

Cassazione civile, sez. I 26 febbraio 2009 n. 4643

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PROTO Vincenzo - Presidente
Dott. PLENTEDA Donato - Consigliere
Dott. SALVAGO Salvatore - Consigliere
Dott. PANZANI Luciano - rel. Consigliere
Dott. CULTRERA Maria Rosaria - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

SEFA di MINUCCI UMBERTA C. s.a.s. (già Sefa di Paccapelo Graziano & C. s.a.s.), in persona del socio accomandatario M.U., elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Mazzini 8, presso l'avv. Eugenio Mingoa, rappresentata e difesa dall'avv. CARASSAI Giuseppe del foro di Macerata, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

COOPERATIVA DI SOLIDARIETA' SOCIALE AMA-AQUILONE a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore;

- intimata -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Ancona n. 489/04 del 17.7.2004.

Udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 28/1/2009 dal Relatore Cons. Dott. Luciano Panzani;

Udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CENICCOLA Raffaele, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

La s.a.s. Sefa di Paccapelo Graziano & C. impugnava il lodo emesso dal collegio arbitrale in data

25.5.2000 in relazione a contestazioni insorte con riguardo all'esecuzione dei contratti di appalto (OMISSIS) e (OMISSIS), stipulati con la società appaltatrice Cooperativa di solidarietà sociale Ama-Aquilone a r.l., aventi ad oggetto i lavori di completamento di un albergo sito in (OMISSIS). La Sefa aveva sollevato contestazioni in ordine ai lavori svolti ed era rimasto incompleto il pagamento di alcune fatture relative ai S.A.L. dal n. (OMISSIS) in poi. A fronte della richiesta dell'appaltatrice del pagamento, la Sefa aveva instaurato il procedimento arbitrale. Il collegio arbitrale riteneva fondate le pretese della cooperativa appaltatrice per L. 210.763.032 milioni, ma affermava che erano fondate alcune contestazioni mosse dalla Sefa, sì che i saldi dei corrispettivi di alcune fatture erano sospesi ed il saldo dovuto in favore di Ama-Aquilone era pari a L. 143.205.911.

Deduceva l'opponente la nullità del lodo perchè il Collegio arbitrale aveva pronunciato su domanda della Cooperativa relativa alla verifica dell'esattezza ed esigibilità delle fatture emesse a fronte dei lavori eseguiti che mai era stata portata a conoscenza di Sefa nè risultava ritualmente introdotta in giudizio. Il Collegio arbitrale aveva pronunciato su documenti che s'ignorava come fossero stati acquisiti; non erano state convocate le parti nè le stesse erano state mai sentite; non erano stati concessi termini per il deposito di memorie o repliche; le parti non erano mai state messe a conoscenza dei risultati dell'istruttoria; non erano state richieste di precisare le proprie richieste all'esito dell'istruttoria. La Sefa pertanto deduceva la nullità del lodo ex art. 829, nn. 4, 5 e 9, per aver pronunciato su domanda mai proposta, per violazione del contraddittorio, per carenza e contraddittorietà di motivazione, mancata esposizione dei motivi; eccepiva la nullità del lodo in relazione alla domanda di controparte relativa alla verifica dell'esattezza e dell'esigibilità delle fatture emesse a fronte dei lavori eseguiti e all'accertamento dell'esatto credito vantato per violazione del principio del contraddittorio e carenza di motivazione. Ove fosse stata ritenuta la natura irrituale dell'arbitrato, eccepiva l'annullabilità del lodo per violazione del principio del contraddittorio ed errore di calcolo ex art. 1429 c.c.;

nel merito chiedeva che venissero accolte le proprie domande originarie, con determinazione del credito residuo della cooperativa appaltatrice in L. 20.273.307.

La Corte d'appello con sentenza 15.12.2004 riteneva la natura irrituale dell'arbitrato e dichiarava inammissibile l'impugnazione.

Osservava che, avuto riguardo al mutamento della disciplina dell'arbitrato conseguente alla novella legislativa introdotta con la L. n. 25 del 1994, ed alla giurisprudenza di questa Corte, occorreva distinguere l'arbitrato rituale da quello irrituale considerando che in entrambi i casi agli arbitri era attribuita una funzione non sostitutiva della giurisdizione, ma di regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto. Ne derivava una decisiva riduzione delle differenze tra arbitrato rituale ed irrituale. La distinzione tra le due figure si fondava invece sul fatto che nel caso dell'arbitrato rituale le parti intendono ottenere un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., mentre nel caso dell'arbitrato irrituale si propongono di rimettere all'arbitro la soluzione di controversie insorte o insorgende soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante composizione amichevole o negozio di accertamento riconducibili alle stesse parti, che si impegnano ad accettare la decisione come espressione della loro volontà.

Nella specie la clausola compromissoria definiva gli arbitri come "amichevoli compositori", non vi

era alcun riferimento al regime formale del procedimento ed alla volontà di pervenire ad un lodo suscettibile di exequatur, la prevista vincolatività della soluzione, definita "inappellabile", rivolta a ribadire la volontà delle parti di comporre definitivamente la vertenza attraverso una pronuncia del collegio e non come diretta ad indicare una semplice rinuncia all'impugnazione di cui all'art. 828 c.p.c., pronuncia da assumere "ex bono et aequo con dispensa da ogni formalità". Tutte queste circostanze depongono per il carattere irrituale dell'arbitrato, dovendosi inoltre sottolineare che in caso di incertezza sull'interpretazione della clausola negoziale doveva ritenersi preferibile la dichiarazione d'irritualità dell'arbitrato in ragione del carattere eccezionale dell'arbitrato rituale.

Avverso la sentenza ricorre per cassazione la Sefa sas di Minucci Umberta & C. s.a.s., così trasformata dalla precedente Sefa sas di Paccapelo Graziano, articolando un unico motivo, illustrato da memoria. L'intimata cooperativa Ama-Aquilone non ha svolto attività difensiva.

Motivi della decisione

1. La società ricorrente deduce difetto e contraddittorietà della motivazione nonché violazione dell'art. 806 c.p.c. e segg., e delle norme che disciplinano l'arbitrato rituale.

Rammenta che la giurisprudenza di questa Corte ha ritenuto che l'arbitrato debba essere definito rituale quando le parti hanno attribuito agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice quanto meno in ordine agli effetti del lodo, mentre nell'arbitrato irrituale la decisione è assunta come espressione della volontà negoziale delle parti. Sotto questo profilo è significativo l'impiego nel testo della clausola compromissoria dell'espressione "giudizio" ovvero di formule analoghe, riferite alla decisione. Venendo poi all'esame del contenuto della clausola compromissoria, sottolinea il preciso riferimento, come oggetto dell'arbitrato, a "tutte le questioni...liti e controversie", espressione questa che richiama l'attività del giudicare; la precisa indicazione che s'intende "derogare alla competenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria"; l'impiego nel tenore della formula negoziale delle parole "risoluzione", "decisione", "giudizio", che di nuovo denotano la volontà di attribuire agli arbitri un'attività sostitutiva di quella giurisdizionale. La ricorrente ha fatto ancora riferimento al comportamento delle parti, complessivamente considerato, sia rispetto al criterio processualizzato di nomina degli arbitri, sia rispetto alle formalità adottate durante il procedimento (richieste di documentazioni, sopralluoghi indicati come "operazioni peritali"), che indicherebbe la volontà di ottenere una pronuncia equiparata ed equiparabile ad una sentenza.

Per contro si osserva che il riferimento agli arbitri come "amichevoli compositori" è espressione che indica la regola dell'attività decisionale secondo equità e senza formalità, non la natura dell'attività degli arbitri quali semplici mandatari. Tale facoltà di decisione è prevista dall'art. 816 c.p.c., anche nell'arbitrato rituale. La previsione che gli arbitri decidano ex bono et aequo con dispensa da ogni formalità sarebbe indicativa proprio di tale forma di decisione.

La sentenza avrebbe considerato soltanto alcuni elementi, al di fuori del contesto unitario e non avrebbe valutato adeguatamente le formule ed espressioni ora indicate.

2. Il motivo è fondato.

Giova premettere che la clausola compromissoria oggetto di controversia, riportata in ricorso, è del seguente tenore: "Per tutte le questioni, nessuna esclusa, liti e controversie che dovessero verificarsi tra le parti, i contraenti concordano nel derogare alla competenza dell'Autorità Giudiziaria ordinaria e ne deferiscono sin d'ora la decisione e risoluzione al giudizio inappellabile di un collegio arbitrale composto da tre arbitri amichevoli compositori da nominarsi uno ciascuno dai contraenti ed il terzo dall'autorità giudiziaria. Gli arbitri decideranno "ex bono et aequo" con dispensa da ogni formalità".

La giurisprudenza di questa Corte (SS.UU., sentenze nn. 5690 del 1995; 3 agosto 2000, n. 527; 14223 del 2002) secondo un indirizzo ormai consolidatosi dopo la riforma dell'arbitrato ad opera della L. n. 5 del 1994, ha affermato che il "dictum" arbitrale, anche nell'arbitrato 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, nonchè 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. (Cass. 13 aprile 2001, n. 5527; 8 agosto 2002, n. 11976; 30 agosto 2002, n. 12714; 20 luglio 2006, n. 16718; 10 novembre 2006, n. 24059; Cass. 2.7.2007, n. 14972). 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 cod. civ. (e nei limiti di esso), non soggetto, a meno che le parti non le richiamino, alle regole procedurali di cui al titolo ottavo del codice di rito - salvo che non coincidano con principi generali e inderogabili dell'ordinamento - insuscettibile d'impugnazioni diverse da quelle tipiche dei contratti.

Nell'ipotesi in cui con il ricorso per cassazione avverso una sentenza che abbia pronunciato sull'impugnazione di un lodo arbitrale si ponga in discussione la natura rituale o irrituale dell'arbitrato, la Corte di Cassazione deve esaminare e valutare direttamente il patto compromissorio fonte dell'arbitrato medesimo, e non limitarsi al controllo della decisione del giudice di merito, in quanto la relativa qualificazione incida sul problema, di natura processuale, dell'ammissibilità della impugnazione del lodo per nullità. Ciò perchè - come si è detto - il lodo irrituale non è soggetto al regime di impugnazione previsto dall'art. 827 c.p.c. e segg., ma è soggetto ad impugnativa soltanto per i vizi che possono vulnerare le manifestazioni di volontà negoziale, con riferimento sia alla validità dell'accordo compromissorio che all'attività degli arbitri, da proporre con l'osservanza delle norme ordinarie sulla competenza e del doppio grado di giurisdizione, (da ultimo Cass. 10 novembre 2006, n. 24059; 20 luglio 2006, n. 16718; 30 agosto 2002, n. 12714; 28 gennaio 2001, n. 1191; 4 luglio 2000, n. 8937). Per stabilire la natura dell'arbitrato deve ricostruirsi

la volontà delle parti, quale espressa nel compromesso o nella clausola compromissoria, secondo le regole dettate dall'art. 1362 cod. civ. e segg..

Questa Corte ha qualificato rituale l'arbitrato in casi in cui la clausola compromissoria difettava di elementi univocamente sintomatici dell'irritualità, mentre conteneva l'uso ripetuto di espressioni - quali "giudizio di un collegio arbitrale, costituito da tre arbitri", "emetterà giudizio", "giudicherà" e "spese di giudizio" - ritenute coerenti all'attività degli arbitri rituali, chiamati ad emettere - all'esito di un giudizio privato in cui le parti vogliono e si impegnano a far proprio il procedimento attraverso il quale si perviene al lodo - una decisione potenzialmente fungibile con quella degli organi della giurisdizione (Cass. 10.11.2006, n. 24059; Cass. 22.3.2007, n. 6985).

La ricorrente ha ben sottolineato l'errore nell'interpretazione del contenuto della clausola contrattuale in cui sono incorsi i giudici dell'impugnazione. Da un lato, come si è già accennato, la clausola compromissoria contiene numerosi riferimenti al momento decisionale della controversia, di cui la Corte di appello non ha tenuto conto, facendo riferimento a "liti e controversie" che potrebbero insorgere tra le parti, la cui "decisione e risoluzione" è rimessa al "giudizio" di tre arbitri. Nel fare ciò le parti ancora hanno dato atto della loro intenzione di "derogare" alla "competenza" dell'Autorità giudiziaria ordinaria. La Corte di appello non ha dunque considerato che le parti non hanno inteso attribuire agli arbitri la funzione di mandatari, ma di demandare loro una vera e propria attività decisoria, che costituirebbe altrimenti il proprium della funzione del giudice.

Le circostanze valorizzate in senso contrario dalla Corte d'appello non sono rilevanti perchè la definizione del giudizio arbitrale come "inappellabile" è perfettamente compatibile con la disciplina dettata per l'arbitrato rituale e perchè la possibilità riconosciuta agli arbitri di decidere ex bono et aequo e come amichevoli compositori è prevista anche nell'arbitrato rituale dall'art. 822 c.p.c..

Va infine sottolineato che, come questa Corte ha altre volte affermato (Cass. 2.7.2007, n. 14972) prima che nel mutato regime introdotto dalla L. n. 40 del 2006, tale interpretazione fosse fatta propria dal legislatore nel testo dell'art. 808 ter c.p.c., costituendo l'arbitrato irrituale un istituto atipico, derogatorio dell'istituto tipico regolato dalla legge, sfornito delle garanzie all'uopo previste dal legislatore, la clausola compromissoria può essere ritenuta espressione di un arbitrito irrituale soltanto quando contenga elementi chiaramente indicativi della scelta delle parti per l'irritualità, dovendosi altrimenti ritenere di essere di fronte ad un arbitrito rituale. La sentenza impugnata va pertanto cassata con rinvio alla Corte di appello di Ancona in diversa composizione, anche per le spese del grado.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte di appello di Ancona in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile, il 28 gennaio 2008.

Depositato in Cancelleria il 26 febbraio 2009