24153 13

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Oggetto

SEZIONI UNITE CIVILI

Arbitrato e regolamento preventivo giurisdizione

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUIGI ANTONIO ROVELLI - Primo Pres.te f.f. -

Dott. ROBERTO MICHELE TRIOLA - Presidente Sezione -

Dott. RENATO RORDORF - Presidente Sezione -

Dott. MAURIZIO MASSERA - Consigliere -

Dott. ANTONIO SEGRETO - Rel. Consigliere -

Dott. SALVATORE SALVAGO - Consigliere -

Dott. ALFONSO AMATUCCI - Consigliere -

Dott. SALVATORE DI PALMA - Consigliere -

Dott. LUIGI MACIOCE - Consigliere -

R.G.N. 27012/2011

Cron. 24153

Rep. CJ

Ud. 08/10/2013

CC

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 27012-2011 proposto da:

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

2013

508

- ricorrente -

contro

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

- controricorrente -

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 5755/2010 del TRIBUNALE di FIRENZE;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 08/10/2013 dal Consigliere Dott. ANTONIO SEGRETO.

Ricorso n. 27012/2011

Ordinanza

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

Si è opposta a tale eccezione la Swaili Diffusioni s.r.l. in liquidazione.

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

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

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

2.3. Secondo l'originaria giurisprudenza di questa Corte, anteriore all'arresto S.U. n. 527 del 2000, il compromesso per arbitrato estero, che valesse a sottrarre al giudice italiano una determinata controversia, implicava, in mancanza di una diversa norma di legge o convenzione internazionale, il difetto di giurisdizione del medesimo giudice italiano, e ciò anche sul

4 3

ricorso per accertamento tecnico preventivo inerente a detta controversia (Cass. S.U. 5049/1985; n. 6017/1979; n. 9380/1992). Ciò comportava che era ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione (Cass. S.U. n. 5397/1995; n. 58/2000).

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

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

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

3.1.A fronte di detto orientamento costante, le S.U. di questa Corte con sentenza del 3.8.2000, n. 527, hanno effettuato un rèvirement per effetto del quale la pronunzia arbitrale ha assunto natura di atto di autonomia privata e correlativamente il compromesso si è configurato quale deroga alla giurisdizione. Pertanto, il contrasto sulla non deferibilità agli arbitri di una

controversia per essere questa devoluta, per legge, alla giurisdizione di legittimità o esclusiva del giudice amministrativo costituisce questione, non già di giurisdizione in senso tecnico, ma di merito, in quanto inerente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria.

3.2. Per effetto di questo orientamento è inammissibile anche il regolamento preventivo di giurisdizione rivolto a far valere la carenza di giurisdizione del giudice adito, così come di ogni altro giudice della Repubblica Italiana, a fronte della presenza di un compromesso, o di una clausola compromissoria, che prevedano il ricorso ad un arbitrato estero , determinandosi in tal caso l'insorgere di una questione, non già di giurisdizione (posto che il "dictum" arbitrale è un atto di autonomia privata, non esercitando gli arbitri funzioni giurisdizionali), ma di merito, inerente all'accertamento, da effettuarsi dal giudice fornito di giurisdizione secondo i normali criteri di sua determinazione, della validità del patto prevedente l'arbitrato estero, il quale comporta la rinuncia ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o straniera (Cass. S.U., 05/01/2007, n. 35; Cass. S.U. 28/01/2005, n. 1735; Cass. Sez. Unite, 18/04/2003, n. 6349; Cass. Sez. Unite, 22/07/2002, n. 10723; n. 10896/2003; Cass. 21.10.2009, n. 22236).

4.1. Ritiene questa Corte che tale orientamento vada rimeditato, anche alla luce delle ultime modifiche legislative.

La tesi sulla natura negoziale del lodo rituale, e così anche sulla "unitarietà" del fenomeno arbitrale, è stata accolta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. S U., 3.8.2000, n. 527, seguita da molte sentenze successive che ha definito il procedimento di arbitrato rituale) come attinente ad istituto «ontologicamente alternativo alla giurisdizione statuale» perché formato sulla «rinunzia all'azione giudiziaria». Rimane, secondo questo filone giudiziario, un tratto distributivo tra le due figure di arbitrato. Con l'arbitrato rituale le parti vogliono un negozio suscettibile di divenire esecutivo con le forme e gli effetti di cui agli artt. 825 ss. c.p.c., mentre nell'arbitrato

libero «esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie solo attraverso lo strumento negoziale».

La soluzione in chiave schiettamente negoziale del dictum arbitrale nell'arbitrato rituale (mettendo fuori gioco la tradizionale dicotomia tra arbitrato rituale/sostitutivo del giudizio statale ed arbitrato libero/negozio) è valsa a risolvere in senso negativo la questione concernente l'ammissibilità del regolamento di competenza, che prima del revirement giurisprudenziale la nostra giurisprudenza ammetteva, anche se esclusivamente contro la sentenza con cui il giudice statale declinava la propria competenza in favore del foro arbitrale, nonché l'ammissibilità del regolamento di giurisdizione.

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

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

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

4.4. Senonchè con sentenza 14.7.1977, n. 127 la Corte costituzionale ha rilevato che «il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come una dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24,

96

1° co., Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102 Cost.». Ciò, in effetti, soggiunge la Corte «corrisponde al criterio di interpretazione sistematica del testo costituzionale (nel quale la portata di una norma può essere circoscritta soltanto da altre norme dello stesso testo (.-..); e corrisponde anche alla garanzia costituzionale dell'autonomia dei soggetti (...) autonomia che, mentre ad altro proposito è tutelata dagli artt. 41-44 Cost., nella materia che ne occupa e per le situazioni di vantaggio compromettibili è appunto garantita dall'art. 24, 1° co., Cost.».

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

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

4.6. Si può trarre la conclusione che, come regola, la funzione giurisdizionale sui diritti si esercita davanti ai giudici

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

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

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

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

4.7. La normativa, in parte introdotta con la l. n. 25 del 1994 ed in parte con il d. lgs. 2.2.2006, n. 40, pare contenere sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale, e per soddisfare quelle

indicazioni, (sopra riportate) sui limiti entro i quali la scelta di un giudice diverso da quello statale può essere, dall'ordinamento, affidata alla autonomia dei privati.

In base alla riforma del 1994, la proposizione dei mezzi di impugnazione non è (più; art. 827, 2° co., c.p.c.) condizionata dall'emanazione del decreto di esecutività del lodo. E' dunque quest'ultimo, e non la "sentenza arbitrale" ("in due pezzi"), oggetto dell'impugnazione prevista dalla legge processuale avanti agli organi della giurisdizione ordinaria.

Il termine per la proponibilità dell'impugnazione per nullità, se il lodo è notificato, è quello "breve" di novanta giorni dalla notificazione, altrimenti è quello annuale decorrente dalla data dell'ultima sottoscrizione. Il lodo rimane autonomamente impugnabile, con l'azione di nullità, indipendentemente dall' exequátur, in virtù della stessa efficacia della sentenza pronunziata dall'Autorità Giudiziaria, fin dal momento in cui interviene l'ultima sottoscrizione (art. 824 bis c.p.c.). Il deposito del lodo, peraltro, si ricollega, oltre che alla sua esecutività (ed attitudine all'iscrizione ipotecaria, in virtù dell'art. 2819 c.c.) anche alla sua trascrivibilità, e conseguente efficacia anche verso terzi (v. artt. 824 bis - efficacia della sentenza - ed 825 c.p.c. - deposito ed esecutività del lodo).

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

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

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

5.1. Quanto alla trascrizione, occorre considerare che l'effetto anticipatorio, conferito alla trascrizione dell'atto di promovimento del giudizio arbitrale, riguarda sia le fattispecie contemplate all'art. 2652 c.c. che quelle riguardate dall'art. 2653 c.c. (ai sensi dell'art. 26 l. 5.1.1994, che ha aggiunto un ultimo comma ai due articoli del cod. civ.)

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

5.2. Nel caso dell'art. 2652 c.c., la disciplina sulla trascrizione si muove, non solo sul piano degli effetti sostanziali della domanda giudiziale, ma anche su quello degli effetti del giudicato sui rapporti dipendenti, e verso i terzi. L'attribuzione al lodo di questa efficacia, non limitata alle parti, ma estesa ai terzi,

non può che postulare la sua equiparazione a una sentenza dei giudici dello Stato, e, in ogni caso, ad una pronuncia giurisdizionale. E, come tale, viene considerato il lodo che l'art. 831 c.p.c. novellato sottopone al rimedio giurisdizionale (presso la stessa Corte d'Appello competente per l'azione di nullità) dell'opposizione di terzo, anche ordinaria (art. 404, 1° co., codice). Ciò che presuppone, appunto, l'efficacia del lodo pronunciato inter alios, verso il terzo titolare di una situazione soggettiva che presenta elementi di identità con il rapporto oggetto della decisione arbitrale.

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

Ed è norma che va ad integrare quella, fondamentale, dell'art. 2909 c.c. definendo i limiti dell'estensione soggettiva della cosa giudicata sostanziale, e stabilisce che l'accertamento e le statuizioni contenute nel giudicato, si estendono all'avente causa, anche se il fatto costitutivo del suo acquisto è anteriore alla sentenza, se vi è anteriorità della trascrizione della domanda giudiziale, rispetto a quella del titolo di acquisto.

5.4.Anche per ciò che riguarda la prescrizione, il novum è dato non tanto dalla espressa previsione che la prescrizione è interrotta dall'atto introduttivo del giudizio arbitrale (in base all'emendamento portato all'art. 2943 c.c.), quanto dalla attribuzione (testo novellato dell'art. 2945, u.c., c.c.), alla notifica dell'atto di promovimento del giudizio arbitrale, dell'effetto interruttivo-sospensivo (o di interruzione permanente fino all'acquisto di stabilità del lodo, o al passaggio in giudicato formale della sentenza resa sull'impugnazione) che è proprio soltanto della domanda giudiziale, e che integra un tipico effetto sostanziale dell'atto di esercizio dell'azione giudiziaria, "neutralizzando" l'incidenza della durata del procedimento di cognizione, che si conclude con pronuncia di

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

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

5.5. Inoltre rilevano, al riguardo: l'art. 816-*quinquies* che statuisce sull'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e sull'applicabilità allo stesso dell'art. 111 cod. proc. civ. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso e l'art. 819 bis c.p.c., al comma 1 n. 3, che prevede la possibilità per gli arbitri di rimettere alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale , ai sensi dell'art. 23 l. 11.3.1953, n. 87. Ciò denota che gli arbitri esercitano una funzione giurisdizionale.

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

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

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

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

5.8. Va, infine segnalato che recentemente la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 223 depositata il 19.7.2013 ha rilevato che " con la riforma attuata con il decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 , il legislatore ha introdotto una serie di norme che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. Anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire ad un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del *dictum* del giudice statale.
Se, quindi, il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità in materia, struttura l'ordinamento processuale in maniera tale da configurare l'arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale, è necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse."
Sulla base dell'acclarata natura giurisdizionale e non negoziale dell'arbitrato rituale, la corte costituzionale ha dichiarato, pertanto, l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-*ter*, secondo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 del codice di procedura civile, ferma la parte restante dello stesso art. 819-*ter*.

5.9. Affermata, quindi, la natura giurisdizionale e non negoziale dell'arbitrato rituale e, ne consegue che (giusto il precedente orientamento di questa Corte (cfr., ex pluribus, sentt. nn. 4475 del 1997, 7013 del 1995, n. 6556 del 1987, 7315 del 1986), nei casi in cui una legge o un atto autoritativo predisponga un arbitrato rituale per la risoluzione di determinate controversie insorte fra le parti, ovvero in presenza di compromesso o clausola compromissoria in arbitrato rituale italiano, il contrasto circa l'attribuzione della cognizione della controversia al collegio arbitrale italiano o al giudice ordinario integra una questione di

competenza (e non di giurisdizione) sulla base della nota tesi del "convogliamento" dell'arbitrato nell'ambito del giudizio ordinario per tutte le ragioni sopra esposte.

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

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

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

hanno rinunciato ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o stranieri".

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

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

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

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

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

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

Orbene, dal combinato disposto dell'art. 4 e dell'art. 11 della legge n. 218 del 1995, si ricava che il difetto di giurisdizione nascente dalla presenza di una clausola compromissoria in favore di arbitrato estero può essere rilevato in qualsiasi stato e grado del processo, a condizione che il convenuto non abbia

espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana, e dunque solo qualora il convenuto abbia eccepito nel suo primo atto difensivo il difetto di giurisdizione del giudice italiano.

6.5. Come rilevato dalla dottrina, se si ritenesse la natura negoziale dell'arbitrato estero, la relativa eccezione sarebbe di merito e non di rito, con la conseguenza che la pronuncia del giudice statuale sulla validità o invalidità, efficacia o inefficacia dell'accordo compromissorio spiegherebbe, per i suoi effetti di giudicato sostanziale, insuperabile vincolo potenzialmente destinato alla esportazione in altri ordinamenti ed ivi spiegare effetti vincolanti per arbitri o giudici esteri. L'affermazione per la quale l'eccezione fondata sull'accordo compromissorio per arbitrato estero non rappresenta, per il giudice italiano, una eccezione di difetto di giurisdizione è, dunque, cosa intrinsecamente errata ,perché non può essere vero in assoluto … che con quel patto le parti hanno "rinunciato ad ogni tipo di giurisdizione sia essa italiana o straniero".

La verifica di una simile totale rinuncia dovrebbe passare, volta per volta, attraverso l'analisi dell'ordinamento straniero in cui l'arbitrato è destinato a radicarsi ed il lodo è destinato a produrre i suoi effetti originari; dovrebbe cioè presupporre che anche l'ordinamento straniero nel suo complesso consideri il suo arbitrato ed il suo lodo … avulsi e radicalmente alternativi alla giurisdizione e non solo rispetto alla organizzazione giudiziaria statuale. Altrimenti non potrà certo ritenersi che le parti, con quell'accordo compromissorio per arbitrato estero, abbiano rinunciato anche alla giurisdizione italiana".

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

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

A parte il rilievo effettuato da attenta dottrina, secondo cui nella specie la questione è di rito, per analogia logico-funzionale tra l'analisi preventiva compiuta dal giudice ex art. 2 della Convenzione e quella indicata dall'art. 7 della l. n. 218 del 1995 in tema di c.d. litispendenza internazionale , va osservato , quanto al sistema di arbitrato estero retto dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958, che la questione è normativamente risolta, dalla formula dell'art. 2, comma 3, della Convenzione, laddove dispone che "Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ». Quindi il giudice investito di una lite su una materia al cui riguardo le parti hanno concluso una convezione arbitrale "rinvia" le parti all'arbitrato, su domanda di una di esse, a meno che non constati che la convenzione è nulla, inoperante o non suscettibile di essere devoluta ad arbitrato. All'espressione usata dalla Convenzione ("renverra les parties à l'arbitrage; nel testo inglese, "shall ... refer the parties to arbitration") viene, infatti, riconosciuto un significato generico, anche se spesso si afferma che il riconoscimento della validità, operatività e applicabilità della clausola arbitrale comporta la sospensione dell'esame del merito da parte del giudice adito (*stay of court proceedings on the merits*).

7.2. In proposito è stato a volte sostenuto che la verifica dei presupposti per l'esistenza della competenza arbitrale straniera, proprio perché - secondo il sistema processuale italiano, art. 819

ter, ult. c., c.p.c. - rientrante nella decisione della causa nel merito (tuttavia per l'ipotesi di controeccezione v. Cass. n. 17019/2011), dovrebbe presupporre la giurisdizione del giudice italiano adito.

In altre parole, il giudizio sulla validità, operatività e applicabilità della clausola arbitrale dovrebbe essere compiuto soltanto dal giudice fornito di giurisdizione.

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

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

In altri termini, come già affermato da Cass. S.U. n. 412 del 12/01/2007, questa prima decisione del giudice nazionale in

merito alla validità della clausola compromissoria ai fini del "rinvio" della causa all'arbitrato straniero, secondo l'art. 2 della convenzione di New York non vincola successivamente gli arbitri sulla validità civilistica del patto, o in caso di esclusione di validità, il giudice straniero, eventualmente individuato come dotato di giurisdizione, rimanendo impregiudicata ogni loro decisione sul punto.

7.4. Ne consegue che in questi termini può essere risolta l'apparente incongruenza che emerge dall'applicazione della norma (art. 2, comma 3) di cui alla Convenzione in questione, per cui il giudice nazionale è chiamato a valutare la validità della clausola compromissoria, prima ancora di decidere sulla sua giurisdizione. Pertanto nel sistema delineato dalla convenzione di New York del 10 giugno 1958, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 19 gennaio 1968 n. 62, spetta al giudice adito, in via assolutamente preliminare, e senza alcuna efficacia di giudicato, sulla base della domanda della parte che invoca l'esistenza di clausola arbitrale, verificare validità, operatività ed applicabilità di tale clausola, ed all'esito positivo, rimettere le parti dinanzi agli arbitri.

Solo ove il giudice adito ritenga la propria giurisdizione, la decisione sulla validità del patto, essendo presa da giudice che ha affermato la sua giurisdizione, avrà efficacia di giudicato. Per quanto sotto il profilo sistematico-cronologico i due momenti decisionali siano unificati in un unico apparato argomentativo, sotto il profilo ontologico (e quindi anche degli effetti) essi conservano la loro differenza.

7.5. In questi termini è anche la decisione della Corte giustizia Comunità europee, n. 185 del 10/02/2009 in Causa C-185/07, secondo cui nel sistema di competenze del regolamento n. 44/2001 non può essere impedito al giudice nazionale di esaminare egli stesso la questione preliminare di validità o di applicabilità dell'accordo arbitrale, altrimenti una parte potrebbe sottrarsi al procedimento, limitandosi ad eccepire detto accordo; e il ricorrente, che considerasse quest'ultimo caduco, inoperante o

inapplicabile, si vedrebbe in tal modo impedire l'accesso al giudice nazionale da lui adito ai sensi del regolamento n. 44/2001 e sarebbe pertanto privato di una forma di tutela giurisdizionale alla quale ha diritto.

8.1. A questo punto si pone il problema di esaminare se nella fattispecie la clausola compromissoria sia nulla, come assume la parte resistente, perché l'art. 14 del contratto inter partes, costituito sulla base dei contratti *standars* utilizzati, pur prevedendo la deroga della giurisdizione in favore di arbitrato svizzero, non è stata oggetto di specifica approvazione per iscritto a norma degli artt. 1341 e 1342 c.c..

Secondo la resistente tale clausola è vessatoria ex art. 1341 c.c., con la conseguenza che è nulla per mancanza di specifica approvazione secondo le suddette norme del codice civile italiano.

8.2. Rileva preliminarmente questa Corte che ai fini dell'accertamento della validità ed efficacia della clausola compromissoria che deroga la giurisdizione in favore di arbitri stranieri, occorre anzitutto stabilire quali siano le norme che il giudice debba applicare per tale esame, allorchè, come nella fattispecie il contratto risulta stipulato tra una persona giuridica di diritto italiano ed una persona giuridica di diritto svizzero.

Per il combinato disposto dell'art. 57 della legge 31 maggio 1995, n. 218, secondo la quale le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla convenzione di Roma 19 giugno 1980 (senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili), e dell'art 3, comma primo, di detta convenzione, "il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti, le quali possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso" (Cass. 8360 del 21/04/2005).

8.3. Nella fattispecie, l'art. 14 del contratto in questione, stabilisce che il contratto stesso è " *disciplinato ed interpretato secondo il diritto svizzero, indipendentemente dai principi delle norme di conflitto. Tutte le controversie che derivassero dal presente contratto o fossero comunque allo stesso*

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

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

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

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

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

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

P.Q.M.

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

Così deciso in Roma, l'8 ottobre 2013.

Il Presidente

Luigi Rovelli

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Anna PANTALEO

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 25 OTT. 2013
Il Funzionario Giudiziario
Anna PANTALEO