.

Oggi l'art. 808 *bis* c.p.c., primo comma, chiarisce che, nell'arbitrato

⁽⁹⁾ Per una breve ma densa disamina di questo problematico istituto vedasi G. Verde, *Arbitrato irrituale*, in AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di E. Fazzalari, Giuffrè, Milano, p. 7 ss.

irrituale, gli arbitri definiscono le controversie mediante una determinazione contrattuale: il lodo conclusivo non ha pertanto l'efficacia della sentenza (art. 824 *bis* c.p.c.), ma quella di un contratto. Il secondo comma della disposizione indica poi cinque motivi per i quali il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente, secondo le disposizioni del primo libro del codice di rito.

Si esamini ora il caso del lodo da arbitrato irrituale pronunciato prima della dichiarazione di fallimento: ci si chiede se il lodo sia opponibile alla procedura e quali mezzi abbia a disposizione il curatore per contrastarne l'efficacia.

Al primo quesito si deve dare risposta positiva, posto che il lodo abbia data certa anteriore al fallimento. Certezza di data da ottenersi tendenzialmente mediante la notificazione del lodo contrattuale, dal momento che allo stesso non è applicabile il deposito previsto dall'art. 825 c.p.c.

Una risposta più articolata richiede il secondo quesito, circa le possibilità a disposizione del curatore per contrastare l'efficacia del lodo.

Posti i motivi d'impugnazione previsti dall'art. 808 *bis* c.p.c., secondo comma, davanti a quale giudice saranno esperibili e con che limiti di tempo?

A differenza dei gravami applicabili al lodo da arbitrato rituale, per i quali è competente la corte di appello, nel caso di lodo contrattuale il giudice competente sarà costituito, nella gran maggioranza dei casi⁽¹⁰⁾, dal tribunale.

Ragioni di concentrazione ed economia processuale inducono a pensare che la competenza territoriale debba essere attribuita al tribunale del luogo in cui il fallimento è stato dichiarato, secondo la regola generale dell'art. 24 l.f.

Quanto ai limiti temporali, trattandosi nella sostanza dell'annullamento di un contratto, ancorché *sui generis*, si può ritenere che l'azione si prescriva nel termine di cinque anni (art. 1442 c.c.), decorrenti dalla data dell'ultima sottoscrizione.

Prima che la riforma dell'arbitrato introducesse l'art. 808 *bis* c.p.c., si riteneva che il lodo da arbitrato irrituale fosse impugnabile per incapacità e per vizi del consenso, come qualsiasi contratto (ad esempio, Cassazione, n. 3614/2004): in forza dell'art. 1323 c.c., è sostenibile che tale opzione

⁽¹⁰⁾ Per ragioni di materia ma soprattutto per ragioni di valore sarà difficile che un giudice di pace risulti competente per l'impugnazione di un lodo da arbitrato irrituale.

rimanga valida anche attualmente.

Andrà invece escluso che il curatore possa sottrarsi, richiamando gli art. 72 ss. l.f., agli effetti di un lodo contrattuale già pronunciato: ciò, sia perché è contestabile che un lodo di tale tipo sia assimilabile ad un rapporto ancora pendente, sia per le ragioni svolte nella sentenza di Cassazione, n. 11216/1992, sulla quale meglio si dirà in seguito.

Parimenti, circa le restanti eventualità, cioè il trattamento dell'arbitrato irrituale in corso al momento della dichiarazione di fallimento nonché la possibilità di esperire un arbitrato di tale tipo successivamente alla dichiarazione medesima, si rinvia alla successiva trattazione, dato che le conclusioni ivi raggiunte per l'arbitrato rituale appaiono richiamabili anche per l'arbitrato irrituale.

5) Secondo il percorso logico tracciato in precedenza, al punto 3), verrà ora esaminato l'effetto del fallimento sui procedimenti arbitrali conclusi prima del fallimento medesimo.

In altre parole, si assume l'esistenza di un lodo deliberato prima della dichiarazione di fallimento e ci si chiede se il lodo sia opponibile alla procedura.

In tesi generale, la risposta non può che essere affermativa: avendo il lodo efficacia di sentenza, ex art. 824 *bis* c.p.c., non vi è ragione astratta che ne precluda l'utilizzo nel fallimento.

Antecedentemente alla riforma del diritto fallimentare veniva richiamato analogicamente, per questa evenienza, il disposto dell'art. 95, comma 3, della legge fallimentare⁽¹⁾; oggi la disposizione di riferimento è l'art. 96 n 3 l.f. Esso stabilisce che sono ammessi al passivo con riserva i crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento, con facoltà del curatore di proporre o proseguire il giudizio di impugnazione.

Prima di considerare la valenza dell'istituto del giudicato riguardo al lodo arbitrale, è bene interrogarsi sul problema della certezza di data.

La riforma dell'arbitrato ha chiarito (art. 813, comma 2, c.p.c.) che gli arbitri non sono pubblici ufficiali né incaricati di un pubblico esercizio. Ne consegue che, quantomeno nell'interpretazione più restrittiva del combinato disposto degli articoli 45 l.f. e 2704 c.c., la semplice sottoscrizione e datazione del lodo da parte del collegio arbitrale o

⁽¹⁾ Vedasi, ad esempio Paola Fusai, *L'arbitrato nel diritto fallimentare*, in "L'arbitrato", a cura di C. Cecchella, Torino, 2005, cap. IV, p. 564.

dell'arbitro unico appare insufficiente a conferire al lodo la certezza di data⁽¹²⁾. Questo effetto potrà invece essere conseguito mediante il deposito del lodo ai fini esecutivi (art. 825 c.p.c.) o con la notificazione dello stesso, che dà inizio al termine per l'impugnazione di nullità (art. 829 c.p.c.).

Ancorché il codice di rito non riproponga per l'arbitrato una norma analoga all'art. 324 c.p.c. (cosa giudicata formale), il che rende difficile parlare di "lodo passato in giudicato", resta il fatto che l'impugnazione del lodo per nullità, disciplinata dagli articoli da 827 a 830 del c.p.c., appare come il mezzo di impugnazione ordinario, mentre la revocazione e l'opposizione di terzo, regolati dall'art. 831 c.p.c., assumono le caratteristiche di mezzi "straordinari" di gravame.

Pertanto, decorsi i novanta giorni dalla data di notificazione del lodo oppure l'anno dalla data della sua ultima sottoscrizione (art. 828 c.p.c.), il lodo medesimo acquista una stabilità simile a quella della sentenza passata in giudicato.

Si deve concludere che resta aperta al curatore, il quale si voglia opporre ad un lodo siffatto, soltanto la statisticamente infrequente strada della revocazione?

La risposta è negativa. E trova la propria ragione nel doppio ruolo che, come noto, il curatore fallimentare assume all'interno della procedura: da un lato quale soggetto che subentra al fallito, anche per poter esercitare diritti già esistenti in capo al medesimo; dall'altro lato, quale soggetto terzo, nel momento in cui tutela interessi della massa fallimentare. Proprio in quest'ultima capacità, il curatore potrà impugnare il lodo arbitrale mediante l'opposizione di terzo, in forza del combinato disposto degli artt. 404 e 831 c.p.c. Con la precisazione che l'opposizione di terzo disciplinata dal primo comma dell'art. 404 c.p.c., cosiddetta opposizione ordinaria, non è soggetta a limiti di tempo⁽¹³⁾.

6) Tra i casi in esame, quello degli effetti del fallimento sul procedimento arbitrale in corso si presenta come il più articolato e complesso.

⁽¹²⁾ Per un'aggiornata rassegna sul tema della certezza di data si rinvia a Giuseppe Scotti, *Il bollo postale e la data certa: un rapporto non ancora definitivo*, in *Fallimento & crisi d'impresa*, n. 1/2008, p. 47 ss.

⁽¹³⁾ Peraltro, l'ampiezza degli strumenti a disposizione del curatore fallimentare non deve tradursi in ingiustificato vantaggio: appaiono quindi condivisibili le osservazioni svolte, a commento di Cassazione n. 13442/2005, da Giuseppe Santagada in *Rivista dell'arbitrato*, n. 4/2006, p. 709 ss.

Esso può essere guardato da differenti prospettive: quella puramente processuale, quella sostanziale legata ai diritti fatti valere nell'arbitrato e quella parimenti sostanziale ma collegata ai rapporti pendenti ed alle scelte che si aprono per il curatore. Naturalmente, le prospettive citate debbono in conclusione essere ricomposte in un insieme coerente.

Si prendano le mosse dalla visuale processuale.

La prima disposizione che viene in considerazione è l'art. 43 l.f., a cui la riforma ha aggiunto un ultimo comma del seguente tenore: "*L'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo*".

La dottrina⁽¹⁴⁾ ritiene tuttavia che l'interruzione sia istituto estraneo al sistema arbitrale, per cui la soluzione va ricercata altrove.

Poiché la dichiarazione di fallimento comporta per il fallito la perdita della capacità processuale, appare appropriata una disposizione risultante dalla riforma dell'arbitrato, cioè l'art. 816 *sexies* c.p.c.:

"Se la parte viene meno per morte o altra causa, ovvero perde la capacità legale, gli arbitri assumono le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio. Essi possono sospendere il procedimento.

Se nessuna delle parti ottempera alle disposizioni degli arbitri per la prosecuzione del giudizio, gli arbitri possono rinunciare all'incarico".

Ora, si accantoni per il momento la disposizione appena citata, al fine di venire ad affrontare gli aspetti sostanziali del problema.

Un possibile approccio, come premesso, è quello di guardare alle scelte che il curatore può assumere con riguardo ai rapporti contrattuali pendenti: tema regolato dagli articoli da 72 a 83 *bis* l.f. Quest'ultima disposizione appare particolarmente pertinente, e pertanto ne rammentiamo il contenuto: "*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*".

La norma deve essere raccordata con l'art. 72 l.f., ove si dispone, sul piano più generale e salve le eccezioni previste dagli articoli successivi, che l'esecuzione dei contratti, non ancora completamente adempiuti al momento della dichiarazione di fallimento, rimane sospesa. Spetterà al curatore fallimentare, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, decidere se subentrare nel contratto o sciogliersi dal medesimo; la controparte contrattuale, a sua volta, potrà mettere in mora il curatore per abbreviare il periodo di sospensione (art. 72, comma 2, l.f.).

⁽¹⁴⁾ Cfr. Paola Fusai, *op. cit.*, p. 572.

Resta da prendere in considerazione la terza prospettiva, quella che prende a riferimento i diritti fatti valere nel contenzioso arbitrale. Sul tema costituisce ancora un punto di riferimento la sentenza a sezioni unite della Suprema Corte, che si è così espressa: “*In sede arbitrale non possono essere fatte valere ragioni di credito vantate verso una parte sottoposta a fallimento o ad amministrazione straordinaria, giacché l’effetto attributivo della cognizione agli arbitri, proprio del compromesso o della clausola compromissoria, è in ogni caso (si tratti cioè di arbitrato rituale o di arbitrato irrituale) paralizzato dal prevalente effetto prodotto dal fallimento o dalla apertura della procedura di amministrazione straordinaria, dell’avocazione dei giudizi, aventi ad oggetto l’accertamento di un credito sottoposto alla procedura concorsuale, allo speciale, ed inderogabile, procedimento di verifica dello stato passivo*” (Cassazione, Sez. unite, 6 giugno 2003, n. 9070).

Sviluppate come precede le tre possibili visuali della questione, si può tentarne ora una sintesi.

Due sono le ipotesi che si presentano:

- a) arbitrato pendente relativo ad un rapporto contrattuale conclusosi;
- b) arbitrato pendente relativo ad un rapporto contrattuale non ancora (completamente) adempiuto.

Nel primo caso, occorrerà guardare al contenuto delle azioni svolte dalle parti. Se nei confronti della parte fallita in corso di arbitrato venga fatto valere un diritto di credito, anche per risarcimento del danno, scatterà la “*vis attractiva*” della materia fallimentare, cioè l’obbligo di proporre domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V l.f. E gli arbitri non potranno che prendere atto dell’improcedibilità dell’arbitrato.

Ove, invece, sia in discussione un diritto del fallito, ad esempio in un’azione per la riduzione del prezzo in un contratto di vendita (art. 1492 c.c.), non si vede ragione per la quale l’arbitrato non potrebbe proseguire.

L’ipotesi *sub b)* è più articolata, dal momento che dipende sia dalla scelta del curatore, riguardo alla continuità o meno del rapporto contrattuale sottostante, sia dai diritti fatti valere dalle parti nell’arbitrato.

Sembrano potersi identificare i casi che seguono.

b.1) Il curatore decide di sciogliersi dal vincolo contrattuale: gli arbitri dovranno prendere atto della improcedibilità dell’arbitrato (cfr. art. 83 *bis* l.f.);

b.2) Il curatore decide di subentrare nel contratto.

Se l’arbitrato ha per oggetto diritti del fallito potrà, come sopra indicato, proseguire.

Se l’arbitrato ha per oggetto diritti vantati dall’altro contraente, occorrerà guardare alla loro natura: qualora venga chiesto un bene o un

pagamento, in altre parole qualcosa atto a incidere direttamente sul passivo fallimentare, allora la strada sarà quella indicata dal Capo V l.f. e l'arbitrato non potrà proseguire.

Se invece la domanda è priva di incidenza diretta sul passivo, l'arbitrato può proseguire. Ciò trova conferma nel quinto comma dell'art. 72 l.f., ove si stabilisce che l'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore.

Riprendendo, infine, il contenuto dell'art. 816 *sexies* c.p.c., la possibilità di sospensione del procedimento potrà tornare utile, in particolare, quando si tratti di attendere la decisione del curatore circa il subentro nel contratto, sottostante all'arbitrato, o lo scioglimento dal medesimo.

7) Rimane da analizzare il caso di procedimento arbitrale da iniziarsi successivamente alla dichiarazione di fallimento.

Secondo le norme citate in apertura di questo scritto, non si può dubitare che ciò sia fattibile: l'art. 25 n. 7 l.f. dispone che il giudice delegato “*su proposta del curatore, nomina gli arbitri, verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge*”; nell'art. 35 l.f. si prevede che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, possa concludere compromessi.

Si tratterà, richiamando talora concetti elaborati nel punto precedente, di verificare quali limiti incontri la facoltà del curatore di promuovere arbitrati o di esservi coinvolto come parte. La materia, naturalmente, è anche legata alle scelte che il curatore possa operare circa i rapporti pendenti alla data del fallimento (art. 72 ss. l.f.), in particolare nel caso di esercizio provvisorio dell'impresa (art. 104 l.f.).

I principali criteri d'indagine appaiono: quello che distingue tra azioni attive ed azioni passive nonché quello che differenzia le azioni che scaturiscono dalla procedura fallimentare rispetto a quelle già proprie della sfera giuridica dell'imprenditore dichiarato fallito.

Il compito, in altre parole, è quello di ritagliare per l'arbitrato uno spazio rispetto alla pervasiva competenza del tribunale fallimentare, sancita dall'art. 24 l.f.; eventualmente combinando tra loro i criteri di indagine sopra indicati.

In realtà, già prima della riforma del diritto fallimentare, era stato acquisito dalla dottrina⁽¹⁵⁾ che dall'applicazione dell'art. 24 l.f. andassero escluse le azioni legate al fallimento da una mera occasionalità, quali

⁽¹⁵⁾ Per tutti E.F. Ricci, *Lezioni sul fallimento*, Milano, 1997, I, p. 322 ss.

appunto quelle “proprie” dell’imprenditore fallito. Si pensi al recupero di un suo credito, al risarcimento di un danno dal medesimo subito, alla rivendicazione di un suo diritto reale. Tutte azioni, pertanto, che appaiono compromettibili.

Con una delimitazione negativa, invece, dovranno considerarsi non arbitrabili tutte quelle controversie nascenti dal fallimento ed intimamente legate alla sua natura e funzione, con particolare riferimento alla procedura di verifica dei crediti. In via puramente esemplificativa, si possono citare i seguenti casi:

- reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento (art. 18 l.f.);
- i gravami contro il provvedimento che respinge l’istanza di fallimento (art. 22 l.f.);
- i reclami contro i decreti del giudice delegato e/o del tribunale (art. 26 l.f.);
- i reclami contro gli atti del curatore e/o del comitato dei creditori (art. 36 l.f.);
- la procedura di accertamento del passivo (art. 92 ss. l.f.);
- le impugnazioni relative all’accertamento del passivo (art. 98 l.f.);
- le domande tardive di crediti (art. 101 l.f.).

Legittimi dubbi possono sorgere relativamente alle domande di tipo revocatorio, ordinario e fallimentare (art. 66 ss. l.f.).

Da un lato si tratta di azioni attive, quindi astrattamente arbitrabili; dall’altro, ai sensi dell’art. 70, comma 2, l.f., “*colui che per effetto della revoca prevista dalle disposizioni precedenti ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito*”, pertanto con un possibile impatto sul passivo del fallimento (segno, normalmente, di non assoggettabilità della controversia all’arbitrato).

Tuttavia, considerata sia la sostanziale “automaticità” dell’effetto previsto dall’articolo citato, sia la tendenza espansiva dell’istituto arbitrale, pare a chi scrive che i dubbi siano superabili: forse, dunque, la compromettibilità nel fallimento delle azioni revocatorie è uno dei prossimi traguardi che l’arbitrato potrà raggiungere.

Si vuole, infine, menzionare il caso in cui la clausola compromissoria è contenuta in un contratto nel quale il curatore abbia dichiarato di subentrare.

In tempi non recentissimi, la questione fu così affrontata e risolta dalla Suprema Corte: “*Il curatore che subentra in un contratto stipulato dal fallito, nel quale sia contenuta una clausola compromissoria, non può disconoscere tale clausola – o, in caso di posteriorità della dichiarazione di fallimento alla conclusione dell’arbitrato irrituale, non può sottrarsi agli effetti di questo – ancorché configuri un patto autonomo,*

attesa la riconducibilità di essa allo schema negoziale del mandato collettivo (art. 1726 c.c.) e di quello conferito nell'interesse anche di terzi (art. 1723, secondo comma, c.c.) rispetto ai quali la revoca del solo mandante o di uno solo di essi – e, quindi, anche in deroga al disposto dell'art. 78 della legge fallimentare, il fallimento dell'uno o dell'altro – non ha effetto estintivo del rapporto giuridico costituito attraverso il detto negozio (Cassazione, 11216/1992; in senso sostanzialmente conforme: Cassazione, 19298/2006).

La pronuncia è senz'altro condivisibile laddove non consente di disgiungere il contratto nel quale il curatore è subentrato dalla clausola compromissoria in esso contenuta.

Quanto all'aspetto dei mezzi a disposizione del curatore per sottrarsi agli effetti dell'arbitrato irrituale, si rinvia a quanto detto sopra (punto n. 4) circa questo istituto.

8) Si può ora desumere dalla trattazione svolta qualche conclusione.

La prima e principale consiste nell'osservare come il *favor arbitrati* trovi espressione in entrambe le riforme che sono state qui considerate.

In quella dell'arbitrato, l'art. 824 bis c.p.c. conferma una volta per tutte che (salvo quanto previsto dall'art. 825 c.p.c. ai fini puramente esecutivi) il lodo nascente da arbitrato rituale ha dignità e forza equivalenti a quelle di una sentenza della magistratura ordinaria.

Nella riforma della legge fallimentare, l'insieme costituito dagli articoli 25, 35 e 83 bis l.f. dimostra come l'istituto arbitrale trovi accoglimento nell'ambito del fallimento.

In proposito, circa l'art. 83 bis l.f., ci si è chiesti in dottrina⁽¹⁶⁾ se la disposizione riguardi solo gli arbitrati rituali o anche quelli irrituali.

Ancorché il risultato di un arbitrato di questo ultimo tipo sia, nella sostanza, un contratto, la successione di attività che porta a tale esito viene definita, nell'art. 808 ter c.p.c., come “*procedimento arbitrale*”, nel quale vale il principio di tutela del contraddittorio. Si può quindi concludere che l'art. 83 bis l.f. si applichi anche agli arbitrati irrituali.

Sarà come sempre la giurisprudenza, non ancora formatasi per la prossimità temporale delle riforme esaminate, a corroborare e integrare, o a mettere in discussione, gli assunti che precedono.

⁽¹⁶⁾ S. Bonfatti – P.F. Censoni; *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2007, p. 290.

**La Corte Suprema di Cassazione
Sezione Prima Civile**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CRISCUOLO Alessandro - Presidente -
Dott. MORELLI Mario Rosario - Consigliere -
Dott. FELICETTI Francesco - rel. Consigliere -
Dott. SALME' Giuseppe - Consigliere -
Dott. GILARDI Gianfranco - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

FINTECNA - FINANZIARIA PER I SETTORI INDUSTRIALE E DEI SERVIZI S.P.A., in persona del Dirigente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA VIA ENNIO QUIRINO VISCONTI 20, presso l'avvocato RISTUCCIA Renzo, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato PAOLO SPADA, giusta mandato in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

ITINERA FINANZIARIA S.P.A. IN LIQUIDAZIONE in persona del Liquidatore pro tempore, TODINI COSTRUZIONI GENERALI S.P.A. in persona del vice Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA VTA C. MONTEVERDI 16, presso l'avvocato CONSOLO Giuseppe, che le rappresenta e difende, giusta procura in

calce al controricorso;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 1627/03 della Corte d'Appello di ROMA, depositata il 01/04/03; udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 15/03/2007 dal Consigliere Dott. Francesco FELICETTI; udito per il ricorrente, l'Avvocato SPADA che ha chiesto l'accoglimento del ricorso; udito per il resistente, l'avvocato RUGGIERI, con delega, che ha chiesto il rigetto del ricorso; udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GOLIA Aurelio, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Fatto

1. La Iritecna s.p.a., incorporante di Italstat s.p.a. ed attualmente incorporata da Fintecna s.p.a., nella sua qualità di alienante, in favore di Todini Costruzioni Generali s.p.a. e Itinera Finanziaria s.p.a., di due pacchetti di 221.425 azioni ciascuno della Pavimentai s.p.a., al prezzo unitario di 19.453, con citazione 1 marzo 1994, conveniva dinanzi al tribunale di Roma la Todini Costruzioni Generali s.p.a. e l'Itinera Finanziaria s.p.a., chiedendo che fossero condannate a pagare un'integrazione di prezzo delle azioni, secondo quanto stabilito dagli accordi fra di esse intervenuti, oltre accessori. Le società convenute si costituivano eccependo l'esistenza di una clausola compromissoria, per cui la Questione doveva essere devoluta ad un arbitrato. Nel merito chiedevano il rigetto della domanda e proponevano domanda riconvenzionale per la restituzione di somme pagate a titolo d'imposta, il Tribunale, ritenendo che l'eccezione di compromesso non potesse essere accolta per essere stata proposta una domanda riconvenzionale non subordinata espressamente al suo accoglimento, decideva la causa nel merito, accogliendo la domanda principale e rigettando la riconvenzionale. Le società convenute proponevano appello dinanzi alla Corte di Appello di Roma la quale, con sentenza depositata il giorno 1 aprile 2003 - comunicata il 16 maggio 2003 - accoglieva l'eccezione di compromesso e dichiarava l'incompetenza del Giudice ordinario. Avverso tale sentenza la Fintecna s.p.a. ha proposto ricorso a questa Corte, con atto notificato il 13 giugno 2003 alla Todini Costruzioni Generali s.p.a. ed alla Itinera Finanziaria s.p.a., formulando un unico motivo. La Todini Costruzioni Generali s.p.a. la Itinera Finanziaria s.p.a. resistono con controricorso notificato il 15 luglio 2003.

Entrambe le parti hanno depositato memorie e la Fintecna anche note di udienza.

Diritto

1. Con il ricorso si denunciano la violazione degli artt. 38, 112 e 166 c.p.c., nonché dell'art. 47 c.p.c., e vizi motivazionali. Si premette che la sentenza impugnata ha dichiarato l'incompetenza del giudice ordinario affermando che le parti avevano compromesso la controversia in arbitrato rituale; che le società convenute avevano entrambe formulato nella comparsa di risposta l'eccezione di compromesso; che la proposizione contestuale da parte loro di una domanda riconvenzionale, non espressamente subordinata all'accoglimento della eccezione di compromesso, non comportava rinuncia all'eccezione, come aveva invece ritenuto il Tribunale. Si deduce che la sentenza impugnata non mette in dubbio il principio secondo il quale la proposizione di una domanda riconvenzionale, non subordinata al diniego di declaratoria della cognizione del giudice adito sulla domanda attrice costituisca comportamento incompatibile con la proposizione dell'eccezione di compromesso, né che tale eccezione debba essere formulata nella prima scrittura difensiva. Si deduce, altresì, che la sentenza impugnata ha accertato la mancanza, nel caso di specie, di una formale subordinazione della domanda riconvenzionale al mancato accoglimento dell'eccezione di compromesso, ma ha ritenuto di potere ricavare tale subordinazione dal contesto delle comparse di risposta delle convenute, sulla base dei loro profili concettuali e logico-sistematici. Secondo la società ricorrente, peraltro, la sentenza impugnata, nel procedere all'interpretazione degli atti del giudizio, avrebbe attinto impropriamente alla scrittura di entrambe le parti, così ricavando il proprio convincimento "da una scrittura che non è mai stata agli atti del giudizio". Al riguardo nel motivo di ricorso si deduce che le due società convenute sono state in giudizio con difensori diversi ed hanno depositato distinte e diverse comparse di risposta.

Erroneamente, pertanto, la Corte di Appello avrebbe tratto il proprio convincimento attraverso un collage di frasi estrapolate dalle due comparse. Ne deriverebbe la violazione del principio della domanda, che va riferito a ciascuna parte, nonché delle regole sulla competenza, dalla Corte ritenute applicabili anche nella materia de qua.

Il ricorso è infondato.

2. Va premesso che il giudizio de quo fu promosso dinanzi al Tribunale nel 1994, epoca in cui, secondo il consolidato orientamento di

questa Corte, ribadito ancora sino agli inizi dell'anno 2000, in presenza di un compromesso o di una clausola compromissoria, che prevedessero il ricorso a un arbitrato rituale, la deduzione della devoluzione della questione insorta al collegio arbitrale e non al giudice ordinario, si configurava come una questione di competenza (da ultimo Cass. Sez. Un. 23 febbraio 2000, n. 15), e l'eccezione con la quale si deduceva l'incompetenza del Giudice adito, per essere la causa devoluta ad arbitrato doveva essere proposta in "limite litis", con la prima difesa (Cass. sez. un., 28 novembre 1996, n. 10617, ancora ribadita da Cass., 26 gennaio 2000, n. 870).

Successivamente, anche a seguito di una rimeditazione della problematica in relazione alla riforma dell'arbitrato del 1994, tale orientamento è cambiato, e secondo l'indirizzo giurisprudenziale oggi consolidato, la devoluzione della controversia ad arbitri si configura come rinuncia all'esperienza dell'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, attraverso la scelta di una soluzione della controversia con uno strumento di natura privatistica (Cass. Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527). Ne deriva che il patto compromissorio, oltre all'effetto di devolvere agli arbitri la soluzione della controversia, producendo l'effetto, parallelo, di privare l'autorità giudiziaria del potere di pronunciarsi su di essa, non attiene né al riparto della giurisdizione fra organi giudiziari, né al riparto, fra di essi, della competenza (da ultimo Cass. 21 novembre 2006, n. 24681; 19 maggio 2006, n. 11857; ordinanza 27 maggio 2005, n. 11315).

Tale effetto, peraltro, trattandosi di materia disponibile - sia secondo il precedente orientamento, sia secondo l'attuale - non si realizza d'ufficio, ma solo con la proposizione dell'*exceptio compromissi*, che questa Corte in precedenza riteneva un'eccezione di carattere processuale, mentre attualmente ritiene un'eccezione di merito, riguardando l'interpretazione e la validità del compromesso o della clausola compromissoria (Cass. sez. un., ord. 6 luglio 2005, n. 14205; 3 agosto 2000, n. 527; 3 ottobre 2002, n. 14223).

Detta eccezione, secondo l'orientamento attuale, si configura come un'eccezione propria ed in senso stretto (Cass. 1 marzo 2006, n. 4542), avendo per oggetto la prospettazione di un fatto impeditivo dell'esercizio della giurisdizione statale, e va quindi - secondo tale orientamento - proposta dalle parti nei tempi e nei modi proceduralmente necessari ad evitarne la preclusione, che non sono, per quanto sopra detto, quelli propri dell'eccezione d'incompetenza (art. 38 c.p.c.), ma quelli propri delle eccezioni di merito.

Nel caso di specie è pacifico in causa che entrambe le parti convenute (la Todini Costruzioni Generali s.p.a. e l'Itinera Finanziaria s.p.a.)

formularono l'eccezione di compromesso nelle rispettive comparse di risposta e nessuna questione è stata, pertanto, sollevata in ordine alla tempestività della sua proposizione. Con il motivo di ricorso, infatti, si deduce unicamente che, essendo state formulate in dette comparse, da entrambe le parti, anche domande riconvenzionali, non espressamente subordinate al rigetto dell'*exceptio compromissi*, questa doveva intendersi implicitamente rinunciata per l'incompatibilità della sua proposizione con la proposizione di domande riconvenzionali, secondo quanto sarebbe stato affermato da questa Corte con la sentenza n. 13317 del 1992.

3. Ritiene questo collegio che la contemporanea proposizione, con la comparsa di risposta, sia dell'*exceptio compromissi*, sia di una domanda riconvenzionale, non implica la necessità di subordinare espressamente la domanda riconvenzionale al rigetto dell'*exceptio compromissi* al fine di evitare che sia ritenuta rinunciata, in conseguenza della proposizione della domanda riconvenzionale, l'eccezione di compromesso. E ciò sia in relazione all'indirizzo giurisprudenziale sulla natura dell'*exceptio compromissi* antecedente alla sentenza n. 527 del 2000 delle sezioni unite - esistente all'epoca in cui il presente giudizio fu promosso - sia in relazione all'indirizzo attuale.

In relazione al precedente indirizzo, configurandosi l'eccezione di compromesso come un'eccezione processuale (d'incompetenza), essa dava luogo ad una questione pregiudiziale di rito. Ne derivava che, a norma e secondo la sistematica dell'art. 276 c.p.c., comma 2, il Giudice era tenuto a deciderla con precedenza rispetto ad ogni questione di merito, compresa quella concernente la fondatezza della domanda riconvenzionale. La subordinazione della domanda riconvenzionale al rigetto della eccezione di compromesso, era pertanto processualmente necessitata, cosicché una sua esplicita subordinazione doveva ritenersi del tutto ultronea. In questa ottica, del resto, va considerato che questa Corte ha espressamente stabilito che la volontà di rinunciare a un'eccezione d'incompetenza del giudice adito non è logicamente desumibile dalla proposizione di una domanda riconvenzionale (Cass. 15 marzo 2005, n. 5572).

In relazione all'attuale indirizzo l'eccezione di compromesso si configura come una questione preliminare di merito (Cass. 28 luglio 2004, n. 14234). Ha la contemporanea proposizione dell'eccezione di compromesso e della domanda riconvenzionale, per ragioni di logica giuridica, implica comunque la ontologica subordinazione della domanda riconvenzionale al mancato accoglimento dell'eccezione di compromesso, in quanto la fondatezza di tale eccezione, che con la sua proposizione si deduce e si chiede di accertare, è incompatibile con l'esame della domanda

riconvenzionale, cosicché la proposizione dell'eccezione implica naturaliter - di per sé - il carattere subordinato della domanda riconvenzionale, stante la "pregiudizialità" logica dell'eccezione di compromesso, con la conseguenza che la sua espressa subordinazione a tale mancato accoglimento sarebbe ultronea.

Sulla base di tali considerazioni, va pertanto affermato il principio (precisandosi quanto già affermato da questa Corte nelle sentenze 7 luglio 2004, n. 12475 e 19 dicembre 2000, n. 15941) secondo il quale la domanda riconvenzionale che, dinanzi al Giudice ordinario, il convenuto proponga nella comparsa di risposta contestualmente alla formulazione dell'eccezione di compromesso è da ritenersi sempre proposta in via subordinata al mancato accoglimento di tale eccezione che, se accolta, preclude la cognizione sia della domanda dell'attore, sia della domanda riconvenzionale.

Le considerazioni che precedono dimostrano in modo assorbente l'infondatezza del motivo, non risultando decisive, ai fini del decidere, le censurate considerazioni della Corte di Appello la quale, dopo avere rilevato la proposizione nelle comparse di risposta dell'eccezione di compromesso, si è soffermata a motivare in concreto sulla esistenza nelle parti della volontà di subordinare le domande riconvenzionali proposte al suo mancato accoglimento, mentre - per quanto sopra detto - ciò non era necessario. A diverso avviso non può indurre la sentenza di questa Corte (n. 13317 del 1992) menzionata dalla ricorrente, la quale si riferisce ad una ipotesi in cui l'eccezione di compromesso non fu proposta nella comparsa di risposta contestualmente alla domanda riconvenzionale, ma in un'udienza successiva.

Il ricorso deve quindi essere rigettato, con la condanna della società ricorrente alle spese del giudizio di Cassazione, che si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M

LA CORTE DI CASSAZIONE Rigetta il ricorso e condanna la società ricorrente alle spese del giudizio di cassazione, che liquida complessivamente in favore delle società Todini Costruzioni Generali s.p.a. ed Itinera Finanziaria s.p.a. nella misura di Euro quindicimiladuecento per onorar, di cui Euro duecento per spese vive, oltre spese generali e accessori come per legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile, il 15 marzo 2007.

Depositato in Cancelleria il 30 maggio 2007.

9. COMMENTO A CASSAZIONE CIVILE, SEZ I, 30 MAGGIO 2007, N. 12684

1. La pronuncia che si annota qualifica l'eccezione di compromesso una questione preliminare di merito. La contestuale proposizione di tale eccezione e della domanda riconvenzionale nella comparsa di risposta non implica la necessità di subordinare espressamente la seconda al rigetto della prima, in quanto l'esame della domanda riconvenzionale è ontologicamente condizionato al mancato accoglimento dell'eccezione di compromesso.

2. La prima questione analizzata dalla Suprema Corte attiene la qualificazione dell'eccezione di compromesso e l'individuazione del termine entro il quale, a pena di decadenza, può essere eccepita.

Secondo la Suprema Corte la devoluzione della controversia agli arbitri si configura come rinuncia alla giurisdizione dello Stato, preferendo le parti uno strumento di natura privatistica.

La scelta dello strumento arbitrale può essere contenuta in una clausola compromissoria o in un compromesso: *species* appartenenti ad un unico *genus*, individuato dalla riforma attuata con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, nella "convenzione d'arbitrato".

L'eccezione di compromesso si palesa nelle situazioni in cui sia stata inserita nel contratto stipulato tra le parti una clausola compromissoria o sia intervenuto, dopo l'insorgere della lite, la stipulazione di un compromesso. Entrambe le soluzioni denotano la volontà delle parti di devolvere alla cognizione di un arbitro l'oggetto del contendere.

Può succedere che, pur in presenza di una convenzione d'arbitrato, la controversia sia stata instaurata avanti ad un giudice ordinario o, al contrario, sia stato promosso un giudizio arbitrale, all'interno del quale una parte ha sollevato la questione relativa alla validità od efficacia della convenzione d'arbitrato.

Secondo la Suprema Corte l'eccezione di compromesso è una questione preliminare di merito, riguardante l'interpretazione e la validità del compromesso o della clausola compromissoria, e costituisce un'eccezione propria e in senso stretto, in quanto avente ad oggetto la

prospettazione di un fatto impeditivo dell'esercizio della giurisdizione statale e rilevabile solo su istanza di parte.

Tale conclusione non è sempre stata pacifica e diversi orientamenti sono stati proposti.

La natura dell'eccezione di compromesso è una delicata questione che riguarda le contestazioni relative all'interpretazione, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato sulla quale è intervenuta più volte la Suprema Corte e, da ultimo, la riforma introdotta con il d.lgs. 40/2006.

Dalla qualificazione dell'eccezione di compromesso discende l'individuazione degli strumenti utilizzabili per poter impugnare il provvedimento che statuisce sull'eccezione stessa; nonché la determinazione del termine e delle modalità di esperibilità.

Al fine di analizzare compiutamente la questione appare utile esaminare, in prima battuta, il contenuto delle pronunce rese dalla Suprema Corte.

3. Originariamente la Suprema Corte ha sostenuto la natura giurisdizionale dell'attività degli arbitri, ritenendo che i poteri decisorii degli arbitri si pongono su un piano sostitutivo di quelli del giudice ordinario (Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1983 n. 5922).

Sulla base di tale considerazione, la nullità del compromesso o della clausola compromissoria determina un difetto di giurisdizione degli arbitri che è rilevabile dal giudice ordinario, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo.

Il difetto di giurisdizione degli arbitri travolge il giudizio arbitrale, imponendo la cassazione senza rinvio della decisione sull'impugnazione del lodo (Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360).

La Suprema Corte sottolinea che, pur avendo l'attività degli arbitri natura giurisdizionale, non è utilizzabile il regolamento di giurisdizione, disciplinato dall'art. 41 c.p.c.

L'inutilizzabilità del regolamento di giurisdizione si ha sia durante la pendenza del giudizio arbitrale – atteso che tale strumento postula la pendenza di un procedimento davanti ad organi giurisdizionali dello Stato – sia in pendenza del giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale – tenuto conto che il lodo stesso, dopo il decreto di esecutività dell'autorità giudiziaria, 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 di giurisdizione trova ostacolo nell'esistenza di una decisione nel merito in primo grado (Cass. Sez. Un., 10 dicembre 1981, n. 6530; Cass., 5 dicembre 1985, n. 680).

4. A partire dagli anni '90, a seguito della riforma introdotta con la l. 9 febbraio 1983 n. 28, la Suprema Corte ha adottato un diverso orientamento.

L'eccezione di devoluzione della controversia agli arbitri è considerata, nel caso di arbitrato rituale, questione di competenza; nel caso di arbitrato irrituale, questione relativa alla proponibilità della domanda.

L'eccezione di compromesso è questione pregiudiziale di rito, ovvero l'esistenza del potere degli arbitri di conoscere di una determinata controversia concerne l'esistenza o meno di quei requisiti che condizionano il dovere del giudice di pronunciarsi sul fondamento della domanda.

Di conseguenza, la Suprema Corte continua a ritenere inammissibile il regolamento di giurisdizione eventualmente proposto, motivando però tale conclusione in base al rilievo che i rapporti tra il giudice ordinario e gli arbitri non attengono ad un riparto di giurisdizione (Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 15).

La Suprema Corte precisa, altresì, che l'eccezione di compromesso è validamente proposta solo se contenuta nella prima difesa (Cass., Sez. Un., 28 novembre 1996, n.10617); mentre, se diretta a far rilevare l'assoggettabilità della controversia ad arbitrato irrituale, deve, comunque, essere sollevata in sede di merito dalla parte.

In caso di mancata proposizione dell'eccezione nei termini previsti si consolida la competenza del giudice ordinario o, in caso contrario, l'inesistenza della convenzione arbitrale non eccepita nel processo arbitrale comporta lo svolgimento del giudizio come se il compromesso o la clausola compromissoria fossero stati stipulati.

L'esistenza e l'operatività del compromesso o della clausola compromissoria non possono essere rilevate dal giudice d'ufficio e le parti non possono manifestare per la prima volta in Cassazione l'intento di avvalersi del compromesso (Cass., 26 gennaio 2000, n. 870).

5. Con la sentenza n. 527 resa il 3 Agosto 2000, la Suprema Corte a Sezioni Unite ha manifestato l'intento di rivisitare la tradizionale configurazione della funzione degli arbitri come equivalente e sostitutiva di quella dei giudici statali ed ha aderito alla diversa impostazione che concepisce l'arbitrato ed il lodo quali fenomeni di valenza giuridica negoziale (Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2000, Padova).

Corollario di tale accezione di arbitrato è che l'accordo arbitrale è un patto di rinuncia alla tutela giurisdizionale.

A conforto di tale tesi si sottolinea l'abrogazione dell'art. 825, ult. co. c.p.c., che conferiva espressamente al lodo omologato efficacia di

sentenza, unitamente all'eliminazione del *nomen* "sentenza arbitrale".

La Suprema Corte mantiene fermo l'orientamento secondo il quale il regolamento di giurisdizione non è proponibile, né durante il procedimento arbitrale, né in sede di impugnazione per nullità del lodo ma, in base alle modifiche apportate alla disciplina arbitrale dalla riforma del 1994, ritiene che le ragioni a suo fondamento debbano essere modificate. Il giudizio arbitrale è ritenuto atto di autonomia privata, di conseguenza, si deve escludere che si possa parlare degli arbitri come di organi giurisdizionali dello Stato (Cass., 24 maggio 1995, n. 377).

La Suprema Corte si sofferma anche a confutare gli argomenti portati a sostegno della natura giurisdizionale dell'arbitrato ed afferma che: 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; la constatazione che la legge fissa in modo analitico il regime formale del procedimento arbitrale e del lodo può solo dimostrare che l'ordinamento giuridico ha dettato regole per il procedimento arbitrale, ma non che ha conferito allo stesso natura giurisdizionale; il rilievo che per legge il lodo è dotato di tutti o di taluni effetti della sentenza pronunciata dai giudici dello Stato non è rilevante ai fini della soluzione dei problemi sulla natura dell'arbitrato.

La natura privata dell'arbitrato porta a qualificare, a parere della Suprema Corte, il procedimento arbitrale come ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale e ne costituisce la negazione.

La devoluzione della controversia ad arbitri si configura quale rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, da ciò consegue la natura del compromesso quale patto di deroga alla giurisdizione.

In base a questa prospettiva si deve escludere che la contestazione nel giudizio arbitrale della capacità degli arbitri di conoscere una controversia possa essere qualificata come questione di giurisdizione o di competenza: la stessa si configura quale eccezione di validità del compromesso o della clausola compromissoria.

Dalla natura privatistica dell'arbitrato rituale e dalla qualificazione dell'eccezione di compromesso quale eccezione di merito attinente l'interpretazione e la validità del compromesso o della clausola compromissoria (Cass., 19 maggio 2006, n. 11857; Cass., Sez. Un., 6 luglio 2005, n.14205; Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 9289) discendono importanti conseguenze: avverso la decisione del giudice togato che pronuncia sull'eccezione di compromesso non risultano esperibili né il regolamento necessario e facoltativo di competenza, ai sensi degli artt. 42 e 43 c.p.c. (Cass., Sez. Un., 3 ottobre 2002, n. 14223); né il rimedio del

regolamento di giurisdizione disciplinato dall'art. 41 c.p.c.; l'eccezione di compromesso, avendo natura sostanziale, non è soggetta ai limiti temporali delle questioni di competenza ex art. 38, co. 2, c.p.c., ma deve invece essere considerata un'eccezione di merito, non rilevabile d'ufficio, proponibile a pena di decadenza nella comparsa di risposta ex art. 167, co. 2, c.p.c.

6. La disciplina dell'arbitrato è stata oggetto di profonde riforme con la l. 5 gennaio 1994 n. 25 e il d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40.

L'attuale art. 817 c.p.c. è rubricato "Eccezione di incompetenza": al primo comma enuncia il principio secondo il quale gli arbitri decidono sulla loro competenza nel momento in cui questa nel corso del procedimento arbitrale è contestata (*"Se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione di arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla loro competenza"*).

L'art 817, co. 2, c.p.c. si preoccupa di precisare il termine entro il quale deve essere sollevata l'eccezione disponendo che: *"La parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile"*.

Se ne deduce che l'eccezione è sollevata tempestivamente solo se formulata nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri; diversamente, la parte sarà considerata decaduta dalla possibilità di impugnare il lodo facendo valere tale lagnanza.

La ragione di questa decadenza si collega ad esigenze di lealtà processuale, onde evitare che tale eccezione sia in grado di porre in discussione il lodo per motivi che avrebbero potuto essere sollevati sin dalle fasi preliminari del procedimento arbitrale.

L'unica deroga ammessa attiene il caso di controversia non arbitrabile ed è da ricollegarsi a ragioni di ordine pubblico.

L'819 *ter*, co. 1, c.p.c., di interesse ai fini dell'analisi dell'eccezione di compromesso, attiene i "Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria" stabilendo al primo comma che: *"La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice. La sentenza con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione ad una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43. L'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione d'arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio"*.

La norma prevede che il giudice ordinario deve affermare o negare la

propria competenza, in presenza di una convenzione d'arbitrato, con sentenza che sarà impugnabile con il regolamento necessario di competenza ed il regolamento facoltativo di competenza, disciplinati dagli artt. 42 e 43 c.p.c.

Anche nell'ambito di un giudizio ordinario di cognizione, l'eccezione deve essere sollevata dal convenuto nella comparsa di risposta, a pena di decadenza, pena l'esclusione della competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa dal giudice statale.

La questione concernente la *potestas iudicandi* arbitrale costituisce, secondo un'interpretazione letterale, una questione di competenza.

Il legislatore, con la riforma introdotta con il d.lgs. 40/2006, pone fine al dibattito escludendo che il potere degli arbitri di valutare la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione arbitrale, costituisca una questione di merito, considerandola di rito.

Gli arbitri non conoscono della loro competenza in via incidentale, ma la decidono in via principale e tale determinazione costituisce oggetto del lodo.

La decisione sulla competenza spetta ai soli arbitri e non a soggetti estranei.

E' così sancito il principio della *kompetenz-kompetenz*: ovvero il potere degli arbitri di valutare la sussistenza dei presupposti che consentono loro di conoscere della controversia.

La scelta del legislatore di riconoscere il potere agli arbitri di valutare la loro competenza non è stata perseguita sino in fondo, alla luce del disposto normativo contenuto nell'art. 819 ter, co. 4, c.p.c. il quale esclude – tra gli altri – l'applicazione degli articoli 44 e 45 c.p.c.

Ciò comporta che la decisione degli arbitri sulla competenza, così come contenuta nel lodo, non sia contestabile secondo le modalità prescritte dall'art. 44 c.p.c. e che non possa verificarsi il caso di conflitto di competenza disciplinato dall'art. 45 c.p.c.

Secondo quanto prescrive l'art. 44 c.p.c., nel caso in cui la sentenza contenga la dichiarazione di incompetenza del giudice adito è necessario proporre l'istanza di regolamento per poter contestare il contenuto della decisione, diversamente non sono contestabili l'incompetenza dichiarata e la competenza del giudice se la causa è riassunta nel termine prescritto dall'art. 50 c.p.c., salvo che si tratti di incompetenza per materia o di incompetenza per territorio inderogabile.

L'art. 45 c.p.c. disciplina l'ipotesi in cui il giudice si sia dichiarato incompetente ed abbia ravvisato la competenza di altro giudice il quale, a sua volta, si ritiene incompetente e propone, di conseguenza, il

regolamento di competenza per stabilire quale sia il giudice competente.

La mancata applicazione degli artt. 44 e 45 c.p.c. all'arbitrato comporta, da un lato, l'impossibilità di contestare il contenuto del lodo relativo alla competenza degli arbitri; dall'altro, esclude che possa sorgere una controversia tra autorità giudiziaria ed arbitri circa la competenza.

7. La Suprema Corte si pronuncia anche sul rapporto intercorrente fra eccezione di compromesso e domanda riconvenzionale.

A nulla rileva che contestualmente all'*exceptio compromissi* la parte formuli anche una domanda riconvenzionale senza sancire espressamente il subordinate di quest'ultima al mancato accoglimento della prima, poiché l'eccezione di compromesso comporta una subordinazione della domanda riconvenzionale che sarà esaminata dal giudice solo nel caso di mancato accoglimento dell'*exceptio compromissi*.

Nel caso in cui l'eccezione di compromesso sia stata correttamente sollevata gli arbitri devono decidere immediatamente della questione, indipendentemente dal merito.

La pronuncia avrà la forma del lodo, che sarà definitivo se gli arbitri riterranno fondata l'eccezione di compromesso; non definitivo se, al contrario, la lagnanza sarà ritenuta infondata ed il lodo sarà seguito da un'ordinanza che disporrà la prosecuzione del giudizio arbitrale per la valutazione nel merito della controversia.

Se la soluzione adottata dalla Suprema Corte era condivisibile anche prima della riforma introdotta dal d.lgs. 40/2006; essa si dimostra oggi ancor più coerente.

Invero, statuendo l'art. 817 c.p.c. che l'eccezione di compromesso è questione di rito, ne consegue che l'autorità adita esamina prima le questioni di rito eventualmente sollevate dalle parti per poi valutare il merito della controversia.

La competenza è questione di rito che si pone come requisito condizionante il dover dell'arbitro di pronunciarsi in merito al rapporto giuridico.

La domanda riconvenzionale è una questione di merito sollevata dal convenuto sulla quale l'arbitro è chiamato a pronunciarsi dopo aver accertato l'esistenza della sua competenza.

La novazione della clausola arbitrale irrituale mediante transazione

L'atto di transazione che richiama espressamente il contenuto del contratto principale, contenente una clausola arbitrale irrituale, costituisce negozio accessorio rispetto a quello originario e non ha valore novativo.

Nell'arbitrato irrituale, quand'anche il titolo in base al quale è stato conferito il mandato agli arbitri non sia individuabile nella clausola compromissoria contenuta nel contratto d'appalto, la prova scritta del compromesso è desumibile dagli atti di costituzione depositati dalle parti e dalle conclusioni ivi rassegnate.

Cenni di fatto

In data 23/11/2001, le parti stipulavano un contratto d'appalto, impegnandosi a devolvere qualsiasi controversia che tra loro fosse insorta a degli arbitri che avrebbero deciso quali amichevoli compositori senza obbligo di formalità di procedere.

Al termine dei lavori, essendo insorta controversia tra le parti in ordine all'entità del corrispettivo, i contraenti sottoscrivevano una transazione datata 23/05/2005.

Stante l'inadempimento del debitore, l'appaltatrice otteneva un decreto ingiuntivo e la committente si opponeva eccependo l'esistenza di una clausola compromissoria nell'originario contratto d'appalto ma rilevando che l'atto di transazione aveva novato l'originario accordo.

Nelle more del giudizio ordinario, l'appaltatrice introduceva il giudizio arbitrale chiedendo che il collegio dichiarasse che la transazione era inefficace, nulla o annullabile.

La decisione del tribunale

Nello svolgimento della decisione il tribunale affronta due questioni meritevoli di attenzione; la prima riguarda la validità della novazione della

clausola compromissoria irrituale mediante atto transattivo, la seconda concerne il requisito della forma scritta per la clausola compromissoria irrituale.

I. L'assunto dell'attrice è il seguente: la transazione aveva natura novativa rispetto all'originario contratto d'appalto, contenente la clausola compromissoria, perciò gli arbitri non avevano il potere di decidere.

Nel caso specifico, il tribunale dichiarava l'infondatezza della tesi attorea, con la motivazione che la transazione richiamava espressamente il contenuto del contratto originario, prevedendo testualmente che "per tutto quanto non previsto nel presente accordo si rimanda agli accordi scritti intercorsi tra le parti".

Il tribunale negava, dunque, carattere novativo alla transazione, così come formulata, essendo questa priva dell'elemento soggettivo tipico della novazione, ossia l'*animus novandi*.

Come risulta chiaramente dall'art. 1230 comma 2 c.c., la volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco, mentre la volontà delle parti, nel caso in commento, è orientata in senso opposto, dato che le parti hanno inteso mantenere in vita gli accordi precedentemente stipulati.

Secondo il tribunale, il negozio transattivo appariva accessorio rispetto a quello originario e il suo contenuto era volto ad integrare quanto già previsto dalle parti, al fine di dirimere tutte le possibili controversie, escludendo così qualsiasi valore estintivo del nuovo patto.

Per fare maggiore chiarezza nel percorso logico-giuridico seguito dal giudice unico, può essere utile soffermarsi sull'oggetto del contratto d'appalto e su quello della transazione. Infatti, per aversi novazione, oltre all'elemento soggettivo, occorre che sia modificato l'oggetto o il titolo dell'originario negozio in modo tale che la nuova obbligazione risulti incompatibile con quella precedente.

La transazione intervenne al termine dei lavori, dopo che fu insorta una controversia tra le parti in ordine all'entità del corrispettivo dovuto dalla committente, sebbene le parti avessero già pattuito l'importo complessivo dei lavori.

In particolare l'importo stabilito a seguito della transazione, circa 50.000 euro, fu notevolmente inferiore rispetto a quello pattuito nell'originario contratto d'appalto, Lire 1.800.000.000, tanto da far presumere – la sentenza non è chiarissima sul punto – che la lite avesse riguardato non la complessività dei lavori, ma l'entità dell'importo relativo ad ulteriori e diversi lavori non previsti nell'originario capitolato.

Se i fatti sono questi, si rafforza la tesi della natura accessoria e non

novativa della transazione, mediante la quale le parti non intendevano estinguere l'originaria obbligazione pecuniaria, in quanto la sostituzione del pagamento di una notevole somma di denaro con una somma di gran lunga inferiore sarebbe stata irrealistica; le parti volevano solamente risolvere dei contrasti sorti sopra un ulteriore rapporto, altro e diverso rispetto a quello principale sebbene ad esso collegato, che vedeva l'appaltatore impegnarsi in opere originariamente imprevedute.

A tal proposito, il tribunale ha parlato di parziale novazione dell'accordo originario con riferimento al negozio transattivo.

A mio parere, tuttavia, con questa affermazione, il tribunale si contraddice con quanto detto poco sopra ossia che il nuovo accordo è integrativo del contratto originario. Una cosa è dire che un accordo è accessorio, integrativo, modificativo di un altro accordo, altra cosa è invece dire che un accordo è novativo in quanto la novazione opera in modo del tutto opposto all'accessorietà, essendo la novazione "il contratto con il quale le parti del rapporto sostituiscono all'obbligazione originaria, che di conseguenza si estingue, una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso" (art. 1230 comma 1 c.c.); ma la transazione non ebbe ad oggetto l'obbligazione principale del contratto d'appalto, bensì un'altra obbligazione aggiuntiva, sulla quale sorse la controversia.

Probabilmente il tribunale utilizza in modo atecnico l'espressione novazione parziale, volendo con essa riferirsi al fatto che la novazione ha coinvolto proprio quella seconda obbligazione che impegnò le parti sulla base di una parte del contratto; sarebbe infatti inammissibile la novazione parziale di un'unica obbligazione pecuniaria indivisibile, manifestando il negozio estintivo i suoi effetti in tutto o per niente.

Assodato che nel caso di specie non vi è stata estinzione della clausola compromissoria perché non si sono manifestati gli elementi costitutivi della novazione, resta comunque irrisolta la questione teorica principale cioè se sia possibile estinguere una clausola compromissoria irrituale mediante la transazione.

La giurisprudenza ammette una tale possibilità a certe condizioni: sul piano oggettivo è necessario che le parti, onde risolvere o prevenire una lite, siano addivenute ad una rinunzia reciproca, anche parziale, alle proprie pretese, volta a modificare, estinguendola, la situazione negoziale precedente e ad instaurarne una nuova in quanto tra i due rapporti, il vecchio e il nuovo, vi sia una situazione di obiettiva incompatibilità; sul piano soggettivo, è necessario che sussista una inequivoca manifestazione di volontà delle parti in tal senso, ovvero che esse abbiano palesato il loro intento di instaurare tra loro un nuovo rapporto e di estinguere quello

originario, dando a tale volontà forma e contenuto adeguati⁽¹⁷⁾.

Rispetto all'arbitrato, la volontà di estinguere l'obbligazione assunta dalle parti di rimettere la lite ad un terzo, potrebbe manifestarsi nell'intento delle parti di risolvere personalmente e amichevolmente la lite, mediante reciproche concessioni, come avviene, appunto, nella transazione.

Per inciso, l'operazione avrebbe anche un positivo ritorno economico per le parti, le quali risparmierebbero sul compenso spettante all'arbitro o al collegio arbitrale e sulle spese del procedimento.

Tra l'obbligazione sorta dalla clausola compromissoria e quella nascente dalla transazione ci sarebbe dunque quella obiettiva incompatibilità che giustificerebbe, secondo la giurisprudenza, l'operatività della novazione.

II. La seconda questione trattata dal giudice unico che vorrei analizzare riguarda la forma del compromesso e della clausola compromissoria irrituale.

Il tribunale aderisce totalmente ad un assai consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale la forma scritta a pena di nullità è richiesta, a norma dell'art. 807 c.p.c., unicamente per l'arbitrato rituale, mentre, per quello irrituale, detta forma è richiesta solo se esso concerne rapporti per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1350 c.c., dovendosi, negli altri casi, fare riferimento all'art. 1967 c.c., relativo alla forma scritta *ad probationem*⁽¹⁸⁾.

In base a tale principio ne consegue che, nel caso di specie, quand'anche il titolo in base al quale è stato conferito il mandato agli arbitri non sia individuabile nella clausola compromissoria contenuta nel contratto d'appalto, la prova scritta del compromesso è desumibile dagli atti di costituzione depositati dalle parti e dalle conclusioni ivi rassegnate.

La motivazione del tribunale risulta, a mio avviso poco specifica, quindi merita qualche riflessione.

Nel nostro ordinamento giuridico vige il principio secondo cui la forma degli atti e dei negozi giuridici è libera, a meno che la legge espressamente non ne preveda una determinata forma a pena di nullità.

In altri casi, invece, la legge impone una certa forma come requisito per la prova e non per l'esistenza del negozio.

⁽¹⁷⁾ Cass. 28/02/2006, n. 4455, Cass. 13/12/2005, n. 27448.

⁽¹⁸⁾ *Ex plurimis* Cass. 05/09/1992, n. 10240; Cass. 25/08/1998, n. 8417; Cass. 04/11/2004, n. 21139.

Con riferimento all'arbitrato, occorre distinguere tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale. Il primo s'intende validamente instaurato solo sulla base di una clausola compromissoria o di un compromesso avente forma scritta, a norma dell'art. 807 c.p.c., il secondo, invece, può validamente instaurarsi anche sulla base di un mandato agli arbitri stipulato verbalmente, in quanto l'art. 808-ter c.p.c. non sanziona con la nullità la mancanza di forma scritta.

La differenza tra le due discipline sta nella circostanza che l'arbitrato rituale costituisce una deroga alla giurisdizione e una rinuncia da parte dei privati al diritto di azione sicché, imponendo la regola della forma scritta *ad substantiam*, il legislatore ha voluto concentrare l'attenzione delle parti sull'importanza del patto che esse s'accingessero a sottoscrivere.

La stessa necessità non vale per l'arbitrato irrituale, dato che quest'ultimo non invade la sfera giurisdizionale ed esplica la sua efficacia solo in ambito negoziale; secondo l'art. 808-ter c.p.c., infatti, il lodo irrituale è una determinazione contrattuale.

In senso contrario, per sostenere che il requisito della forma scritta valga sia per l'arbitrato rituale che per l'arbitrato irrituale, si potrebbe argomentare partendo dal dettato letterale dell'art. 808-ter c.p.c. che, per certi aspetti, reca delle somiglianze con l'art. 807 c.p.c.. Infatti, dal tenore letterale, ambedue le disposizioni sembrano imporre quale requisito indefettibile la forma scritta, senonché la particolarità dell'art. 807 c.p.c. si palesa in tutta la sua evidenza laddove solo quest'ultimo sanziona con la nullità l'inosservanza della forma scritta, mentre l'art. 808-ter c.p.c. tace sul punto.

Inoltre, il fondamento della differenza nella disciplina formale tra i due arbitrati, determinato dalla diversa struttura dei due giudizi, in virtù del quale l'arbitrato rituale esclude la giurisdizione mentre l'arbitrato irrituale non ha questo effetto, potrebbe essere revocato in dubbio a seguito dell'orientamento giurisprudenziale formatosi a partire dalla riforma dell'arbitrato compiuta ad opera della legge n. 5 del 1994.

Questo nuovo corso seguito dal giudice di legittimità deriva dalla nuova impostazione sistematica che la Corte di cassazione si diede a proposito dell'arbitrato, secondo la quale anche il *dictum* arbitrale rituale va considerato un atto di autonomia privata, estraneo all'esercizio della giurisdizione, ad avvalersi della quale le parti rinunciano con il compromesso o la clausola compromissoria.

Ne deriva che, secondo tale orientamento interpretativo, non vi è una differenza ontologica fra l'arbitrato rituale e quello irrituale, avendo entrambi gli atti conclusivi natura di atti di autonomia privata e

configurandosi in entrambi i casi la devoluzione della controversia ad arbitri come rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, nonché come opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico, attraverso il *dictum* di soggetti privati. Con la conseguenza che la distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale non può fondarsi sul rilievo che nel primo, a differenza che nel secondo, le parti abbiano demandato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice. La differenza va, invece, ravvisata nel fatto che nell'arbitrato rituale le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., da esperirsi con l'osservanza del regime procedurale e le garanzie - anche in relazione ai mezzi d'impugnazione - previsti dal codice di procedura civile, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie attraverso uno strumento negoziale atipico, non regolamentato, reso legittimo dal principio generale di autonomia privata consacrato nell'art. 1322 c. c. (e nei limiti di esso), non soggetto, a meno che le parti non le richiamino, alle regole procedurali di cui al titolo ottavo c.p.c. - salvo che non coincidano con principi generali e inderogabili dell'ordinamento - insuscettibile d'impugnazioni diverse da quelle tipiche dei contratti⁽¹⁹⁾.

Secondo questo passaggio argomentativo, dunque, viene meno la differenza ontologica tra l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale, di conseguenza le due forme di giudizio privato vengono a sovrapporsi e a specchiarsi l'una nell'altra.

Inoltre, con la recente riforma dell'arbitrato, introdotta con d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, sia il legislatore delegante sia il legislatore delegato si sono espressi nel senso della unificazione dell'arbitrato quale istituto suscettibile di essere tutto regolato dalle norme del codice di rito, a prescindere dalla denominazione come rituale ovvero irrituale del patto compromissorio, salva la possibilità per le parti di derogare alla disciplina legale⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Passaggio tratto da Cass. 02/07/2007, n. 14972.

⁽²⁰⁾ Così espressamente PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 2, 405. L'Autore cita l'art. 1, comma 3, della l. n. 80 del 2005 il quale prevedeva testualmente che le norme in tema di arbitrato dovessero sempre trovare applicazione «in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione o di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare».

Ne consegue che la scelta delle parti per l'arbitrato irrituale non determina la completa esclusione dell'arbitrato rituale ma legittima i privati ad optare per una soluzione della controversia mediante determinazione contrattuale, in deroga all'art. 824-*bis* c.p.c. e al regime processuale previsto per il lodo rituale; sicché, ciò che secondo la legge deriva dalla scelta in favore dell'arbitrato irrituale è la sola deroga a quelle norme la cui applicabilità all'arbitrato irrituale è espressamente o per incompatibilità esclusa dall'art. 808-*ter* c.p.c. e cioè la deroga agli artt. 824-*bis*, 825 e 827 ss. c.p.c., riguardanti il regime e l'efficacia processuale del lodo rituale⁽²¹⁾. Pertanto, in questa logica, troverebbe applicazione l'art. 807 c.p.c., con riferimento alla forma scritta ad substantiam del patto arbitrale, salvo che le parti non abbiano pattuito la disapplicazione della norma prima della stipulazione del compromesso⁽²²⁾.

Un'ulteriore conseguenza di questa interpretazione sistematica dell'istituto arbitrale risiede nell'inversione dell'impostazione giurisprudenziale secondo cui, in caso di incertezza nell'interpretazione della clausola arbitrale, si doveva ritenerla clausola per arbitro irrituale. Dopo la riforma del 2006 si dovrà seguire il criterio contrario se le parti non abbiano espressamente dichiarato nel patto compromissorio che la controversia fra loro insorta sia definita o decisa mediante «determinazione contrattuale»⁽²³⁾.

Esclusa la differenza ontologica tra i due arbitrati, permane, però, la differenza sul piano funzionale, dacché con l'arbitrato rituale le parti vogliono che si pervenga ad un lodo idoneo a produrre determinati effetti esecutivi previsti dall'art. 825 c.p.c., mentre con l'arbitrato irrituale esse si limitano a disporre della controversia mediante uno strumento negoziale che non possiede effetti tipici predeterminati dalla legge e che non può essere impugnato in Corte d'appello ma può essere sottoposto alle normali impugnazioni negoziali.

Si potrebbe, allora, trarre la conseguenza logica che, se i due arbitrati sono la stessa cosa, ossia hanno la stessa struttura, di certo debbono avere anche la stessa forma.

Inoltre, dato che anche l'arbitrato irrituale, secondo le parole della Corte, determina una rinuncia delle parti all'esercizio della giurisdizione,

⁽²¹⁾ PUNZI, *op. cit.*, 405-406.

⁽²²⁾ Così SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *www.judicium.it*.

⁽²³⁾ BIAVATI, *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1170 e PUNZI, *op. cit.*, 406.

si crea la necessità di proteggere, attraverso il requisito della forma scritta *ad substantiam* della clausola compromissoria e del compromesso, il libero discernimento delle parti nella scelta per l'arbitrato, così come si è sempre ritenuto necessario proteggerlo per l'arbitrato rituale.

Resta, però, di ostacolo a questa conclusione, il dato letterale dell'art. 808-ter c.p.c. che non fa cenno alla nullità del mandato agli arbitri non stipulato per iscritto, sicché, in assenza di una specifica disposizione, prevarrebbe la libertà di forma⁽²⁴⁾.

Questo ostacolo potrebbe essere superato proprio facendo leva, dal punto di vista interpretativo, proprio sulla necessità di tutelare il libero convincimento delle parti nella decisione di affidare agli arbitri la propria controversia, giacché esse rinunciano con questa scelta al proprio fondamentale diritto di azione.

Inoltre la disposizione è stata già interpretata nel senso non solo di una conferma della forma scritta ma anche di un passaggio dalla regola della forma *ad probationem* a regola da seguire *ad substantiam*, a prescindere dall'oggetto della controversia dedotta in arbitri⁽²⁵⁾.

A norma dell'art. 808-ter c.p.c., il lodo irrituale è una determinazione contrattuale, è, quindi un contratto e, come tale, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1350 c.c..

Così, se il lodo irrituale ha ad oggetto un rapporto giuridico per il quale si prevede la forma scritta *ad substantiam*, la decisione arbitrale e il mandato agli arbitri di decidere devono essere redatti in forma scritta a pena di nullità.

La prescrizione di forma "retroagisce" dal lodo al mandato perché proprio con quest'ultimo negozio le parti dispongono dei propri diritti, pertanto il requisito della forma scritta deve intendersi rispettato fin da questi primi atti dispositivi.

Nei casi diversi da quelli elencati dall'art. 1350 c.c., invece, in ossequio al principio di libertà di forma dei negozi giuridici, le eventuali prescrizioni di forma non devono intendersi a pena di nullità. La transazione oggetto della sentenza non rientra in questo ambito sicché il

⁽²⁴⁾ In tal senso BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in www.judicium.it, secondo il quale non si può non tener conto della palese differenza tra l'art. 808-ter e gli artt. 807, 808 e 808-bis c.p.c.. Nello stesso senso si esprimevano i giudici di legittimità prima della riforma, v. Cass. 25/08/1998, n. 8417.

⁽²⁵⁾ BLAVATI, *op. loc. cit.* e PUNZI, *op. loc. cit.*

requisito della forma deve intendersi previsto ai fini della prova *ex art.* 1967 c.c..

Nel caso in questione, il tribunale ha ritenuto raggiunta la prova del mandato agli arbitri sulla base degli atti di costituzione depositati dalle parti e dalle conclusioni ivi rassegnate, vale a dire sulla base dei primi atti di attivazione del processo arbitrale.

Può essere utile chiosare quest'ultima affermazione facendo presente che gli atti di costituzione e gli atti conclusionali possono essere considerati idonei a fornire la prova del mandato agli arbitri nella misura in cui questi atti siano stati sottoscritti dalle parti e siano dunque riconducibili inequivocabilmente alla loro volontà, oltre ad avere data certa. In caso contrario, non potrebbe darsi la prova del mandato laddove non fosse possibile rilevare con sicurezza la volontà delle parti in ordine alla sottrazione della controversia alla giurisdizione ordinaria.

Numeri pubblicati

Anno 2007

- nr. 1 L'amministrazione nelle S.r.l. • *Simone Allodi*
- nr. 2 Lo Statuto dei diritti del contribuente • *Alessandro Turchi*
- nr. 3 Finanziamento dei Soci • *Giorgio Zanetti*
- nr. 4 Le norme del codice di procedura civile applicabili al Processo Tributario • *Paolo Brecciaroli*
- nr. 5 Bilancio e misurazione della performance delle organizzazioni non profit: principi e strumenti • *Marco Grumo*
- nr. 6 La normativa Antiriciclaggio. Profili normativi, obblighi ed adempimenti a carico dei dottori commercialisti • *Gian Gaetano Bellavia*
- nr. 7 Limiti dell'informativa societaria e controllo dei bilanci infrannuali • *Roberta Provasi, Daniele Bernardi, Claudio Sottoriva*
- nr. 8 La previdenza nella professione di Dottore Commercialista • *Ernesto Franco Carella*
- nr. 9 L'introduzione dei principi contabili internazionali e il coordinamento con le norme fiscali • *Mario Difino*
- nr. 10 La governance delle società a partecipazione pubblica e il processo di esternalizzazione dei servizi pubblici locali • *Ciro D'Aries*
- nr. 11 Il Consolidato fiscale nazionale (artt. 117-129 TUIR e DM 9 giugno 2004) • *Ambrogio Piccoli*
- nr. 12 Il bilancio sociale nelle piccole e medie imprese • a cura di *Adriano Propersi*
- nr. 13 Le parti e la loro assistenza in giudizio • *Mariacarla Giorgetti*

Anno 2008

- nr. 14 Il nuovo ordinamento professionale: guida alla lettura del d.lgs n. 139 del 28 giugno 2005 • a cura della Commissione *Albo, Tutela e Ordinamento 2005-2007*
- nr. 15 Carta Europea dei diritti del contribuente • a cura della Commissione *Normative Comunitarie 2005-2007*
- nr. 16 Elementi di procedura civile applicati alle impugnazioni del processo tributario • *Mariacarla Giorgetti*
- nr. 17 Il processo di quotazione delle PMI tra presente e futuro: il ruolo del dottore commercialista in questa fase di cambiamento • *Carlo Arlotta*
- nr. 18 Controlled Foreign Companies Legislation: Analisi comparata negli stati comunitari • *Sebastiano Garufi*

- nr. 19 Il codice di condotta EU: Finalità e analisi comparativa a livello europeo • *Paola Sesana*
- nr. 20 Il dottore commercialista e la pianificazione e il controllo nella PMI • *Aldo Camagni, Riccardo Coda, Riccardo Sclavi*
- nr. 21 La nuova relazione di controllo contabile (art. 2409 ter del Codice Civile) • *Daniele Bernardi, Gaspare Insaudo, Maria Luisa Mesiano*

Anno 2009

- nr. 22 L'azionariato dei dipendenti come forma di incentivazione: ascesa e declino delle stock option? • *Vito Marraffa*
- nr. 23 Norme ed orientamenti rilevanti della Revisione Contabile • *Maria Luisa Mesiano, Mario Tamborini*
- nr. 24 Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa • *Cesare Zafarana, Mariacarla Giorgetti, Aldo Stesuri*
- nr. 25 Il bilancio consolidato e le scritture di consolidamento • *Francesco Grasso, Paolo Terazzì*
- nr. 26 Conciliazione e mediazione: attualità legislative e profili operativi • *Aldo Stesuri*

Anno 2010

- nr. 27 La crisi d'impresa - L'attestazione di ragionevolezza dei piani di ristrutturazione ex art. 67, 3° comma, lettera d) L.F. • *Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali*
- nr. 28 Il Consolidato fiscale nazionale (artt. 117-129 TUIR e DM 9 giugno 2004) seconda edizione • *Ambrogio Piccoli*

finito di stampare
nel mese di marzo 2010

3LB srl
Osnago (LC)

nr. 29.

Il quaderno analizza l'istituto dell'arbitrato mediante il commento di lodi rituali ed irrivali, nonché di sentenze della giurisprudenza. Si vuole così fornire spunti di carattere pratico agli operatori che affrontano la materia, sia in qualità di arbitri sia come professionisti chiamati ad assistere le parti nelle fasi del procedimento.

Il Quaderno è a cura della Commissione Arbitrato dell'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Milano. Al lavoro hanno anche partecipato cultori e collaboratori volontari della Cattedra di Diritto dell'arbitrato di cui è titolare la Professoressa Mariacarla Giorgetti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.