

**Cassazione civile sez. III - 28/02/2019, n. 5824**

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. AMENDOLA	Adelaide	-
Presidente	-	
Dott. FRASCA	Raffaele	-
Consigliere	-	
Dott. RUBINO	Lina	-
Consigliere	-	
Dott. FIECCONI	Francesca	- rel.
Consigliere	-	
Dott. GIANNITI	Pasquale	-
Consigliere	-	

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 5272-2017 proposto da:

R.L., elettivamente domiciliato in ROMA, V. FEDELE  
LAMPERTICO 12, presso lo studio dell'avvocato NICOLETTA  
D'AGOSTINO,  
rappresentato e difeso dall'avvocato FRANCO PERFETTI giusta  
procura  
speciale in calce al ricorso;  
- ricorrente -  
contro

D.M. SAS DI

A.R. E C SNC;

- intimati -

avverso la sentenza n. 1225/2016 della CORTE D'APPELLO di  
GENOVA,  
depositata il 24/11/2016;  
udita la relazione della causa svolta nella camera di  
consiglio del  
11/12/2018 dal Consigliere Dott. FRANCESCA FIECCONI.

## RILEVATO

Che:

1. Con ricorso regolarmente notificato a mezzo PEC il 13/2/2017 R.L. ricorre per cassazione avverso la sentenza numero 1125-2016 della Corte d'appello di Genova con la quale è stata rigettata l'impugnazione del lodo arbitrale pronunciato tra D.M. S.a.S. di A.R. e C. snc ( D.) e la medesima, rimasta "contumace" nel procedimento arbitrale. La parte intimata non ha resistito nel presente giudizio.

2. La ricorrente assume che nel contratto di locazione di ramo d'azienda - avente ad oggetto un'azienda di ristorazione e bar, denominato "Ristorante il D., sito in (OMISSIS) -, concluso con la società D. il 16.12.2004 veniva inserita, all'art. 18, una clausola compromissoria con la quale le parti devolvevano ogni controversia nascente dal rapporto di locazione a un arbitro unico, nominato di comune accordo tra le parti o, in difetto, dal Presidente del tribunale di Massa. In data 16/5/2008 le parti, alla presenza dei rispettivi legali, avevano consensualmente rinunciato alla clausola compromissoria di cui all'art. 18 con una clausola che devolveva in via esclusiva alla competenza del Tribunale di Massa ogni controversia in relazione all'interpretazione, applicazione ed esecuzione del contratto. In data 2/3/2010 la ricorrente conduttrice citava la locatrice innanzi al Tribunale di Massa per una grave inadempienza determinatasi in ragione del dissesto in cui si trovava l'immobile, chiedendo la risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c.. Tale azione faceva seguito alla sospensione del pagamento del canone di locazione, visto il sopraggiungere di eventi che rendevano difficoltoso il godimento del bene. Successivamente, in data 21/9/2010 veniva notificato alla ricorrente il lodo arbitrale emesso in data 9 agosto 2010 a seguito di un procedimento arbitrale instaurato il 12/4/2010 dalla locatrice, in cui la conduttrice era rimasta assente. Il lodo veniva impugnato dalla ricorrente con atto di citazione del 27/9/2010 con cui deduceva l'inesistenza o la nullità del lodo impugnato, ex art. 829 c.p.c., comma 1, n. 1, per carenza di competenza in capo all'arbitra unico ex art. 819 ter c.p.c. comma 1, in forza della modifica contrattuale intervenuta.

3. La Corte d'appello respingeva entrambi i motivi d'impugnazione del lodo sull'assunto che, in base all'art. 817 c.p.c., comma 3, la parte avrebbe dovuto eccepire nel giudizio arbitrale, come prima difesa, la carenza di competenza

dell'arbitro nominato; per quanto riguarda il secondo motivo, attinente alla incompetenza arbitrale in ragione della pendenza di un medesimo procedimento tra le medesime parti, la Corte d'appello, a norma dell'art. 819 ter c.p.c., comma 1, riteneva che la causa instaurata nell'ambito del giudizio arbitrale, attinente alla risoluzione del contratto di affitto ai sensi dell'art. 1456 c.c. avesse oggetto diverso rispetto a quella pendente innanzi al tribunale di Massa, ove era chiesta la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 453 c.c. per grave inadempimento della convenuta rispetto ad alcune obbligazioni nascenti dal contratto. La Corte d'appello assumeva quindi che la proposizione della domanda di risoluzione ex art. 1453 c.c. impedisse l'ingresso nel giudizio della domanda proposta ai sensi dell'art. 1456 c.p.c., se su di essa non vi era stata accettazione del contraddittorio, richiamando giurisprudenza della Corte di cassazione in proposito.

## CONSIDERATO

Che:

1. Con il primo motivo ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 2 la ricorrente denuncia ex art. 360 c.p.c., n. 3 violazione degli artt. 817 c.p.c., comma 3, e art. 829 c.p.c., n. 1; con il secondo motivo sostiene la violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 3 in relazione all'art. 817 c.p.c., comma 3, e art. 829 c.p.c., n. 1.

1.1. I motivi vanno trattati congiuntamente inerendo alla medesima questione in punto di violazione di norme processuali. Sostiene la ricorrente che il giudice di merito abbia erroneamente individuato la norma processuale da applicare nell'art. 817 c.p.c., comma 3, e che tale errore si riverbera in negative sull'applicabilità dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 1, e dunque sull'ammissibilità dell'impugnazione del lodo per invalidità della clausola arbitrale. In particolare la sentenza sarebbe errata nel punto in cui afferma "l'inammissibilità dell'impugnazione del lodo nell'ipotesi in cui la parte sia stata regolarmente convenuta nel giudizio arbitrale, ma abbia volontariamente scelto di non parteciparvi e di non proporre quindi le eccezioni previste a pena di inammissibilità del giudizio".

1.2. Il motivo è fondato.

1.3. L'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 1, ammette l'impugnazione per nullità del lodo emesso con arbitrato rituale, nonostante qualunque preventiva rinuncia, solo ove il

lodo risulti invalido; tale disposizione fa salvo lo "sbarramento processuale" di cui all'art. 817 c.p.c., comma 3, per ogni altra eccezione diversa da quella inerente alla inesistenza o invalidità della clausola compromissoria. Più precisamente, la norma di cui all'art. 817 c.p.c., comma 2, stabilisce che la parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità e inefficacia della convenzione d'arbitrato non può per questo motivo impugnare il lode, salvo il caso di controversia non arbitrabile, in ciò raccordandosi al disposto di cui all'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 1.

1.4. In merito agli effetti del mancato rilievo della "incompetenza" dell'arbitro sancito dall'art. 817 c.p.c., comma 2, questa Corte, già nel vigore delle vecchie norme che regolavano il giudizio arbitrale, ha sancito che la mancata proposizione, nel corso del procedimento arbitrale, dell'"eccezione di incompetenza" degli arbitri (sull'assunto che le conclusioni della controparte esorbitino dai limiti del compromesso), determina un semplice effetto preclusivo della relativa azione per nullità e non importa, invece, che tra le parti si debba ritenere concluso un nuovo compromesso per allargare la materia del decidere, perchè in tale ipotesi l'art. 817 c.p.c. non avrebbe un suo fondamento nell'operato processuale delle parti, ma nella loro volontà contrattuale, che non viene invece in considerazione nella specie, in cui si è solo di fronte alla inattività di una delle parti che, in tal modo, preclude a se stessa la possibilità di impugnare la sentenza arbitrale per un motivo che essa medesima ritiene irrilevante durante procedimento dinanzi agli arbitri (v. Cass. n. 600-1962).

1.5. L'interpretazione data dalla giurisprudenza si dimostra coerente con l'orientamento dottrinale che tende ad accogliere una visione "para-giurisdizionale" del procedimento che si instaura per mezzo della clausola compromissoria per arbitrato rituale in deroga alla giurisdizione del giudice ordinario. Recependo tale orientamento, in tema di clausola compromissoria, la giurisprudenza ha da ultimo riconosciuto che, nel giudizio ordinario, "l'eccezione di compromesso, attesa la natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario da attribuirsi all'arbitrato rituale in conseguenza delle disciplina complessivamente ricavabile dalla L. 5 gennaio 1994, n. 5 e dal D.Lgs. n. 2 febbraio 2006, n. 40, deve ricomprendersi, a pieno titolo, nel novero di quelle di rito". (Cass., sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, m. 627787, Cass., sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1005, m. 628870, Cass., sez. 6, 6 novembre 2015, n. 22748, m. 637741; Sez. U., Sentenza n. 23463 del 18/11/2016). Tuttavia, la giurisprudenza non ha ritenuto di doversi

spingere fino al punto da ritenere che la statuizione di un collegio arbitrale, che pronunci sulla propria competenza a decidere la controversia sottopostagli, sia impugnabile con il regolamento di competenza, atteso che, anche alla stregua della novella introdotta dal D.Lgs. n. 40 del 2006, emerge chiaramente dal tenore letterale dell'art. 819 ter c.p.c. che il legislatore ne ha consentito l'utilizzo esclusivamente avverso la pronuncia del medesimo tenore resa da un giudice ordinario (Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 23473 del 06/10/2017).

1.6. Sicchè nell'attuale giudizio arbitrale para-giurisdizionale - nell'accezione anzidetta - la questione dell'invalidità, come dell'inesistenza (Cass., sez. 1, 8 ottobre 2014, n. 21215), della clausola compromissoria per arbitrato rituale è da intendersi un'eccezione processuale, rilevabile anche d'ufficio, funzionale all'accertamento di un error in procedendo, come tale in grado di viziare una decisione avente valore potenzialmente giurisdizionale, qual è il lodo, mentre nelle altre ipotesi (ove il vizio dedotto non investa la validità della clausola o la possibilità giuridica di devoluzione della controversia ad arbitri) la questione processuale si riferisce alla fattispecie prevista dall'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 4 ovvero al superamento, da parte degli arbitri, dei limiti loro imposti dal compromesso. Quest'ultima ipotesi - concernente il caso de quo non è pertanto analoga alla diversa ipotesi di originaria e totale carenza di potere, rilevabile d'ufficio, e rimane preclusa dal mancato rilievo della relativa eccezione processuale relativa alla sopravvenuta incompetenza dell'arbitro. (Cass. 10132/2006; Sez. 1, Sentenza n. 21215 del 08/10/2014; Sez. U., Sentenza n. 23463 del 18/11/2016; Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 23473 del 06/10/2017).

1.7. L'effetto preclusivo regolato dalla norma in questione, tuttavia, vale solo con riferimento alla parte che ha partecipato al giudizio arbitrale, ma non per la parte che è rimasta in ipotesi assente dal giudizio arbitrale, in attesa di vederne l'esito.

1.8. L'art. 817 c.p.c., comma 3, difatti, trova fondamento nell'operato processuale delle parti che, tramite il loro comportamento di sostanziale acquiescenza, determinano il radicamento della competenza degli arbitri che, in tale modo, non può più essere messa in discussione dalle parti in sede di impugnazione del lodo. Pertanto, al di fuori dell'ambito di illiceità o nullità della clausola compromissoria, rilevabile d'ufficio dal Giudice, l'effetto preclusivo della mancata eccezione di cui all'art. 817 c.p.c., comma 3, di natura processuale, non può desumersi dalla

"contumacia" della parte nel giudizio arbitrale, i cui effetti non sono regolati in materia di arbitrato.

1.9. Conseguentemente, in subiecta materia, la questione inerente alla sopravvenuta inefficacia della convenzione d'arbitrato per effetto di una diversa e contraria volontà delle parti, non può ritenersi un tema di eccezione implicitamente rinunciato dalla parte che, pur regolarmente chiamata a partecipare al giudizio arbitrale, è rimasta assente dal giudizio, posto che non vi è nessuna norma che equipara il giudizio arbitrale a quello giurisdizionale in contumacia. Pertanto, anche dopo la novella del 2006 introdotta dal D.Lgs. n. 40 del 2006, appare ancora attuale l'orientamento secondo cui qualora una delle parti contesti in radice che la lite sia devoluta ad arbitri e, quindi, rifiuti di parteciparvi, non opera l'art. 817 c.p.c., comma 3 e, perciò, non subisce la preclusione posta da tale disposizione, con la conseguenza che può adire il giudice ordinario perchè accerti che il lodo, comunque emesso pur in mancanza di clausola compromissoria, sia inefficace o inesistente nei suoi confronti. (Nella specie, la S.C., enunciando tale principio, ha rigettato il ricorso e confermato l'impugnata sentenza con la quale era stata ritenuta - al fine dell'esclusione dell'applicabilità dell'art. 817 c.p.c. - la sussistenza di entrambe le condizioni autonomamente sufficienti e risolutive riconducibili alla deduzione della parte ricorrente riguardante la radicale negazione della clausola compromissoria e il carattere comunque irrituale della procedura arbitrale instaurabile a seguito della contestata clausola compromissoria: Sez. L, Sentenza n. 4156 del 24/02/2006).

1.10. In sintesi, è del tutto coerente con la nuova accezione paragiurisdizionale dell'arbitrato rituale il principio in base al quale "l'eccezione d'incompetenza dell'arbitro di cui all'art. 817 c.p.c., comma 2, al di là dell'ipotesi di nullità della clausola compromissoria per vizio suo proprio e genetico relativo a un'ipotesi di controversia non arbitrabile, è da considerarsi quale eccezione di rito in senso stretto, e come tale incontra il limite temporale indicato dall'art. 817 c.p.c., comma 3, solo per la parte che ha partecipato al relativo giudizio arbitrale, e non per quella parte che, rimasta assente, in sede di impugnazione del lodo contesti in radice che la lite sia devolvibile agli arbitri".

2. Conclusivamente, la Corte accoglie il ricorso, cassa in relazione ai due motivi, rinviando il procedimento alla Corte d'appello di Genova, in diversa composizione, anche per le spese.

P.Q.M.

In accoglimento del ricorso, cassa la sentenza e rinvia alla Corte d'appello di Genova, in diversa composizione, anche per le spese.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Terza Sezione Civile, il 11 dicembre 2018.

Depositato in Cancelleria il 28 febbraio 2019