

19. Co-Autore – Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato, a cura di G. Alpa e T. Galletto, Cedam, 1994, p. 330, Nota di commento “*Appunti sulla eccezione di devoluzione di una controversia ad arbitri irrituali e su altre interessanti questioni in tema di arbitrato*”, e in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, Cedam, Padova, 321, 1994

CASS. CIV., I sez., 5.9.1992, n. 10240

ARBITRATO - CLAUSOLA COMPROMISSORIA - ARBITRATO RITUALE IRRITUALE - ACCERTAMENTO DEL RICORSO DELL'UNA O DELL'ALTRA FIGURA - CRITERI - SOSTANZIALE VOLONTÀ DELLE PARTI DESUMIBILE DALL'INTERO CONTESTO DELLA PATTUIZIONE (a)

ARBITRATO - CLAUSOLA COMPROMISSORIA - ARBITRATO IRRITUALE - ECCEZIONE DI DEVOLUZIONE DELLA CONTROVERSIA AD ARBITRI IRRITUALI - NATURA DI ECCEZIONE IN SENSO SOSTANZIALE - LIMITI TEMPORALI DI PROPONIBILITÀ EX ART. 38 C.P.C. - INSUSSISTENZA - DEDUCIBILITÀ IN OGNI MOMENTO DEL GIUDIZIO ED ANCHE IN GRADO DI APPELLO - LIMITE COSTITUITO DA ATTI INCOMPATIBILI CON LA VOLONTÀ DI AVVALERSI DEL PATTO COMPROMISSORIO (b)

ARBITRATO - CLAUSOLA COMPROMISSORIA - ARBITRATO IRRITUALE - FORMA SCRITTA DEL PATTO COMPROMISSORIO - NECESSITÀ AD *PROBATIONEM* - FORMA SCRITTA AD *SUBSTANTIAM* QUALORA LA CONTROVERSIA ATTENGA A RAPPORTI CHE RICHIEDANO FORMA SCRITTA A PENA DI NULLITÀ (c)

ARBITRATO - CLAUSOLA COMPROMISSORIA - ARBITRATO IRRITUALE - NECESSITÀ DI SPECIFICA APPROVAZIONE EX ARTT. 1341 E 1342 c.c. DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA - ESCLUSIONE - RAGIONI (d)

ARBITRATO - CLAUSOLA COMPROMISSORIA - ARBITRATO IRRITUALE - CADUCAZIONE DEL PATTO COMPROMISSORIO - REVIVISCENZA DEL POTERE DELLE PARTI DI RIVOLGERSI AL GIUDICE ORDINARIO - CONDIZIONI E LIMITI - INUTILE DECORSO DEL TERMINE PER ADIRE GLI ARBITRI LIBERI - EFFETTI - DEFINITIVA RINUNCIA ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE ED IMPROPONIBILITÀ ASSOLUTA DELLA DOMANDA (e)

(a) Al fine di accertare se in un determinato caso concreto ricorra l'una o l'altra figura (di arbitrato), occorre ricercare quale sia stata la sostanziale volontà delle parti desumibile dall'intero contesto della pattuizione e non dall'una o l'altra delle espressioni usate, singolarmente prese; sì che, da un lato, non è sufficiente la qualificazione degli arbitri come amichevoli compositori, per dedurre soltanto da ciò la natura irrituale

dell'arbitrato, dall'altro non depone sicuramente a favore dell'arbitrato rituale il solo riferimento ad una decisione secondo diritto o ad una singola controversia (o, a qualsiasi controversia) attinente ad un determinato rapporto.

(b) L'eccezione con la quale si deduca l'esistenza di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale non comporta deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, come si verifica nel caso di clausola compromissoria per arbitrato rituale (in relazione alla quale operano il modo, il tempo ed i limiti di deducibilità previsti dall'art. 38 c.p.c.), ma solo improponibilità della domanda, con la conseguenza che detta eccezione non è vincolata ai limiti temporali della eccezione d'incompetenza, ma, avendo natura sostanziale può essere fatta valere in ogni momento del giudizio secondo le regole proprie delle eccezioni di natura sostanziale, e senza che l'eventuale ritardo nella sua formulazione possa di per sé integrare una rinuncia tacita, in difetto di atti incompatibili con la volontà di avvalersi del compromesso, potendo anzi proporsi, l'eccezione per la prima volta anche in appello.

(c) Il compromesso e la clausola compromissoria per arbitrato irrituale devono essere redatti per iscritto a pena di nullità solo quando l'arbitrato abbia per oggetto controversie relative a rapporti giuridici per i quali la forma scritta è richiesta ad *substantiam*, mentre, quando esso abbia ad oggetto controversie relative ad altri rapporti, il conferimento del mandato agli arbitri dev'essere soltanto provato per iscritto, secondo le regole dettate dall'art. 1967 c.c.

(d) A differenza della clausola compromissoria in arbitrato, rituale la clausola istitutiva di un arbitrato irrituale non ha contenuto derogatorio della competenza del giudice ordinario, per cui non rientra fra quelle da approvarsi specificamente per iscritto a norma degli artt. 1341 e 1342 c.c.

(e) In materia di arbitrato libero, il principio, secondo cui il venir meno dell'operatività e dell'efficacia del compromesso fa risorgere il potere delle parti di esercitare le azioni derivanti dal contratto e chiedere al giudice la decisione già rimessa all'apprezzamento degli arbitri irrituali, trova la sua giustificazione in eventi oggettivi che attengono alla validità o all'efficacia del compromesso o della clausola compromissoria, o che comportano l'impossibilità del responso arbitrale o il suo annullamento, o che

comunque incidano in una fase successiva alla stipulazione del compromesso. Fuori da queste ipotesi, il far decorrere inutilmente il termine di decadenza previsto per adire gli arbitri liberi determina la definitiva rinuncia alla tutela giurisdizionale dei diritti relativi al rapporto controverso e la improponibilità dell'azione giudiziaria.

DAL TESTO:

Il fatto. Il 7 marzo 1975 la soc. Henkel & C. ie G.M.B.H. di Dusseldorf citava avanti al Tribunale di Sassari la s.p.a. L.I.S.A. - Ligure Sarda di Porto Torres - per ottenerne la condanna al pagamento della somma di 891.000 marchi tedeschi (o altra, o il suo controvalore) a titolo di risarcimento di danni per inadempimento contrattuale.

Deduceva al riguardo che, con «stabilito di compravendita» del mediatore Bellomo di Genova, aveva acquistato dalla soc. L.I.S.A. 1.500 tonnellate di acido grasso di sego distillato per il prezzo complessivo di 1.425.000 marchi, ma che la consegna non era avvenuta nei termini prefissati, sicché aveva dovuto acquistare la merce in altre piazze, pagando il prezzo di 2.316.300 marchi con maggior aggravio di 861.000 marchi, di cui chiedeva il ristoro.

La soc. L.I.S.A., costituendosi, protestava che il suo inadempimento era dovuto alla mancata consegna della materia prima da parte della società jugoslava Interimpex Skopie - che chiedeva di chiamare in causa -, ricordando altresì di aver ottenuto di procrastinare la consegna. Deduceva che, comunque, la somma chiesta era eccessiva.

In corso di causa si costituiva la s.p.a. Olchima-Oleochimica Maurizio (nuova denominazione sociale della s.p.a. L.I.S.A.), che, oltre a citare in garanzia la Interimpex Skopie (che però restava contumace) ed a precisare le richieste istruttorie, eccepiva l'improponibilità della domanda, dovendo la causa essere composta da arbitri.

La soc. Henkel, a sua volta, contestava l'eccezione rilevando che la clausola non era stata approvata per iscritto ai sensi dell'art. 1341, 2° comma, cod. civ.

Il Tribunale, respinta la domanda di manleva, riteneva che la clausola compromissoria contenuta nello «stabilito di compravendita» fosse del tutto valida, non necessitando dell'approvazione specifica in quanto contenuta in un modulo contrattuale predisposto da un terzo e noti da una delle parti e per ciò non riconducibile nella categoria dei contratti per adesione; tuttavia rigettava l'eccezione di compromesso, non essendo stata proposta tempestivamente, ai sensi dell'art. 38, 3° comma, c.p.c., e condannava la parte convenuta al risarcimento del danno, liquidandolo in 772.800 marchi, oltre agli interessi.

Proposto appello dalla s.p.a. Olchima, nonché appello incidentale dalla soc. Henkel, la Corte di Cagliari, in riforma della precedente sentenza, ha dichiarato improponibile l'azione proposta dalla ditta tedesca.

Premesso che il contratto era stato stipulato tramite il mediatore professionale Bellomo di Genova ed era stato considerato dallo stesso in uno «stabilito di compravendita» da lui sottoscritto, che ne riportava tutte le condizioni, la Corte sarda ha, innanzi tutto, rilevato che la efficacia vincolante per le parti di tale atto si fondava direttamente sugli usi commerciali documentati nelle pubblicazioni prodotte dall'appellante principale e sul 3° comma dell'art. 1760 c.c., nonché sul contenuto del documento espressamente confermato dalla Henkel con nota del 17 settembre 1978, con l'ammissione di avere comprato tramite la ditta Bellomo, e sulla produzione fattane dalla stessa Henkel, la quale ne aveva, quindi, accettato integralmente il contenuto e l'efficacia probatoria. Tramite lo «stabilito» rimaneva, quindi, acquisito, oltre all'avvenuta stipulazione della compravendita, che l'accordo riguardava anche le clausole accessorie riportate nella scrittura, e cioè il rinvio alle condizioni usuali dei contratti tipo dell'Associazione granaria di Milano e, indirettamente, degli usi commerciali di Milano, tra i quali quello dell'efficacia probatoria dello «stabilito». Rimaneva, inoltre, acquisito il deferimento obbligatorio, entro precisi termini, di tutte le controversie, dipendenti dall'esecuzione o dall'interpretazione di esso, alla decisione di arbitri amichevoli compositori, che avrebbero deciso *ex bono et aequo*, senza alcuna formalità di legge, ai sensi del regolamento arbitrale dell'Associazione granaria di Milano, tale decisione avendo valore convenzionale come se fosse concordata tra le parti.

La Corte d'appello ha ritenuto che sulla natura irrituale dell'arbitrato si era formato il giudicato, non essendo stata censurata tale qualificazione contenuta nella sentenza del Tribunale, aggiungendo che la irritualità dell'arbitrato era comunque incontestabile alla stregua del contenuto della clausola e riceveva definitivo conforto dalla previsione, per l'esecuzione delle decisioni degli arbitri, della competenza del Foro di Milano, implicante il riconoscimento che esse avrebbero avuto con l'efficacia esecutiva propria dei lodi arbitrali rituali, ma quella degli atti negoziali, che per diventare cogenti, hanno bisogno di una pronuncia giurisdizionale a conclusione di un procedimento di cognizione.

Trattandosi di arbitrato irrituale relativo a compravendita di cose mobili, la clausola compromissoria richiedeva la forma scritta non *ad substantiam* ma *ad probationem*; e, non solo le parti concordavano sulla esistenza della clausola, discutendo soltanto sulla validità ed efficacia di essa (il che addirittura dispensava dalla necessità della prova), ma questa era fornita dallo stabilito di vendita, che, in quanto prodotto da entrambe le parti, era equipollente ad un atto scritto da loro sottoscritto, e dalla già menzionata

lettera della Henkel. Né occorre la specifica approvazione ai sensi dell'art. 1341, 2° comma, c.c., sia perché la fattispecie in esame doveva ricondursi alla categoria del contratto *per relationem*, sia perché le clausole compromissorie in arbitrato irrituale non hanno contenuto vessatorio.

Ne derivava l'improponibilità della domanda della Henkel, cui non ostavano né la formulazione della relativa eccezione dopo il primo atto difensivo, l'art. 38, 3° comma, c.p.c., essendo applicabile solo nel caso di arbitrato rituale, né il mancato tempestivo ricorso agli arbitri, implicante non la inoperatività della clausola, ma la definitiva improponibilità dell'azione giudiziaria.

Contro tale sentenza la soc. Henkel ha proposto ricorso per cassazione in base a sette motivi, cui la soc. Olchima-Oleochimica Maurizio ha resistito con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

I MOTIVI.

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia la violazione degli artt. 37, 38 e 187 c.p.c., 1362 e ss. e 1370 c.c. ed il vizio di omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, deducendo che contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata: *a)* sulla natura irrituale dell'arbitrato non si era formato alcun giudicato, perché, mancando nella decisione del tribunale una statuizione in quel senso (ed anzi essendosi in essa richiamato l'art. 38 c.p.c. riferibile all'arbitrato rituale), essa ricorrente non avrebbe potuto né dovuto proporre nessuna impugnazione sul punto; *b)* il disciplinare dell'Associazione granaria (che si assume contenere una previsione di arbitrato irrituale) non si applica alle vertenze concernenti gli acidi grassi di sega distillato, oggetto del contratto di compravendita intercorso fra le parti; *c)* in ogni caso, l'invocato disciplinare contiene numerose disposizioni incompatibili con la natura e la portata di un arbitrato irrituale.

Tali censure non possono condurre alla cassazione della sentenza impugnata, la quale perviene alla qualificazione, come irrituale, dell'arbitrato, in base a due distinte argomentazioni, l'una fondata sul rilievo del giudicato interno che su di essa si sarebbe formato (in quanto oggetto di statuizione da parte del tribunale, non impugnata) e l'altra basata sulla interpretazione della clausola, nonché sul regolamento e sul contratto-tipo dell'Associazione granaria di Milano in detta clausola richiamati, sì che, censurata fondatamente la prima, la decisione si regge sulla seconda, che, come si dirà, questa Corte condivide.

2. Trattandosi di giudicato interno, è consentito a questa Corte, al fine di ritenerlo esistente o di escluderlo, il diretto esame degli atti e, in particolare, della sentenza di primo grado e quest'esame induce alla seconda alternativa. Invero, la sentenza del tribunale non contiene alcuna affermazione circa la natura irrituale dell'arbitrato e si astiene dal qualificarlo espressamente in questo senso o in senso opposto, limitandosi ad attribuire alla clausola compromissoria la previsione della «soluzione di tutte le contestazioni che possano insorgere in dipendenza della esecuzione del contratto a mezzo di arbitri».

Anzi, se qualche segnale è dato cogliere nella sentenza del tribunale, esso è nel senso della presupposta ritualità dell'arbitrato. Sul piano sostanziale, il Tribunale, per escludere la necessità di specifica approvazione scritta della clausola compromissoria, ha negato che essa accedesse ad un contratto per adesione (cui ha ritenuto applicabile l'art. 1341 c.c.) e non ha utilizzato l'ulteriore argomento, suffragato dalla giurisprudenza di questa Corte, che non configura come vessatoria la clausola di arbitrato irrituale in quanto non ha contenuto derogativo della competenza del giudice. Sul piano processuale, il tribunale ha ritenuto preclusa, in base all'art. 38 c.p.c. (applicabile solo in ipotesi di arbitrato rituale), l'eccezione formulata dalla società convenuta oltre il termine previsto nella citata norma, descrivendo la stessa come una eccezione d'incompetenza.

3. Va, quindi, esaminato l'ulteriore profilo di censura prospettato dalla ricorrente e che investe la sentenza impugnata nella parte in cui, con argomentazione da sola sufficiente a sorreggere la decisione, ha interpretato la clausola compromissoria e gli atti in essa richiamati, pervenendo alla conclusione che nei caso si tratta di arbitrato irrituale.

Al riguardo, occorre precisare che, ai fini della qualificazione dell'arbitrato, questa Corte può procedere all'esame e alla interpretazione diretta degli atti acquisiti al processo.

Invero, il contenuto di un patto compromissorio, al fine di stabilire la ritualità o irritualità dell'arbitrato, può e deve essere oggetto di esame e valutazione diretta da parte della Corte di cassazione, ove la relativa questione incida su problemi processuali, quale quello della competenza o dell'ammissibilità della impugnazione del lodo per nullità (sent. 13 marzo 1989 n. 1253) o quale quello della tempestività, o meno, della eccezione di arbitrato e della proponibilità della domanda ai giudice ordinario.

4. Orbene, lo «stabilito di compravendita» predisposto da mediatore Bellomo conteneva clausole accessorie, in base alle quali erano previsti il rinvio alle condizioni

usuali dei contratti tipo dell'Associazione granaria di Milano e, indirettamente, agli usi commerciali di Milano; il deferimento obbligatorio di tutte le controversie che fossero insorte in dipendenza dell'esecuzione o dell'interpretazione del contratto alla decisione di arbitri amichevoli compositori, che avrebbero deciso *ex bono et aequo*, senza alcuna formalità di legge, ai sensi del regolamento arbitrale dell'Associazione granaria di Milano (e tale decisione avrebbe avuto valore convenzionale, come se fosse stata concordata tra le parti); l'onere di chiedere l'arbitrato entro precisi termini; la competenza del Foro di Milano per l'esecuzione delle decisioni degli arbitri.

Richiamata la distinzione tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale, quale risulta dalle decisioni di questa Corte cui si rinvia (v. sentenze 18.7, 1969, n. 2668; 6.6.1975, n. 2273; 9.6.1983, n. 3956; 12.1.1984, n. 268), va precisato che, al fine di accertare se in un determinato caso concreto ricorra l'una o l'altra figura, occorre ricercare quale sia stata la sostanziale volontà delle parti desumibile dall'intero contesto della pattuizione e non dall'una o l'altra delle espressioni usate, singolarmente prese; sì che, da un lato, non è sufficiente la qualificazione degli arbitri come amichevoli compositori, per dedurre soltanto da ciò la natura irrituale dell'arbitrato, dall'altro non depone sicuramente a favore dell'arbitrato rituale il solo riferimento ad una decisione secondo diritto o ad una singola controversia (o a qualsiasi controversia) attinente ad un determinato rapporto.

5. Tenuto conto di quanto si è osservato, nelle clausole sopra riprodotte appare chiaro il riferimento all'arbitrato irrituale, perché non solo si domanda agli arbitri di decidere come amichevoli compositori *ex bono et aequo* e senza formalità (le quali possano far credere che agli arbitri sia affidato l'esercizio di un'attività giurisdizionale) ma si precisa espressamente che la decisione arbitrale avrebbe avuto valore convenzionale, come se fosse stata concordata tra le parti, espressione questa che, collegata alle altre contenute nella clausola, è chiaramente indicativa della comune volontà delle parti di risolvere le controversie, che fossero insorte in dipendenza dell'esecuzione o dell'interpretazione del contratto, sul piano negoziale (non importa se nella forma della transazione o del negozio d'accertamento) e non mediante la definizione giudiziale di esse.

Ciò è tanto vero che, come ha osservato anche la Corte d'appello, una tale definizione è stata prevista soltanto per l'esecuzione delle decisioni degli arbitri, mediante una previsione di competenza del Foro di Milano. Da tale espressa previsione si deduce che a quelle decisioni si è inteso attribuire non l'efficacia esecutiva propria dei lodi arbitrali rituali (ossia quella della sentenza), ma il valore di atti negoziali che, per assumere efficacia cogente, abbisognano di una pronuncia giurisdizionale a conclusione di un processo di cognizione.

6. Alle stesse conclusioni induce il rinvio, contenuto nella clausola, al regolamento arbitrale dell'Associazione granaria di Milano (analogamente a quanto in altra controversia si ritenne per il regolamento dell'Associazione al commercio dei cereali e dei semi di Genova: v. sent. 5651/78), che espressamente prevede un arbitrato «irrituale o libero», precisando che «le decisioni hanno valore convenzionale, come se fossero state concordate fra le parti» e che gli arbitri «decisorio in veste di mandatari amichevoli compositori, *ex bono et aequo*, con facoltà di transigere, senza l'obbligo di osservanza di norme di diritto e di norme procedurali che non siano quelle del presente regolamento».

La ricorrente nega che tale regolamento, in quanto previsto per le vertenze riferentisi a cereali, farine, legumi, semi, olii vegetali ... e non anche ad acidi grassi di sego distillato (che avevano formato oggetto dei contratti tra le parti), sia applicabile nel caso concreto.

A tale rilievo è agevole rispondere che, anche se non applicabile *ex se* (secondo la tesi della ricorrente), il citato regolamento io è in quanto le parti hanno convenzionalmente recepito il regime dell'arbitrato in esso previsto come direttamente voluto, sì che la fonte dell'arbitrato rimane la convenzione, che ben poteva riferirsi ad un regolamento esterno, anche se non direttamente applicabile, facendolo proprio.

Con riguardo all'arbitrato (rituale) estero - ma il principio nella sua valenza generale può essere invocato nella presente controversia - si è, infatti, ritenuto possibile che la clausola compromissoria faccia generico riferimento a preesistenti organi di associazioni internazionali di categoria (sent. S.U. 21.11.1983, n. 6925) o rinvii ad un regolamento predisposto da terzi, ove questo sia già esistente o dovrà necessariamente venire ad esistenza, ed inoltre consenta a ciascuna delle parti la scelta di un proprio arbitro (come, nel caso concreto, è previsto dagli artt. 3 e 4 del citato regolamento), atteso che, in tale situazione, gli elementi essenziali del compromesso risultano con certezza determinati o determinabili in forza del predetto rinvio (sent. S.U. 11.2.1982, n. 836).

La ricorrente sostiene, inoltre, che sarebbero incompatibili con l'arbitrato irrituale, previsto dal regolamento dell'Associazione granaria di Milano, alcune norme di esso e cioè: *a)* quella che stabilisce debba effettuarsi la scelta degli arbitri fra le persone incluse nell'apposito ruolo dell'Associazione stessa, eliminando - si dice - la libera scelta del mandatario chiamato a stipulare l'accordo transattivo; *b)* quella che demanda al presidente dell'associazione la designazione dell'arbitro per la parte che non abbia provveduto e la formulazione dei quesiti che la parte da lui sostituita può avere interesse a sottoporre agli arbitri; *c)* quella che introduce una disciplina per la riconsiliazione degli arbitri, subordinata al benessere del presidente; *d)* quella che attribuisce al Collegio arbitrale il potere di nominare periti; *e)* quella che parla di «decisione» degli arbitri; *f)*

quella che demanda al presidente la liquidazione degli onorari degli arbitri; *g*) quelle contenenti le espressioni «collegio arbitrale», «procedimento arbitrale», «giudizio arbitrale», «decisione arbitrale»; *h*) quella in cui ricorre l'espressione «controversia»; *i*) quelle che contengono la fissazione di termini ed una dettagliata regolamentazione del procedimento arbitrale; *l*) quelle che comminano sanzioni a carico della parte inadempiente, nei caso di mancata esecuzione della decisione arbitrale.

Senonché, la scelta degli arbitri nell'ambito di un qualsiasi ruolo (o albo professionale) è sicuramente possibile anche ai fini del conferimento del mandato, se le parti, accettando un determinato regolamento e facendone oggetto della loro determinazione negoziale, si obbligano in tal senso e se esse, pur nell'ambito del ruolo (o dell'albo), siano libere di operare la scelta.

Il potere del presidente dell'Associazione di designare l'arbitro in sostituzione della parte inerte è analogo a quello attribuito al presidente del tribunale dall'art. 810 c.p.c., norma applicabile in via analogica anche all'arbitrato libero o irrituale (v. sent. S.U. 3.7.1989, n. 3139); ed il potere, allo stesso attribuito, di formulare i quesiti potrebbe allo stesso modo contrastare tanto con l'arbitrato irrituale che con l'arbitrato rituale.

La possibilità di riconsiliazione subordinata al benessere del presidente costituisce logica conseguenza sia della limitazione della scelta nell'ambito del ruolo sia del potere di sostituzione del presidente alla parte nella scelta dell'arbitro, che, come si è osservato sono compatibili con l'arbitrato irrituale.

Che il regolamento in esame parli di «decisione» arbitrale e di «controversia» è irrilevante, posto che il termine «decisione» può essere assunto in senso improprio e atecnico (ossia anche nel senso di definizione negoziale dei rapporti fra le parti) e che una controversia può essere prevenuta o definita anche sul piano negoziale, nella forma della transazione e del negozio d'accertamento (analoghe considerazioni valgono per le espressioni «collegio arbitrale», «procedimento e giudizio arbitrale»).

La comminatoria di sanzioni alla parte inadempiente, nel caso di mancata esecuzione delle determinazioni arbitrali, dimostra il contrario di ciò che la ricorrente sostiene, e cioè che quelle determinazioni non sono fornite di efficacia esecutiva propria, quale quella del lodo rituale.

Quanto, infine, ai rilievi di cui ai punti *d*), *f*) ed *i*), basta osservare che le parti, anche con riguardo all'arbitrato irrituale, possono dettagliare, nel mandato conferito agli arbitri, le modalità attraverso le quali devono pervenire alla formazione del proprio giudizio (v. sent. 5651/78) specialmente per ciò che concerne l'assicurazione di quei minimi di contraddittorio da osservare anche nello svolgimento dell'arbitrato irrituale; e, a tal fine, possono recepire nelle proprie determinazioni negoziali, e far proprio, *il*

modus procedenti stabilito da una fonte esterna.

7. Questa Corte, quindi, concorda con le conclusioni del giudice d'appello circa la natura irrituale dell'arbitrato intervenuto fra le parti, con la conseguenza che, ai fini della validità o meno della clausola compromissoria e dei termini per l'opponibilità di essa (che formeranno oggetto di successivo esame), non spiegano alcuna influenza la disciplina delle convenzioni internazionali che si riferiscono esclusivamente all'arbitrato rituale e la giurisprudenza che su di esse si è formata (conv. di New York 10 giugno 1958, ratificata con legge 19 gennaio 1968, n. 62, sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere; conv. di Ginevra 21 aprile 1961, ratificata con legge 10 maggio 1970, n. 418, sull'arbitrato commerciale internazionale; Accordo di Parigi 17 dicembre 1962, ratificato con legge 30 ottobre 1957, n. 851, sull'applicazione della conv. di Ginevra).

8. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 184, 188, 189 e 167 c.p.c. e dell'art. 6 della convenzione europea sull'arbitrato, ratificata e resa esecutiva con legge 10 maggio 1971, n. 418, e disposizioni connesse, nonché il vizio di carenza di motivazione su un punto decisivo della controversia.

Muovendo dal presupposto della natura rituale dell'arbitrato, la ricorrente deduce che la Corte d'appello avrebbe dovuto ritenere tardiva ai sensi dell'art. 38 c.p.c. la eccezione di compromesso formulata dalla convenuta, ma che alla stessa conclusione sarebbe dovuta pervenire, se si fosse trattato di arbitrato irrituale, poiché l'eccezione era stata proposta dopo otto anni in cui si era dibattuto il merito della lite ed era incompatibile sia con il comportamento processuale tenuto dalla società convenuta, sia con il tenore stesso della eccezione con la quale si era dedotto un difetto di giurisdizione e si era chiesta una declaratoria d'improcedibilità del giudizio (e non già d'improponibilità dell'azione).

Anche queste censure sono infondate.

E costante giurisprudenza di questa Corte che l'eccezione con la quale si deduca l'esistenza di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale non comporta deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, come si verifica nel caso di clausola compromissoria per arbitrato rituale (in relazione alla quale operano il modo, il tempo ed i limiti di deducibilità previsti dall'art. 38 c.p.c.), ma solo improponibilità della domanda, con la conseguenza che detta eccezione non è vincolata ai limiti temporali della eccezione d'incompetenza, ma, avendo natura sostanziale può essere fatta valere in

ogni momento del giudizio, secondo le regole proprie delle eccezioni di natura sostanziale e senza che l'eventuale ritardo nella sua formulazione possa di per sé integrare una rinuncia tacita, in difetto di atti incompatibili con la volontà di avvalersi del compromesso, potendo anzi proporsi, l'eccezione per la prima volta anche in appello.

Escluso che con la proposizione della eccezione fosse incompatibile la sua formulazione testuale perché vi era espressamente detto che la controversia era stata deferita dalle parti al giudizio di arbitri irrituali, e non rileva che in essa si deducesse anche il difetto di giurisdizione o di competenza e che se ne facesse conseguire impropriamente la improcedibilità del giudizio, anzi che la improponibilità dell'azione, essendo comunque chiara una volontà in tal senso) la rinuncia tacita da parte della convenuta a far valere l'eccezione viene ancorata dalla ricorrente, che non deduce altri comportamenti in cui potesse ravvisarsi detta rinuncia, al solo ritardo nella formulazione della eccezione, che, secondo la citata giurisprudenza, non può assumere quel significato, essendo, inoltre, del tutto naturale che fino al momento di tale formulazione siano state svolte altre diverse di merito, di per sé non implicanti la pretesa volontà di rinuncia.

Né, infine, può essere invocata, al riguardo, la Convenzione europea sull'arbitrato, che, come si è avvertito in chiusura di esame del primo motivo, disciplina l'arbitrato rituale e non l'arbitrato irrituale.

9. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 808 e ss., c.p.c. e degli art. 1967 e 1350 c.c., nonché il vizio di carenza e insufficiente della motivazione; e - premesso di non avere sottoscritto la clausola compromissoria contenuta nello stabilito di contratto predisposto dal mediatore Bellomo, ma di essersi limitata a dare atto della volontà di comprare la merce, sì che non risultava osservata la forma scritta *ad substantiam*, per l'arbitrato rituale, e *ad probationem*, per quello irrituale - censura la sentenza impugnata per avere ritenuto necessaria la prova scritta, anche per l'arbitrato irrituale, solo quanto questo abbia per oggetto controversie relative a rapporti per i quali la forma scritta è richiesta *ad substantiam*; e per avere ritenuto che la produzione in giudizio, da parte di essa ricorrente, dello «stabilito» ne implicasse l'accettazione sotto il profilo del contenuto e dell'efficacia probatoria, nonostante che il documento fosse stato prodotto al fine di contestare l'adesione alla clausola e di rendere ragione della lettera di accettazione dell'affare diretta alla soc. L.I.S.A., che non faceva menzione delle clausole dello «stabilito».

10. Nel disattendere tali censure, deve innanzi tutto rilevarsi che la Corte d'appello

non ha affermato che sia necessaria la prova scritta, anche per l'arbitrato irrituale, solo quando questo abbia per oggetto controversie relative a rapporti per i quali la forma scritta è richiesta *ad substantiam*. Ha, invece, esattamente affermato, conformemente all'indirizzo di questa Corte (sent. 16 maggio 1962, n. 1070, 28 marzo 1972, n. 994), che il compromesso e la clausola compromissoria per arbitrato irrituale devono essere redatti per iscritto a pena di nullità solo quando l'arbitrato abbia per oggetto controversie relative a rapporti giuridici per i quali la forma scritta, e richiesta *ad substantiam*, mentre, quanto esso abbia ad oggetto controversie relative ad altri rapporti, il conferimento del mandato agli arbitri dev'essere soltanto provato per iscritto, secondo le regole dettate dall'art. 1967 c.c., ed ha correttamente ritenuto che la prova scritta può essere costituita da una qualsiasi attestazione scritta dell'esistenza del mandato compromissorio, anche se successiva alla pattuizione ed a carattere meramente ricognitivo, purché attribuibile alle parti.

11. In applicazione di questi principi, la Corte d'appello, dopo avere rilevato che sull'esistenza della clausola le parti concordavano, dissentendo soltanto sulla sua validità ed efficacia, il che poteva anche esimere dalla necessità della prova (affermazioni, queste, che la ricorrente non ha specificamente investito di censura); che lo stabilito di compravendita aveva valore di conferma dell'affare secondo la previsione e gli effetti di cui all'art. 1760 n. 3 (annotazione, da parte del mediatore professionale, su apposito libro degli estremi essenziali del contratto e rilascio alle parti di copia da lui sottoscritta); che, inoltre, la produzione in giudizio del documento da entrambe le parti costitutiva equipollente di un atto scritto da loro sottoscritto (ed è questo soltanto il punto investito da censura con il motivo in esame, cui deve obiettarsi che, qualunque fossero le ragioni della esibizione, le conclusioni tratte dalla Corte d'appello non sono incongruenti ai fini della prova della clausola), ha osservato - ed è questo che assume carattere risolutivo al fine di attribuire al documento i requisiti della prova scritta - che lo «stabilito», contenente la clausola compromissoria, faceva salva alle parti la facoltà di comunicare al mediatore il loro eventuale dissenso. E non solo ciò non avvenne, ma la Henkel diede espressa conferma alla soc. venditrice dello «stabilito di compravendita» con lettera del 17 settembre 1973, recependo in quello scritto tutte le clausole della «stabilito» e, quindi, anche quella compromissoria.

In ordine all'apprezzamento, corretto giuridicamente e ineccepibile logicamente, compiuto nella sentenza impugnata, nessun sindacato è, per ciò, consentito in sede di legittimità ed il motivo di censura non può che essere disatteso.

12. Quanto ha osservato la Corte del merito in ordine alla mancata comunicazione,

da parte della Henkel, di alcun dissenso circa il contenuto contrattuale riprodotto, in una clausola compromissoria, nello «stabilito» del mediatore ed anzi alla integrale conferma dello stesso con la lettera del 17 settembre 1973, smentisce ciò che la ricorrente sostiene con il quarto motivo, sul presupposto che il contratto si fosse concluso per corrispondenza e nel quadro dell'art. 1326 c.c., affermando, contrariamente agli accertamenti ed agli apprezzamenti compiuti dalla Corte d'appello, di avere comunicato un'accettazione non conforme alla proposta e da intendersi, per ciò, come nuova proposta.

13. Con il quinto motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 1341 c.c. ed il vizio di omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso che la clausola compromissoria dovesse approvarsi specificamente ai sensi della citata norma. In particolare, critica l'affermazione che il richiamo al regolamento arbitrale dell'associazione granaria e ad un non meglio individuata contratto-tipo (ignoti ad essa ricorrente) abbia realizzato una ipotesi di contratto *per relationem perfectam* e sostiene che la clausola compromissoria dev'essere approvata ai sensi dell'art. 1341 c.c., in ogni caso in cui implichi deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria.

Anche questa censura è infondata sotto entrambi i profili prospettati.

Quanto al primo, è vero che il secondo comma dell'art. 1341 c.c. non trova applicazione, quando le parti si siano richiamate ad altro schema negoziale o quando si sia in presenza di clausole onerose o di clausole compromissorie in arbitrato rituale, solo se ciò sia il frutto della cooperazione delle parti e delle trattative intercorse fra le stesse (v. sent. 17 maggio 1963, n. 1266; 12 febbraio 1968, n. 470; 23 luglio 1969, n. 2766; 15 settembre 1977, n. 3989; 15 giugno 1979, n. 3373; 22 maggio 1986, n. 3407; 29 luglio 1986, n. 4847). Ma, nel caso concreto, sia la sentenza di primo grado che quella di secondo grado hanno escluso che si vena in ipotesi di contratto per adesione (in relazione alla quale si ritiene che, per escludere la necessità della specifica approvazione per iscritto della clausola vessatoria, occorre che essa abbia formato oggetto di trattative fra le parti). Inoltre, quando il contratto contenga un rinvio ad altra fonte esterna, l'atto di riferimento è recepito nella sua integrità ed il rinvio a quella fonte, in relazione alla quale ciascuna parte ha l'onere di informarsene e di acquisirne la conoscenza, equivale alla sua materiale trascrizione nel documento e ad essa si estende la sottoscrizione dei contraenti (v. sent. 470/68, nonché 13 maggio 1989, n. 2198). Infine, a differenza della clausola compromissoria in arbitrato rituale, la clausola istitutiva di un arbitrato irrituale non ha contenuto derogatorio della competenza del giudice ordinario, per cui non rientra fra quelle da approvarsi specificamente per iscritto a norma degli artt. 1341 e 1342 c.c.,

nell'ambito delle quali soltanto si pone un problema di limiti di operatività di tali norme, a seconda che la clausola abbia formato oggetto, oppure no, di specifiche trattative.

Quanto sostiene la ricorrente è, poi, superato in punto di fatto, come risulta accertato nella sentenza impugnata, perché la Henkel, alla quale era stato trasmesso il documento costituito dallo «stabilito di compravendita» e che era stata posta in grado di apprezzarne il contenuto anche in relazione alla clausola compromissoria che esso comprendeva, non solo non espresse alcun dissenso, ma confermò il contenuto del contratto, e con esso la clausola compromissoria, fornendo in tal modo la propria cooperazione alla conclusione del contratto.

14. Con il sesto motivo si assume violato l'art. 2965 c.c. e si deduce il vizio di omessa motivazione, non essendosi considerato che la brevità dei termini per instaurare il giudizio arbitrale avrebbe reso eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, con conseguente nullità della clausola. Tali termini sono indicati dalla ricorrente in dieci giorni dalla data del reclamo ed in sei mesi dalla insorta contestazione.

La censura va disattesa sotto il duplice profilo della sua novità (non risultando prospettata, la questione, in fase di merito, in modo che la congruità dei termini per adire il Collegio arbitrale potesse venire apprezzata in quella sede) e della sua infondatezza, in quanto prospetta difficoltà meramente soggettive ad attivarsi nella proposizione del giudizio arbitrale dovute al fatto che la ricorrente aveva la propria sede in Germania.

A parte quanto controdedotto dalla parte resistente in ordine alla pretestuosità delle prospettate difficoltà, data la nota organizzazione della Henkel (società multinazionale) fornita di un proprio stabilimento in Milano, deve rilevarsi che, in materia di arbitrato libero, il principio, secondo cui il venir meno dell'operatività e dell'efficacia del compromesso fa risorgere il potere delle parti di esercitare le azioni derivanti dal contratto e chiedere al giudice la decisione già rimessa all'apprezzamento degli arbitri irrituali, trova la sua giustificazione in eventi oggettivi che attengono alla validità o all'efficacia del compromesso o della clausola compromissoria, o che comportano l'impossibilità del responso arbitrale o il suo annullamento, o che comunque incidano in una fase successiva alla stipulazione del compromesso o della clausola compromissoria. Fuori da queste ipotesi, il far decorrere inutilmente il termine di decadenza previsto per adire gli arbitri liberi determina la definitiva rinuncia alla tutela giurisdizionale dei diritti relativi al rapporto controverso e la improponibilità dell'azione giudiziaria (sent. 8 gennaio 1980, n. 111).

Del resto, la Henkel non ha, sia pure fuori termine, adito gli arbitri in modo che questi potessero valutare la possibilità, o meno, del rispetto dei termini previsti nella clausola,

rientrando la questione nell'ambito della verifica dei propri poteri che gli arbitri stessi avrebbero dovuto compiere in via preliminare; e la stessa citazione davanti al giudice ordinario avvenne oltre il termine di sei mesi contrattualmente stabilito, senza che ciò potesse giustificarsi con la soggettiva impossibilità dedotta dalla ricorrente.

15. Con il settimo ed ultimo motivo, denunciando il vizio di omessa motivazione su un punto decisivo, la ricorrente censura la sentenza impugnata, per non avere tratto, dall'affermazione dell'inadempimento della venditrice, le necessarie conseguenze con l'accoglimento dell'appello incidentale proposto da essa ricorrente.

A confutare questa censura è sufficiente rilevare che la Henkel, a favore della quale il tribunale aveva liquidato il danno in misura da essa non ritenuta soddisfacente, propose appello incidentale al fine di ottenere una liquidazione più elevata, sul presupposto che l'azione ordinaria fosse proponibile.

Avendo la corte d'appello escluso tale proponibilità, e non dovendosi, per ciò, occupare del merito della controversia, essa ha ovviamente ritenuto precluse, in conseguenza, tutte le altre censure contenute nel gravame principale ed in quello incidentale.

16. Pertanto, il ricorso dev'essere rigettato. Ricorrono giusti motivi per compensare le spese del giudizio di cassazione.

P. Q. M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma l'11 dicembre 1991.

[FALCONE *Presidente* SENSALÉ *Rel.* – BONAJUTO *P.M.* (conf.). – Henkel & C. ie G.M.H. (avv.ti Castana e Formiggini Pastorelli) - Soc. Olchima s.p.a. (avv.ti Ottanasio, Baglione e Bartolozzi)]

* * *

NOTA DI COMMENTO:

«Appunti sulla eccezione di devoluzione di una controversia ad arbitri irrituali e su altre interessanti questioni in tema di arbitrato»

I. IL CASO

La vicenda recentemente esaminata, dalla Suprema Corte con la sentenza n. 10240 del 5 settembre 1992 offre lo spunto per svolgere alcune riflessioni sull'evoluzione della giurisprudenza in ordine a questioni che abitualmente ricorrono ogni qualvolta l'interprete si trovi di fronte ad una clausola compromissoria.

Le annotazioni che saranno svolte non hanno certamente la pretesa di indagare criticamente le delicate questioni sottese alla materia - assai controversa - del rapporto tra giudizio ordinario e procedimento arbitrale; esse hanno il ben più modesto obiettivo di offrire al lettore talune indicazioni utili ad orientare una più approfondita indagine.

In questa prospettiva è sembrata particolarmente interessante la pubblicazione della menzionata decisione, il cui percorso argomentativo affronta e risolve temi frequentemente ricorrenti nella pratica.

Il caso sottoposto all'esame della Suprema Corte può essere riassunto nei termini che seguono.

Nel 1975 la Società Henkel citava davanti al Tribunale di Sassari la s.p.a. L.I.S.A. per ottenerne la condanna al pagamento della somma di 891.000 marchi tedeschi a titolo di risarcimento di danni -per inadempimento da parte della convenuta di un contratto di compravendita di merce la cui consegna non era avvenuta nei termini prefissati. La convenuta si difendeva deducendo che il proprio inadempimento era dovuto al fatto di un terzo, che chiedeva di chiamare in causa, e deducendo inoltre che il risarcimento richiesto era esorbitante. In corso di causa la convenuta, che nel frattempo aveva mutato la propria denominazione sociale in Olchima-Oleochimica Maurizio, eccepiva l'improponibilità della domanda essendo la controversia deferita ad arbitri.

L'attrice eccepiva che la clausola compromissoria non risultava approvata per iscritto ai sensi dell'art. 1341, 2° comma, cod. civ.

Il Tribunale, respinta la domanda di manleva, riteneva che la clausola compromissoria contenuta nello «stabilito di compravendita» fosse del tutto valida, non necessitando dell'approvazione specifica in quanto contenuta in un modulo contrattuale predisposto da un terzo e non da una delle patti e per ciò non riconducibile nella categoria dei contratti per adesione; tuttavia rigettava l'eccezione di compromesso, non essendo stata proposta tempestivamente, ai sensi dell'art. 38, 3° comma, c.p.c., e condannava la parte

convenuta al risarcimento del danno, liquidandolo in 772.800 marchi, oltre agli interessi.

Proposto appello dalla s.p.a. Olchima, nonché appello incidentale dalla soc. Henkel, la Corte di Appello di Cagliari, in riforma della precedente sentenza, ha dichiarato improponibile l'azione proposta dalla ditta tedesca.

La Corte d'appello ha ritenuto che sulla natura irrituale dell'arbitrato si era formato il giudicato, non essendo stata censurata tale qualificazione contenuta nella sentenza del Tribunale, aggiungendo che la irritalità dell'arbitrato era comunque incontestabile alla stregua del contenuto della clausola e riceveva definitivo conforto dalla previsione per l'esecuzione delle decisioni degli arbitri, della competenza del Foro di Milano, implicante il riconoscimento che esse avrebbero, avuto non l'efficacia esecutiva propria dei lodi arbitrali rituali, ma quella degli atti negoziali, che per diventare cogenti, hanno bisogno di una pronunzia giurisdizionale a conclusione di un procedimento di cognizione.

Trattandosi di arbitrato irrituale relativo a compravendita di cose mobili, la clausola compromissoria richiedeva la forma scritta non *ad substantiam* ma *ad probationem*; e, non solo le parti concordavano sulla esistenza della clausola, discutendo soltanto sulla validità ed efficacia di essa (il che addirittura dispensava dalla necessità della prova), ma questa era fornita dallo stabilito di vendita, che, in quanto prodotto da entrambe le parti, era equipollente ad un atto scritto da loro sottoscritto, e dalla già menzionata lettera della Henkel. Né occorre la specifica approvazione ai sensi dell'art. 1341, 2° comma, c.c., sia perché la fattispecie in esame doveva ricondursi alle categoria del contratto *per relationem*, sia perché le clausole compromissorie in arbitrato irrituale non hanno contenuto vessatorio.

La Suprema Corte, con la sentenza che qui si commenta ha respinto il ricorso per Cassazione proposto dalla Henkel affermando i principi indicati in massima.

II. LE QUESTIONI

1. La prima questione sollevata dal caso in esame attiene alle distinzioni tra arbitrato rituale ed irrituale ed alle modalità delle indagini che devono essere svolte per accertare se una determinata clausola compromissoria configuri l'uno o l'altro dei due procedimenti arbitrali.

La questione si pone quasi sempre, attesa la ricorrente ambiguità delle formule utilizzate nella redazione della clausola compromissoria, nell'ambito della quale spesso sono commiste espressioni tipicamente riferibili all'uno o all'altro dei procedimenti arbitrali

(rituale ed irrituale).

È noto che un orientamento ampiamente diffuso tra i pratici tende a risolvere l'ambiguità delle espressioni usate dai contraenti privilegiando, in tal caso, la scelta per l'arbitrato irrituale e motivando tale scelta con il (presunto) disfavore dell'ordinamento per la giustizia non togata, che sarebbe rappresentata dagli arbitri rituali.

L'esperienza insegna che tale approccio al problema non è né persuasivo, né appagante.

Non è persuasivo perché presuppone l'esistenza di una regola di cui non è adeguatamente dimostrata la vigenza, e cioè della regola che vedrebbe come ipotesi eccezionale il ricorso ad una giustizia non amministrata (o somministrata) dallo Stato attraverso la macchina giudiziaria. Sulla esistenza di una siffatta regola molto si discute e non sembra pertanto che su di essa (o soltanto su di essa) possa fondarsi la soluzione che - in ogni ipotesi di ambiguità della clausola compromissoria - assegna ad essa natura irrituale.

Non è appagante perché attraverso tale approccio al problema della qualificazione della natura dell'arbitrato l'interprete è indotto a sottovalutare l'effettiva volontà delle parti che hanno stipulato la clausola compromissoria e, conseguentemente, a consegnare ad essi un modello di soluzione della controversia assai diverso da quello divisato al momento della stipulazione della clausola.

In questa prospettiva non può che condividersi la tecnica di qualificazione della clausola compromissoria privilegiata dalla Suprema Corte nel caso in esame.

I giudici avvertono il decisivo rilievo che assume nella specie l'effettiva volontà delle parti, che non può essere ricercata nell'una o l'altra delle espressioni usate nella redazione della clausola singolarmente considerate, bensì nell'intero contesto della pattuizione, allo scopo di verificare se - al di là delle espressioni anche impropriamente utilizzate - emerga una volontà di componimento negoziale della controversia (ipotesi in cui dovrà individuarsi un arbitrato irrituale) ovvero se le parti compromittenti volessero affidarsi al giudizio autoritativo di terzi (ipotesi in cui dovrà riconoscersi un arbitrato rituale).

Dalle considerazioni che precedono dovrebbe desumersi che la questione della natura dell'arbitrato, risolvendosi in una *quaestio voluntatis*, sia sottratta al sindacato della Cassazione salvo la ricorrenza delle ipotesi di cui all'art. 360 n. 5 c.p.c. Così non è, a causa della frequentissima intersecazione di profili strettamente processuali con la questione relativa alla natura rituale o irrituale da assegnarsi all'arbitrato divisato dalle parti (si pensi, a titolo di esempio, alle questioni in tema di competenza, di proponibilità della domanda o di ammissibilità dell'impugnazione del lodo, sottoponibili in Cassazione con la conseguente indagine diretta della Suprema Corte degli atti di causa).

Deve peraltro subito rilevarsi che lo stesso orientamento della Suprema Corte in tema di accertamento della natura rituale o irrituale dell'arbitrato previsto dalle parti non è esente da oscillazioni, né da talune ambiguità.

Non sono infatti infrequenti decisioni che sembrano privilegiare l'indagine interpretativa della clausola compromissoria condotta con il criterio della interpretazione letterale, e che assegnano senz'altro natura rituale all'arbitrato previsto in una clausola compromissoria in cui compaiono espressioni tipiche del procedimento giurisdizionale (quali «decisione», «giudizio» e simili; tendenzialmente in questo senso CASS., 10.11.1981, n. 5942 e CASS., 27.6.1988, n. 4336).

In questa prospettiva emerge con evidenza la difficoltà di indicare una regola valida per distinguere in astratto una clausola compromissoria per arbitrato rituale da una per arbitrato irrituale: l'indagine andrà fatta caso per caso, privilegiando l'effettiva volontà delle parti.

E questa soluzione empirica ha quanto meno il merito di essere rispettosa della effettiva natura della clausola compromissoria che non è clausola del contratto a cui è apposta, ma contratto nel contratto, ovvero pattuizione dotata di autonomia (tanto è vero che non è necessariamente travolta dalla nullità del contratto al quale accede).

2. La seconda questione che rileva per la soluzione del caso esaminato concerne l'individuazione della forma e dei termini nei quali debba essere sollevata l'eccezione dell'esistenza di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale.

Nel caso concreto tale eccezione risultava essere stata sollevata dopo ben otto anni dall'inizio della controversia davanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

La circostanza aveva indotto una parte a sollevare davanti alla Suprema Corte, in via subordinata al mancato accoglimento della tesi dell'esistenza nella specie di una clausola compromissoria per arbitrato rituale, la questione della tardività e comunque della incompatibilità della cd, «eccezione di compromesso» con il comportamento processuale tenuto dalla parte che l'aveva sollevata in tutto il corso del giudizio svoltosi davanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

La Corte ha correttamente disatteso l'argomentazione della ricorrente, precisando che - a differenza dell'eccezione di esistenza di clausola compromissoria per arbitrato rituale, la quale è deducibile in *limine litis* alla stregua dell'art. 38 c.p.c., trattandosi di questione di competenza - l'eccezione di esistenza di clausola compromissoria per arbitrato irrituale configura una eccezione in senso sostanziale, di merito, in quanto diretta a far emergere l'improponibilità della domanda giudiziale.

Così qualificata la natura dell'eccezione in esame, la Corte ha confermato il proprio consolidato orientamento nel senso che l'eccezione di esistenza di clausola compromissoria per arbitrato irrituale può essere ritualmente sollevata in ogni momento del giudizio, anche di appello, secondo il regime processuale proprio delle eccezioni in senso sostanziale.

In questa prospettiva - come si è enunciato - si colloca il consolidato orientamento della giurisprudenza, secondo il quale tale eccezione è sollevabile sino all'udienza di precisazione delle conclusioni (v. recentemente CASS., 16.11.1988, n. 6203, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1736), anche in grado di appello (CASS., 29.10.1983, n. 6439 e 18.8.1990, n. 8399) e con la sola esclusione del giudizio di legittimità (CASS., 16.11.1971, n. 3264, in *Giust. civ.*, 1972,1,2, 262).

La mancata tempestiva eccezione di patto compromissorio irrituale non incide pertanto sulla ulteriore proponibilità della questione, per le ragioni in precedenza indicate, né può di per sé essere considerata indice rilevatore di una rinuncia all'arbitrato (v. in questo senso CASS., 18.2.1985, n. 1367 e CASS., 20.11.1979, n. 6045, alle quali si uniforma la sentenza in esame).

Il caso oggetto della presente indagine consente altresì di rilevare che nemmeno lo svolgimento di difese di merito in entrambi i gradi del giudizio (protrattosi per atto anni prima che fosse sollevata l'eccezione) può configurare una rinuncia implicita all'arbitrato irrituale, richiedendosi a tal fine *un quid pluris* incompatibile con la volontà di avvalersi del patto compromissorio.

Si potrebbe pensare, in questo senso, allo svolgimento di domande riconvenzionali, che presuppongano un ampliamento del *thema decidendum* sottoposto al giudice ordinario.

Tale comportamento potrebbe configurare una rinuncia implicita ma inequivoca ad avvalersi del patto compromissorio irrituale, come recentemente ha avuto modo di enunciare la stessa Suprema Corte in un caso in cui una parte aveva adito l'autorità giudiziaria ordinaria nonostante l'esistenza di clausola compromissoria irrituale (v. Cass., sez. II, 29.1.1993, n. 1142, in *Corr. Giur.* 1993, 440 ss. con nota di V. Mariconda).

3. La terza questione sollevata del caso in esame concerne la forma del patto compromissorio irrituale.

La sostanziale assimilazione dell'arbitrato irrituale ad un negozio dispositivo di diritti - analogo alla transazione - comporta la necessità della forma scritta del relativo patto soltanto *ad probationem* salva l'applicazione dell'art. 1350 cod. civ. nell'ipotesi in cui

oggetto della controversia sia un rapporto che richiede forma scritta *ad substantiam*.

Qui è agevole cogliere le differenze con il patto compromissorio per arbitrato rituale (in cui la forma scritta è richiesta *ad substantiam*, v. art. 807 e 808 c.p.c.).

Ancora, il patto compromissorio per arbitrato irrituale, non avendo contenuto derogatorio delle competenze dell'a.g.o., non necessita di specifica approvazione per iscritto *ex art. 1341 e 1342 cod. civ.* è considerato *atto di ordinaria amministrazione*, a differenza di quanto accade per l'arbitrato rituale.

E altresì ammesso che per la disciplina del procedimento per arbitrato irrituale si faccia rinvio *per relationem* ad un regolamento approvato da terzi e che deve intendersi materialmente recepito nel patto compromissorio per effetto del rinvio, intendendosi equivalente la recezione alla materiale trascrizione del documento ed estendendosi ad essa la sottoscrizione dei contraenti (in questo senso si esprime anche la sentenza in esame).

4. La quarta ed ultima questione affrontata dalla decisione in esame riguarda l'eventuale reviviscenza del potere di esercitare le azioni derivanti dal contratto davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, nell'ipotesi in cui venga meno l'operatività e l'efficacia del patto compromissorio irrituale.

La questione si poneva, nel caso concreto, perché durante lo svolgimento del giudizio di merito davanti all'a.g.o. si era consumato il termine, previsto dalla clausola compromissoria a pena di decadenza, per instaurare la procedura arbitrale.

Tale previsione negoziale veniva impugnata in quanto configurante - in ipotesi - una violazione dell'art. 2964 cod. civ., essendo troppo breve il termine di decadenza per adire il collegio arbitrale.

La censura è stata disattesa dalla Suprema Corte sia sotto il profilo della novità della questione (che risultava proposta - inammissibilmente - per la prima volta in sede di legittimità) sia sotto quello del merito, in quanto si è ritenuto che essa prospettasse difficoltà meramente soggettive all'instaurazione dell'arbitrato.

Particolarmente interessanti risultano le argomentazioni che la Suprema corte svolge in ordine alle conseguenze che derivano dall'inutile decorso del termine per l'instaurazione di un giudizio arbitrale irrituale.

La Corte, infatti, osserva che la c.d. reviviscenza della tutela giurisdizionale dei diritti derivanti da un contratto al quale sia apposta una clausola compromissoria per arbitrato irrituale o libero può aver luogo soltanto a fronte di eventi oggettivi che attengano alla validità o efficacia della clausola compromissoria (o del compromesso), o che com-

portino comunque l'impossibilità (oggettiva) del responso arbitrale o il suo annullamento od infine che incidano in una fase successiva alla stipulazione del compromesso o della clausola compromissoria.

Ove non ricorrano le ipotesi in precedenza indicate non può operare la reviviscenza della tutela giudiziaria già rinunciata con la stipulazione del patto compromissorio per arbitrato libero o irrituale.

Così, nella vicenda in esame, dovendosi da un lato dare atto della improponibilità della domanda formulata davanti all'a.g.o. a causa dell'esistenza del patto compromissorio irrituale e, da altro lato, dare parimenti atto dell'inutile decorso del termine di decadenza previsto originariamente dalle parti per l'instaurazione dell'arbitrato, la soluzione non può che rinvenirsi nella statuizione della inesistenza di tutela delle ragioni fatte valere.

Si tratta di una conseguenza di estrema gravità che impone una riflessione certamente più approfondita di quella che è possibile compiere in questa sede.

Sarà sufficiente enunciare taluni spunti di riflessione che scaturiscono dalla soluzione che è stata assegnata alla vicenda in esame.

Il già delicato rapporto tra arbitrato e processo ordinario si arricchisce di un corollario foriero di importanti conseguenze sul piano pratico: in presenza di un termine di decadenza per adire un collegio arbitrale irrituale si consolida in via definitiva la rinuncia alla tutela giurisdizionale e l'inutile decorso dei termini di decadenza può a sua volta comportare l'impossibilità di conseguire una pronuncia arbitrale.

In questa ipotesi, come si è visto, alla pronuncia di improponibilità dell'azione promossa davanti all'a.g.o. non può conseguire quella che, in senso atecnico, potrebbe definirsi una *traslatio iudicii* davanti al Collegio arbitrale, poiché essendo intervenuta la decadenza sussisterebbe una ragione ostativa all'instaurazione dell'arbitrato, né può aver luogo - per le ragioni in precedenza accennate - alcuna reviviscenza dell'ordinaria tutela in sede giurisdizionale.

A conclusione degli appunti che si è ritenuto di poter esporre a margine della pronuncia qui riportata emerge ancora una volta con evidenza la delicatezza delle questioni sottese di rapporti tra arbitrato irrituale e processo ordinario.

III. I PRECEDENTI

1. In ordine alla distinzione tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale, con la precisazione che ricorre l'ipotesi di arbitrato rituale quando risulta che le parti hanno voluto affidare agli arbitri il compito di giudicare la controversia con pronuncia dotata di autorità sostanzialmente equiparabile a quella della sentenza (attraverso il c.d.

exequatur pretorile) mentre ricorre la diversa ipotesi dell'arbitrato irrituale quando risulta che le parti hanno inteso affidare agli arbitri il compito di definire la controversia in via stragiudiziale (ma non necessariamente transattiva, essendo possibile una definizione assimilabile al negozio di accertamento ovvero di pieno riconoscimento delle ragioni di una delle parti), oltre alle sentenze citate nella motivazione della sentenza qui commentata v. CASS., 8.2.1985, n. 1028; CASS., sez. un., 29.11.1986, n. 7987; CASS., sez. un., 2.6.1988, n. 3767.

Per l'applicazione della regola che vuole la qualificazione dell'arbitrato come irrituale qualora vi sia incertezza in ordine alla effettiva volontà delle parti (regola sulla cui effettiva esistenza si è discusso in sede di commento), in base alla presupposta eccezionalità dell'arbitrato rituale rispetto alla competenza del giudice ordinario v. CASS., 12.1.1984, n. 268; CASS., 28.9.1988, n. 5260 ed altre conformi; nella giurisprudenza di merito v. TRIB. COMO, 12.3.1987, in *Società*, 1987, 728; TRIBUNALE DI TORINO, 14.4.1986, in *Giur. Piem.*, 1986, 786; TRIB. CAGLIARI, 15.2.1986 e 22.8.1986, entrambe in *Riv. giur. Sarda*, 1986, 384 ss. con nota di A. Luminoso.

Per un diverso approccio, che attribuisce rilievo ai fini della qualificazione di un arbitrato come rituale alla clausola che demanda agli arbitri la «decisione» di tutte le controversie insorgende dal contratto v. CASS., 27.6.1988, n. 4336; nelle giurisprudenze di merito v. APP. ROMA, 18.5.1991, n. 938, in *Riv. arbitrato*, 1991, 580 con particolare riferimento all'uso nelle clausole compromissorie di locuzioni proprie del giudizio civile; in quest'ultima prospettiva v. altresì CASS., 10.11.1981, n. 5942.

2. Sulla natura di eccezione in senso sostanziale dell'eccezione di compromesso in arbitri irrituali, con conseguente inapplicabilità delle preclusioni temporali, di cui all'art. 38 c.p.c., e possibilità di farla valere in ogni momento del giudizio di merito v., oltre alle decisioni citate nella motivazione della sentenza qui commentata. CASS., 18.8.1990, n. 8300; CASS., 16.11.1988 n. 6203; CASS., 2.6.1988, n. 3767; CASS., 9.12.1986, n. 7315; CASS., sez. un., 29.11.1986, n. 7087; CASS., 17.11.1984, n. 5838.

3. Per quanto concerne la forma della pattuizione della clausola compromissoria per arbitrato irrituale, per l'affermazione delle necessità della forma scritta *ad substantiam* soltanto nell'ipotesi in cui la controversia attenga a rapporti giuridici per i quali tale forma è richiesta a pena di nullità, mentre negli altri casi la forma scritta è richiesta (soltanto) *ad probationem*, v. CASS., 21.10.1982. n. 5485; CASS., 28.3.1972, n. 994 e CASS., 16.5.1962, n. 1070 (queste ultime citate in motivazione).

Esiste un diverso indirizzo, che risalta minoritario, in base al quale la clausola

compromissoria per arbitrato irrituale deve comunque essere redatta per iscritto a pena di nullità, argomentandosi sulla natura di patto in deroga alla giurisdizione ed alle competenze della clausola compromissoria irrituale: v. CASS., 31.1.1962, n. 195; CONS. STATO, 27.5.1964, in *Giust. civ.*, 1964, II, 254.

In ordine alla ritenuta non applicabilità al patto compromissorio per arbitrato irrituale della specifica approvazione per iscritto a norma degli artt. 1341 e 1342 c.c. v. oltre a CASS., 20 ottobre 1965, n. 2157, citata nella motivazione, CASS., 18.2.1985, n. 1367; CASS., 30.3.1981, n. 1826; CASS., 21.10.1980, n. 5635; CASS., 27.7.1976, n. 2986; tra i giudici di merito v. TRIB. GENOVA, 18.5.1988, in NGCC, 1989, I, 317.

4. Sulle conseguenze del venir meno dell'operatività e dell'efficacia del patto compromissorio per arbitrato irrituale, e sulla c.d. reviviscenza del potere per le parti di adire, in tal caso, l'autorità giudiziaria ordinaria, v. oltre a CASS., 8.1.1980, n. 111, citata in motivazione, CASS., 6.7.1966, n. 1752 (in un caso di lodo dichiarato invalido dal giudice dell'impugnazione); CASS., 21.6.1983, n. 4245 e 16.1.1976, n. 145 (in ipotesi di mancato pronunciamento degli arbitri irrituali nel termine assegnato).

Nell'ipotesi, che ricorre nel caso di specie, in cui non sia stato rispettato il termine per iniziare il procedimento arbitrale, la giurisprudenza è incline a ritenere che non vi sia reviviscenza della giurisdizione ordinaria; v., oltre alla sentenza in commento, CASS., 8.1.1980, n. 111 e, nella giurisprudenza di merito, APP. BOLOGNA, 14.12.1974, in *Giust. civ.*, 1975, I, 862.

IV. LA DOTTRINA

Su tutte le questioni affrontate dalla sentenza qui commentata v. C. CECHELLA, *L'arbitrato*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, dirette da A. Prato Pisani, Torino, 1991, *passim*, ove ampie e tendenzialmente esaustive indicazioni bibliografiche.

Non è possibile in questa sede dare conto dei contributi dottrinali sulle singole questioni affrontate dalla decisione in commento; corre tuttavia l'obbligo di rinviare il lettore ad alcuni saggi in tema di arbitrato, quali S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969; C. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982; V. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971; LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975.

È altresì utile la consultazione dei commentari al codice di procedura civile, fra i quali si segnalano S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, IV, Milano, 1971; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1964; fra le voci

enciclopediche v. REDENTI, *Compromesso (diritta processuale civile)*, in *Nov.mo dig. It.*, III, Torino, 1959; PUNZI *Arbitrato (arbitrato rituale e irrituale)*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988; FAZZOLARI, *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987.

TOMASO GALLETTO