

GIURISPRUDENZA ARBITRALE

I) ITALIANA

Lodi annotati

CAMERA ARBITRALE NAZIONALE ED INTERNAZIONALE DI MILANO - COLLEGIO ARBITRALE (Benedettelli Pres., Cavallini, Principi); nella controversia tra X e Alfa S.p.a.; lodo reso in Milano il 9 gennaio 2012.

Clausola compromissoria - Interpretazione - Oggetto - Domanda risarcitoria per dolo incidente - Esclusione - Art. 1440 c.c.

La clausola compromissoria non si applica anche a controversie in materia di responsabilità da fatto illecito, per quanto commesse al Contratto, e comunque non si applica ad una azione di risarcimento danni a titolo di dolo incidentale.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (Omissis). A. La domanda di condanna della Alfa al risarcimento dei danni subiti da X per effetto di dolo incidentale.

34. La Convenuta ha eccepito in via pregiudiziale e preliminare l'incompetenza di questo Tribunale Arbitrale a giudicare delle domande attoree, nei limiti di quanto esposto in atti.

L'eccezione è fondata.

35. Preliminarmente, il Collegio ritiene opportuno chiarire quali siano state le modalità con le quali la Alfa ha sollevato questa eccezione, e quale ne sia l'esatto contenuto, considerato il modo non del tutto lineare in cui la stessa è stata formulata e argomentata nei vari scritti difensivi.

Nella Memoria di Risposta, infatti, la Convenuta, preso atto di quello che definiva un « *laconico richiamo* » dell'Attrice all'art. 1439, comma 2, c.c., affermava di « *riservarsi* » di far valere l'inoperatività della clausola compromissoria in relazione ad una domanda fondata su tale disposizione.

Nel corso della riunione di costituzione del Tribunale Arbitrale la Convenuta però precisava che l'espressione utilizzata nasceva dall'incertezza su quale fosse la *causa petendi* avversaria, e che comunque, anche alla luce di quanto affermato nella stessa occasione dai procuratori dell'Attrice, l'eccezione veniva in quella sede confermata.

Infatti, nei successivi atti la Convenuta ribadiva che alla cognizione del Tribunale Arbitrale poteva essere deferita « *la sola azione caratterizzata, quale causa*

petendi, dal — preteso — diritto al risarcimento del danno per dolo incidente ex art. 1440 c.c.», mentre « eventuali diversi titoli quali, ad esempio, quello di cui all'art. 1439 comma 2° c.c. o, eventualmente, 2043 c.c. esorbitano ... dall'ambito della clausola compromissoria ».

Di ciò prendeva atto la difesa dell'Attrice, che nel primo scritto successivo alla riunione di costituzione del Tribunale Arbitrale argomentava in merito (anche se con riferimento ad una norma — l'art. 1440 c.c. — diversa da quella richiamata dalla Convenuta), contestando la fondatezza della tesi per cui la natura extracontrattuale di un'azione di risarcimento danni per dolo incidente renderebbe la stessa non compromettibile in arbitrato.

36. Com'è noto, mentre l'art. 817 c.p.c. consente che l'eccezione relativa alla ampiezza della convenzione arbitrale possa essere fatta valere in qualunque fase del procedimento arbitrale purché siano fatte salve le esigenze del contraddittorio (1), l'art. 22 del Regolamento dispone invece che la stessa debba essere proposta, a pena di decadenza, nel primo atto o nella prima udienza successiva alla domanda cui l'eccezione si riferisce. Peraltro, nella valutazione della tempestività o meno della eccezione il giudicante deve comunque dare rilievo al comportamento processuale tenuto dalle parti anteriormente alla proposizione della eccezione al fine di accertare, in punto di fatto, se il contraddittorio sia stato o meno accettato (2).

Il Tribunale Arbitrale ritiene, alla luce di quanto esposto nel precedente § 35, che il termine posto dall'art. 22 del Regolamento sia stato soddisfatto e non sussistano a questo proposito preclusioni di sorta.

Il Tribunale Arbitrale rileva peraltro che la difesa dell'Attrice ha accettato il contraddittorio sulla questione, non avendo mai eccepito la decadenza ex art. 22, ed avendo anzi ampiamente argomentato quanto al merito delle tesi avversarie.

In realtà, nella udienza di discussione orale del la difesa X ha obiettato che la « domanda di incompetenza », formulata nella Precisazione Conclusioni Alfa costituiva « domanda nuova » in quanto non già proposta nella Seconda Memoria Alfa. Ma si tratta ovviamente di una obiezione diversa, e peraltro da rigettare in quanto palesemente contraddetta dai fatti della causa, come più su esposti.

37. Ciò premesso, ci si deve ora interrogare su quale sia l'effettiva portata della eccezione di incompetenza sollevata dalla Alfa, posto che, da un lato, la stessa è stata limitata dalla Convenuta a domande fondate sull'art. 1439, comma 2, c.c., o sull'art. 2043 c.c., dall'altro, che la domanda di X è, inequivocabilmente, una domanda di risarcimento danni a titolo di dolo incidentale ex art. 1440 c.c.

In realtà, la posizione della Alfa risulta offuscata da un duplice errore di prospettazione giuridica.

In primo luogo, la Alfa sembra credere che i raggiri considerati dall'art. 1440 c.c. come fondamento di un'azione per danni possano essere solamente quelli posti in essere dal contraente in mala fede nei cui confronti l'azione è esperita, e non anche quelli in cui deceptor sia un terzo ed i raggiri siano, secondo l'art. 1439, comma 2, c.c., *noti al contraente che ne ha tratto vantaggio* ». In realtà, sia la lettera delle due disposizioni, che una loro ricostruzione sistematica, porta a ritenere

(1) V., tra le altre, Cass. civ., Sez. I, 7 agosto 1993, n. 8563, e App. Napoli, 22 marzo 1996.

(2) Cfr. Cass. civ., Sez. I, 22 gennaio 1999, n. 565.

che il contraente a conoscenza dei raggiri posti in essere dal terzo debba essere considerato anch'esso « *contraente in mala fede* » ai fini dell'art. 1440 c.c., e che sarebbe irragionevole escludere nei suoi confronti il rimedio risarcitorio quando si versi in una situazione di mero dolo incidente (3). Ciò spiega, e giustifica, che l'Attrice, nell'allegare sia un comportamento decettivo di Y al quale la Alfa avrebbe cooperato traendone vantaggio, sia un comportamento decettivo proprio della Alfa, abbia poi ritenuto di dover invocare entrambe le predette disposizioni a fondamento di quella che però è, e resta, una medesima ed unica domanda risarcitoria.

In secondo luogo, la Alfa sembra contrapporre le azioni *ex art.* 1439, comma 2, c.c. e 2043 c.c. all'azione *ex art.* 1440 c.c. in virtù della natura extracontrattuale della responsabilità che con le prime verrebbe fatta valere. Quando invece, secondo la posizione dominante (4) e che questo Tribunale Arbitrale ritiene di dover condividere, anche nel caso dei danni da dolo incidente si versa in una ipotesi di responsabilità pre-contrattuale e quindi per fatto illecito.

Questo Tribunale Arbitrale non è ovviamente vincolato dalla qualificazione giuridica che la Convenuta ha dato dell'eccezione proposta, valendo anche in sede arbitrale il potere-dovere del giudicante di indagare, con accertamento in punto di fatto, su quali siano il contenuto sostanziale della eccezione e l'effettiva volontà della parte che l'ha sollevata, prescindendo dalle formule utilizzate o da eventuali errori nel riferimento a dati normativi (5).

Se dunque si sgombera il campo dai due equivoci più su segnalati risulta evidente come la Alfa in realtà eccepisca l'estraneità all'ambito oggettivo di efficacia della clausola compromissoria contenuta nell'art. del Contratto di qualsiasi controversia in cui venga fatta valere una responsabilità aquiliana. Ciò risulta evidente dalle argomentazioni svolte sul punto dalla Convenuta nei suoi vari scritti difensivi, ma è confermato anche dalle contro argomentazioni svolte dalla Attrice, anch'esse tutte centrate sul tema (trattato, correttamente, anche con riguardo all'art. 1440 c.c.), del se la questione *de qua* sia o meno arbitrabile in quanto relativa ad obblighi risarcitori da fatto illecito.

38. Il Tribunale Arbitrale ritiene che la clausola compromissoria in forza della quale è stato instaurato il presente procedimento arbitrale non si applichi anche a controversie in materia di responsabilità da fatto illecito, per quanto connesse al Contratto, e comunque non si applichi ad una azione di risarcimento danni a titolo di dolo incidentale *ex artt.* 1439 e 1440 c.c. quale quella qui proposta.

(3) In dottrina v. in senso conforme CAVALLO BORGIA, *Commento all'art. 1440*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, a 486. Per un caso concreto (responsabilità del venditore per i danni sofferti dall'acquirente a causa di raggiri posti in essere dall'agente) v. Cass. civ., Sez. III, 29 giugno 1981, n. 4222.

(4) Cfr. DEL PRATO, *Il dolo negoziale*, in ROPPO (ed.), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, 273, PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1993, *sub art.* 1337, 45 ss., a 110 ss. e a 169; ma v. già TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 174 ss., e più di recente BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1987, 627 ss., IACOVINI, *Dolo incidente e prescrizione del diritto al risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 1991, I, 455. In giurisprudenza v., tra le altre, Cass. 19 settembre 2006, n. 20260, Cass. 29 marzo 1999, n. 2956, Cass., 26 aprile 1972, n. 1308.

(5) Cfr. Cass. civ., Sez. I, 3 giugno 1995, n. 6286; Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 2000, n. 5945.

39. La difesa dell'Attrice ha richiamato in senso contrario, innanzitutto, l'art. 808 *quater* c.p.c., introdotto dalla novella di cui al d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, per il quale « *nel dubbio, la convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce* ».

Si tratta, in realtà, di norma non rilevante nel caso di specie, considerato che la disposizione transitoria di cui all'art. 27, comma 3, del predetto d.lgs. ne prevede l'applicabilità alle sole convenzioni arbitrali stipulate dopo la sua entrata in vigore, intervenuta il 2 marzo 2006 (mentre la clausola compromissoria qui in rilievo è stata stipulata il). Vale, invece, il consolidato orientamento della Suprema Corte che ha più volte sancito il principio in virtù del quale, posto che il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione ordinaria, in caso di dubbio in ordine alla interpretazione della portata della clausola compromissoria deve preferirsi un'interpretazione restrittiva di essa e affermativa della giurisdizione statale⁽⁶⁾, dovendosi inoltre escludere che « *la deroga alla giurisdizione del giudice ordinario e il deferimento agli arbitri si estendano a controversie relative ad altri contratti, sia pure collegati in qualche modo con il contratto principale, cui accede la clausola* »⁽⁷⁾.

Peraltro, anche ove si ritenesse di dover dare egualmente rilievo al criterio ermeneutico posto dal nuovo art. 808-*quater* c.p.c. (ad esempio, argomentando che esso ha recepito tendenze già in atto nell'ordinamento in un'ottica di *favor* verso la giustizia arbitrale), tale criterio non consentirebbe egualmente di superare gli ulteriori rilievi svolti qui di seguito.

40. La difesa dell'Attrice ha anche fatto leva sul precedente di un lodo che in una controversia anch'essa relativa ad un contratto di compravendita di partecipazioni azionarie aveva riconosciuto la competenza arbitrale a conoscere di una domanda al risarcimento danni per dolo incidente⁽⁸⁾.

Considerata l'autorevolezza di quell'organo giudicante, questo Tribunale Arbitrale ritiene di dover esaminare con attenzione tale decisione per valutare se ed in che misura la stessa possa fornire indicazioni per la soluzione delle questioni *sub judice*.

In quel lodo, premesso correttamente che nel nostro ordinamento azioni per danni da responsabilità extracontrattuale sono, in astratto, compromettibili in arbitri, e che si tratta in realtà di stabilire volta a volta in concreto, a fronte di una data convenzione arbitrale, se la volontà compromissoria manifestata dalle parti comprenda o meno azioni di tal genere, una clausola che deferiva in arbitrato « *qualunque controversia relativa alla validità, interpretazione ed esecuzione* » del contratto è stata interpretata nel senso di escludere dal suo ambito controversie, quali quelle relative ad una domanda *ex art. 2043 c.c.*, *che non riguardino il contratto quale fonte di regole di condotta per le parti* » ma come mero « *comportamento che, in tesi, concreterebbe la responsabilità aquiliana* » invocata: infatti, si osserva nel lodo, « *il solo fatto che la domanda extracontrattuale ... faccia perno sulla stipulazione del contratto di cessione configurandola quale uno degli elementi costitu-*

⁽⁶⁾ Cass., 30 ottobre 2007, n. 22841.

⁽⁷⁾ Cass., Sez. un., 28 luglio 1998, n. 7398.

⁽⁸⁾ Lodo del 26 gennaio 1996 cit. *supra*, n. 1.

tivi dell'asserito comportamento illecito ... non toglie che il contratto venga qui in considerazione quale preteso illecito del tutto autonomo rispetto a quello in ipotesi consistente nella violazione degli obblighi che da esso discendono ».

Questo Tribunale Arbitrale condivide, com'è ovvio, la premessa, e ritiene che il criterio utilizzato dal lodo per discriminare tra materie compromesse e materie non compromesse in arbitri sia assolutamente corretto e possa essere utilizzato anche al fine di interpretare la clausola compromissoria di cui all'art. del Contratto.

È vero che lo stesso lodo, esclusa la competenza del collegio con riguardo ad un'azione ex art. 2043 c.c., la riconosce poi rispetto ad un'azione ex art. 1440 c.c. ritenendo che la stessa, essendo finalizzata a rimuovere « una situazione di squilibrio che si sarebbe prodotta proprio sul piano contrattuale », trovi la propria causa petendi nel contratto litigioso. Ma, come osservato in dottrina, ciò svela un « vizio del ragionamento: mentre nel primo caso il collegio qualifica la responsabilità della società venditrice sulla base della fonte dell'obbligo violato, escludendone correttamente l'afferenza al contratto ed alla propria competenza, nel secondo caso il criterio qualificante sembra essere quello, diverso, degli effetti della violazione e del conseguente risarcimento » (9).

La critica sembra condivisibile: se, come questo Tribunale Arbitrale ritiene, l'art. 1440 c.c. pone una sanzione civile ad un comportamento tenuto nella fase delle trattative, quindi prima che il contratto venga in essere come fonte di obbligazioni, in violazione della regola che impone alle parti di negoziare in buona fede, ne consegue che la causa petendi di un'azione di risarcimento danni per dolo incidente non è nel contratto il cui contenuto è stato — ingiustamente — influenzato dal comportamento decettivo (e che rilevarebbe semmai ai fini della determinazione del danno), ma è nel comportamento decettivo medesimo assunto in violazione del principio del *neminem laedere*.

41. Nella prospettazione dell'Attrice l'illecito sul quale si fonda la pretesa risarcitoria è individuato nel silenzio mantenuto da Y e dalla Alfa quanto al distinto negoziato intervenuto tra gli stessi in relazione al c.d. « accordo Put&Call » e nella successiva conclusione dello stesso: una ipotesi, dunque, di dolo incidente omissivo per reticenza.

Nella prospettazione dell'Attrice è altrettanto inequivocabile che tale illecito non avrebbe potuto essere commesso dalla Convenuta isolatamente. Per quanto le difese di X siano sul punto talora oscillanti, è evidente che per l'Attrice il « protagonista » dei lamentati raggiri, col quale la Alfa avrebbe cooperato, sia Y (10). Né

(9) SCARPELLO, *Il dolo incidente: una fattispecie "determinante" per i criteri di separazione degli illeciti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 652 ss., a 653.

(10) Cfr. (enfasi aggiunta) Domanda d'Arbitrato, p. 1 (« Al termine di una lunga e complessa trattativa condotta, per conto di tutti i soci, esclusivamente da Y »), 4 (« il comportamento di Y, che ha intenzionalmente nascosto alla odierna attrice il c.d. "premio di maggioranza", costituisce dolo incidente ex art. 1440 c.c. ... il raggirò è stato posto in essere direttamente anche da Alfa S.p.a. che, per sua stessa ammissione, ha consapevolmente collaborato con Y a mantenere segreto agli altri soci il vero prezzo versato... il raggirò posto in essere dal terzo, Y, è andato a beneficio della Alfa S.p.a. »), Prima Memoria X, 4 (« X e Z, fidandosi delle affermazioni di Y, accettavano di vendere le proprie azioni al prezzo

potrebbe essere diversamente: l'Attrice ha ripetutamente sottolineato che l'intera trattativa è stata condotta « *esclusivamente* » da Y anche nell'interesse degli altri Promittenti Venditori, il che implica che se il consenso dell'Attrice è stato viziato ciò è avvenuto, necessariamente, per il tramite del suo rappresentante Y. Per dirla altrimenti, per il modo in cui le parti avevano deciso di organizzare il negoziato relativo alla compravendita della Società, la Alfa non comunicava (non aveva titolo per comunicare) con X, con Z e con la Beta, ma con il loro rappresentante in trattativa Y, e quindi non aveva modo di incidere direttamente sul processo formativo della loro volontà se non per il tramite Y; ma poiché Y era parte dell'accordo di cui avrebbe dovuto essere data notizia a X per consentirle di valutare esattamente la convenienza del negozio, l'illecito *de quo* non poteva essere commesso dalla Alfa se non in cooperazione con Y.

Queste considerazioni fanno peraltro emergere un'altra peculiarità della fattispecie in esame. Se ci si interroga su quale sia il rapporto giuridico più « prossimo » al lamentato illecito, si comprende subito come questo non vada tanto individuato nel negozio di compravendita della Società, quanto piuttosto nel mandato conferito da X e Z al Y per trattare anche nel loro interesse la compravendita: mandato che, ove quanto allegato dalla Attrice fosse provato, avrebbe avuto esecuzione infedele (eventualmente con la cooperazione della Alfa, che potrebbe in tal caso essere tenuta responsabile *ex art.* 2043 c.c.).

Questo rilievo non ha ovviamente nulla a che fare col giudicato che la Convenuta desume dal capo in rito del Lodo L: errando, perché, come correttamente ribattuto dalla difesa di X, in quel procedimento non era stata avanzata alcuna domanda nei confronti della Alfa a titolo di dolo incidente. È tuttavia significativo che in precedenti procedimenti la stessa X abbia individuato nel comportamento di Y quale mandatario infedele la causa del danno asseritamente subito.

Ci si deve chiedere quindi se la clausola compromissoria di cui all'art. del Contratto copra o meno domande nei confronti della Alfa a titolo di dolo incidente o di violazione dell'art. 2043 c.c. con riguardo a raggiri posti in essere da Y, o in cooperazione con Y.

42. La risposta, come si è detto, non può che essere negativa.

Nella sua lettera la clausola compromissoria de qua fa riferimento esclusivamente a controversie che trovino nel Contratto la propria *causa petendi*.

Innanzitutto, la clausola non contiene la formula « ampia » — « *tutte le controversie derivanti dal, o relative al, presente Contratto* » — dalla quale talora si desume la volontà delle parti di sottoporre ad arbitrato anche liti in materia di responsabilità aquiliana afferenti un determinato rapporto contrattuale.

Inoltre, la clausola è inequivocabile nell'indicare che ai suoi fini i vari venditori delle partecipazioni nella Società sono da considerare una unica parte soggettivamente complessa, centro unitario di imputazione di interessi: vi si legge, infatti,

complessivo comunicato », 13 (« *Alfa S.p.a. ha attivamente collaborato con Y allo scopo di consentire allo stesso di incassare un parte del prezzo senza informare gli altri soci* », 16 (« *Y, terzo rispetto al contratto di compravendita tra X e Alfa S.p.a., ha posto in essere raggiri* »), Seconda Memoria X, 2 (« *Alfa S.p.a., a seguito di una trattativa condotta esclusivamente con Y* »). V. anche la lettera di messa in mora della Alfa del che invoca il dolo di Y (solamente) noto alla Alfa che ne ha avrebbe tratto vantaggio.

che « ai fini della presente clausola compromissoria resta inteso che i Promittenti Venditori ed Beta sono considerati un'unica parte ». Questa disposizione non può certo spiegarsi con la volontà di superare eventuali problemi nella costituzione del collegio arbitrale cui avrebbe potuto dare origine la pluralità di paciscenti alla luce del principio per cui ciascuna parte, se portatrice di interessi diversi, ha diritto a designare un proprio arbitro, posto che tali problemi erano stati risolti alla radice attribuendo la designazione dell'intero collegio alla Camera Arbitrale. Essa significa piuttosto che le parti hanno voluto limitare la competenza arbitrale alle sole controversie in cui si contrappongono gli interessi del compratore, da un lato, e dei venditori unitariamente considerati, dall'altro: ciò che non è il caso quando si tratti di un illecito relativo alla fase delle trattative, posto in essere da uno dei venditori a danno di un altro venditore, con l'eventuale cooperazione del compratore. È palese, infatti, che tale disposizione precluderebbe a X di agire in sede arbitrale nei confronti di Y, come precluderebbe alla Alfa di chiamare in causa Y, e ciò nonostante Y sia, nella stessa prospettazione dell'Attrice, l'« epicentro » dell'asserito raggio: e non si può ritenere che la volontà delle parti nel pattuire la clausola compromissoria sia stata nel senso di dar vita ad una così irragionevole ripartizione della funzione giudicante tra giustizia privata e giustizia togata, una ripartizione che sarebbe chiaramente fonte di spreco di energie processuali ed aperta al rischio di contrasto di giudicati.

Ciò vale ovviamente sia che si consideri possibile nella fattispecie un'azione contro la Alfa ex art. 1440 c.c., sia a maggior ragione, come il Tribunale Arbitrale ritiene più corretto per le considerazioni svolte in precedenza, se l'eventuale responsabilità della Alfa venga fatta valere ai sensi dell'art. 2043 c.c. come concorso alla violazione da parte di Y degli obblighi da questo assunti nei confronti di X quale suo mandatario.

B. (*Omissis*).

C. (*Omissis*).

Ancora su arbitrato e dolo incidente.

1. Il lodo che si annota torna sulla questione della arbitrabilità delle controversie in materia di dolo incidente ⁽¹⁾ e la risolve negativamente, affermando che la clausola compromissoria da cui è originato il procedi-

(1) La questione era stata invece risolta positivamente da Coll. Arb. 26 gennaio 1996, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, I, 643 ss., con nota di SCARPELLO, *Il dolo incidente: una fattispecie « determinante » per i criteri di separazione degli illeciti*, secondo cui « rientra nella competenza del Collegio arbitrale... la domanda al risarcimento dei danni per dolo incidente ex art. 1440 c.c., in quanto tesa a far valere una situazione di squilibrio prodotta sul piano contrattuale ». Altri riferimenti di giurisprudenza arbitrale, anche inediti, si trovano in SALVANESCHI, *Ambito oggettivo della clausola compromissoria e dolo incidente*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 659 ss., alla cui puntuale ed esaustiva indagine si rinvia, anche con riferimento alle convincenti argomentazioni che inducono l'Autrice alla conclusione secondo cui « l'ambito oggettivo della clausola compromissoria comprende anche la controversia sul dolo incidente ».