


Fatto

Con atto di citazione del 15 giugno 2005 la Euweb Iniziatives ha convenuto in giudizio davanti al tribunale di Roma la Illy Caffè s.p.a. e la Deloitte Consulting s.p.a. esponendo che il 10 settembre 2002 e il 21 febbraio 2003 aveva sottoscritto due contratti con la Illy Caffè, aventi ad oggetto l'installazione di sistemi informatici, nei quali era stata inserita una clausola compromissoria per arbitrato rituale, da svolgersi a Trieste. Il 12 settembre 2002 e il 17 febbraio 2003 aveva sottoscritto due contratti di subappalto del 94 % dei lavori oggetto dei precedenti contratti con la Deloitte Consulting, nei quali era stata inserita clausola compromissoria per arbitrato rituale da svolgersi a Roma. Assumendo che la Illy Caffè si era resa inadempiente l'attrice ha chiesto che, previa dichiarazione di inapplicabilità delle clausole compromissorie, l'appaltante fosse condannata al pagamento del corrispettivo, anche ai sensi dell'art. 2041 c.c., oltre al risarcimento dei danni e che, in ordine a eventuali domande riconvenzionali, la Deloitte Consulting fosse condannata a manlevarla.



Le convenute hanno eccepito l'incompetenza del giudice ordinario in applicazione delle clausole compromissorie e, nel merito, hanno chiesto il rigetto delle domande.

Con sentenza non definitiva del 12 giugno 2007 il tribunale di Roma, ritenuto che la clausola arbitrale cosiddetta binaria non poteva applicarsi nella specie in cui si contrapponevano tre parti con interessi autonomi anche se interdipendenti, ha dichiarato la propria competenza e ha rimesso la causa sul ruolo per l'ulteriore trattazione.

Nelle more del giudizio, su autonome iniziative della Deloitte Consulting e della Euweb Iniziatives, in data 14 e 29 novembre 2005, sono stati avviati due procedimenti arbitrali che si sono conclusi con il deposito dei lodi in data 19 marzo e 29 maggio 2007.

Con separati ricorsi di identico contenuto del 3 agosto 2007, notificati il 7, 12 e 24 settembre 2007, la Deloitte Consulting ha proposto regolamento di competenza deducendo, preliminarmente, che il regolamento stesso sarebbe ammissibile anche se i procedimenti arbitrali sono stati instaurati prima del 2 marzo 2006, per la natura interpretativa dell'art. 819 ter c.p.c. come introdotto con il d.lgs n. 40 del 2001 o, comunque, per la non divisibilità dell'orientamento inaugurato da cass. n. 527/2000 e poi costantemente seguito, e, nel merito, che le clausole compromissorie erano applicabili in quanto, anche se esisteva un collegamento tra i contratti nei quali erano inserite, non potevano qualificarsi come un'unica

clausola "binaria", prevedendo una diversa sede dell'arbitrato e una diversa competenza per la nomina del terzo arbitro.

Mentre la Illy Caffè ha aderito al regolamento di competenza, la Euweb Iniziatives ne ha eccepito l'inammissibilità in relazione al fatto che gli arbitrati sono stati iniziati nel 2005 e, pertanto, in data anteriore all'entrata in vigore del d. lgs n. 40 del 2006, che ha modificato l'art. 819 ter c.p.c.

Il 7 gennaio 2008 la Illy Caffè, avendo sottoscritto una transazione con la Euweb Iniziatives, ha depositato atto di rinuncia "alle domande formulate nel...procedimento di regolamento di competenza."

Il procedimento, inizialmente assegnato alla terza sezione e trattato secondo il rito di cui agli articoli 375 e 380 bis. c.p.c., su ricorso ex art. 376, 2° comma c.p.c. della Deloitte Consulting è stato rimesso alle sezioni unite.

Il Procuratore generale ha concluso per l'inammissibilità dei ricorsi per essere stata la sentenza impugnata pronunciata in fattispecie in cui la convenzione d'arbitrato è stata stipulata prima del 2 marzo 2006.

Diritto

I ricorsi, di identico contenuto, debbono essere riuniti.

1. Preliminarmente deve osservarsi che è irrilevante la "rinuncia alle domande formulate" nel presente regolamento dalla Euweb Consulting che non ha proposto il ricorso ma ha sollevato, tra l'altro, questioni di ammissibilità del predetto regolamento che comunque debbono essere esaminate d'ufficio. D'altra parte, la transazione con la Illy Caffè, che è alla base della rinuncia, ha rilievo esclusivamente nel giudizio di merito, ma non in questa sede.

Quanto all'eccezione d'inammissibilità dei ricorsi notificati il 17 e il 24 settembre 2007, per essersi il potere d'impugnazione consumato con la notifica del ricorso stesso in data 7 settembre 2007, a parte che tale notifica è palesemente nulla in quanto effettuata presso coloro che non avevano più la veste di difensori della parte destinataria della notifica, è principio pacifico che nel caso in cui una sentenza sia stata impugnata con due successivi ricorsi per cassazione, è ammissibile la proposizione del secondo in sostituzione del primo, purché l'improcedibilità o l'inammissibilità di quest'ultimo non sia stata ancora dichiarata, restando escluso che la mera notificazione del primo ricorso comporti, ex se, la consumazione del potere d'impugnazione (cass. n. 5053/2009, 21702/2008, 3386/2007, 15873/2006, 26319/2006, 5953/2005). Nella specie, le impugnazioni proposte con i ricorsi notificati il 17 e 24 settembre, non essendo state precedute da alcuna



pronuncia sull'ammissibilità e procedibilità del primo ricorso, sono tempestive e pertanto ammissibili.

Non ha pregio, infine, l'ulteriore eccezione d'inammissibilità, formulata in relazione alla circostanza che la ricorrente non ha depositato l'istanza di trasmissione del fascicolo d'ufficio nel termine previsto dall'art. 47 c.p.c., perché, come è stato costantemente affermato, la presentazione ed il deposito dell'istanza di trasmissione del fascicolo d'ufficio non sono richiesti dall'art. 47 c.p.c. a pena di improcedibilità a meno che all'atto della decisione il fascicolo non risulti comunque trasmesso e la corte non possa decidere sull'istanza senza esaminarlo (cass. n. 7410/2007, 19297 e 19131/2005, 4806/2000, 4555/1992). Nella specie il fascicolo d'ufficio non è indispensabile ai fini della decisione.

2. Il regolamento di competenza è inammissibile.

Come è noto, con la sentenza di queste sezioni unite n. 527 del 2000, che la ricorrente ha dichiarato di ben conoscere, si è affermato che anche nell'arbitrato rituale la pronuncia ha natura di atto di autonomia privata e correlativamente il compromesso si configura quale deroga alla giurisdizione; pertanto, il contrasto sulla deferibilità agli arbitri di una controversia costituisce questione di merito, in quanto inerente alla validità del compromesso o della clausola

compromissoria. Tale affermazione è stata costantemente condivisa dalla giurisprudenza successiva (salvo iniziali dissensi, ben presto superati: cass. n. 6710/2001, 12175/2000), anche con espresso riferimento al regolamento di competenza ritenuto pacificamente inammissibile (*ex multis*: cass. nn. 11315, 2524, 20351, 9760 del 2005; 14234 e 13516/2004, 4478, 2501, 6165 e 12855/2003).

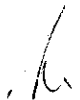
La ricorrente sostiene, tuttavia, che nella specie dovrebbe trovare applicazione la nuova regola affermata dall'art. 819 *ter* c.p.c., introdotto con l'art. 22 del d. lgs. n. 40 del 2006, secondo la quale *"La sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli artt. 42 e 43."* sia perché si tratterebbe di norma interpretativa sia perché, comunque, sussisterebbe un'*eadem ratio* che ne giustificerebbe l'applicazione analogica.

La tesi della ricorrente non è fondata.

2.1. Deve escludersi, innanzi tutto, che possa riconoscersi alla nuova norma natura interpretativa e quindi efficacia retroattiva.

Secondo la giurisprudenza costituzionale (tra le più recenti v. corte cost. n. 170/2008, 400/2007, 409/2005, 168/2004, 291/2003, 29 e 374 del 2002, 525 e 292/2000), seguita anche da

questa Corte (sent. n. 677/2008, 4070/2004, 12605/2002, 8539/2000, 12386/2000), pur non essendo richiesto che sia effettivamente insorto un contrasto giurisprudenziale, per poter ritenere la natura interpretativa di una norma di legge, è pur sempre necessario che esista un'obbiettiva incertezza nell'applicazione del dato normativo e un obbiettivo dubbio ermeneutico e che la nuova norma sia diretta a chiarire il contenuto di norme preesistenti ovvero ad escludere o ad enucleare uno dei significati tra quelli plausibilmente ascrivibili alle norme stesse, purché la scelta imposta rientri tra le possibili varianti di senso del testo interpretato e sia compatibile con la sua formulazione. La discrezionalità del legislatore, peraltro, oltre a richiedere la sussistenza dei presupposti indicati, incontra, comunque, dei limiti, anche al di fuori della materia penale, identificati: a) nella salvaguardia dei principi generali di ragionevolezza e di eguaglianza; b) nella tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla sicurezza giuridica e cioè sulla certezza dell'ordinamento giuridico, specialmente in materia processuale; c) nel rispetto della funzione giudiziaria (con il conseguente divieto di intervenire sugli effetti del giudicato e sulle fattispecie *sub iudice*) (corte cost. n. 170/2008, cit., 416/1999, 111/1998, 211/1997, 311/1995, 397/1994).



Ora, come si è rilevato, sull'affermazione che la deferibilità agli arbitri di una controversia costituisca questione di merito e non di rito si è formato un costante e pacifico orientamento di questa corte che si è tradotto in un vero e proprio diritto vivente a fronte del quale sono stati sollevati dubbi soltanto da una parte della dottrina, senza però che tali dubbi possano assumere carattere oggettivo e siano idonei a creare un'oggettiva situazione di incertezza applicativa. Sussisterebbe inoltre l'esigenza di tutelare l'affidamento legittimamente posto sulla stabilità dell'orientamento giurisprudenziale di cui si è detto.

2.2. E', comunque, decisivo rilevare che la questione di diritto intertemporale è espressamente risolta dall'art. 27, 4° comma del d. lgs n.40/2006, il quale dispone che *"Le disposizioni degli articoli 21, 22, 23, 24 e 25 si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto."*

Non ha pregio, pertanto neppure la tesi, avanzata in via subordinata, che invoca l'applicazione analogica della nuova disciplina anche per il passato perché non esiste alcuna lacuna normativa da colmare.

E' vero, tuttavia che in ordine all'applicazione della norma transitoria nell'ambito della giurisprudenza della Corte si sono formati tre orientamenti e che sussiste la necessità di risolvere il contrasto così insorto.

Un primo orientamento (cass. n. 16995 e 18761/2007, 12814/2008) richiama direttamente la lettera dell'art. 27, 4° comma del d. lgs. 40/2006, affermando che il nuovo testo dell'art. 819 *ter* c.p.c., non ha portata retroattiva e si applica soltanto ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda sia stata proposta successivamente al 2 marzo 2006, data di entrata in vigore della nuova disciplina. L'ordinanza n. 12814/2008 precisa che a tale conclusione deve prevenirsi non solo sulla base della lettera della norma transitoria, ma anche perché il nuovo art. 819 *ter* di riferisce alle "convenzioni di arbitrato" che formano oggetto della nuova disciplina dettata con l'art. 20 dello stesso d. lgs. e pertanto riguardano pattuizioni sottoscritte dopo il 2 marzo 2006 e perché, inoltre, la nuova disciplina detta regole processuali sui tempi e sui modi di proposizione dell'eccezione di competenza arbitrale che non può che riferirsi a situazioni processuali insorte dopo tale data.

Un altro orientamento (cass. n. 13128/2007 e più diffusamente n. 21926 e 587/2009) invece ritiene che momento determinante per l'applicazione della nuova disciplina non sia quello in cui è proposta la domanda di arbitrato, ma quello di inizio del

giudizio davanti al giudice ordinario in cui la questione della deferibilità della controversia agli arbitri si pone. La diversa regola affermata con l'art. 27, 4° comma, ritenuta "strana", avrebbe ad oggetto solo i procedimenti arbitrali, mentre i problemi che sorgono nell'ambito dei procedimenti davanti al giudice ordinario dovrebbero essere risolti sulla base dell'art. 5 c.p.c.. A ritenere il contrario la nuova disciplina avrebbe efficacia retroattiva.

Un terzo orientamento (cass. n. 26990/2007) ritiene rilevante, ai fini dell'applicazione della nuova disciplina, la data di pubblicazione della sentenza del giudice ordinario che risolve la questione di competenza.

2.3. Le sezioni unite ritengono che debba essere seguito il primo orientamento e che pertanto, come espressamente previsto dall'art. 27, 4° comma del d. lgs. n. 40 del 2006, il regolamento di competenza sia ammissibile soltanto nei confronti di sentenze pronunciate con riferimento a procedimenti arbitrali iniziati dopo il 2 marzo 2006.

La lettera della disposizione, infatti, è inequivoca e rappresenta un limite invalicabile in sede di interpretazione.

Certamente la soluzione legislativa è opinabile perché impone un'unica soluzione rispetto a situazioni tra loro diverse e per le quali l'art. 819 *ter* detta una pluralità di regole, una sola

delle quali riguarda direttamente i procedimenti arbitrali e cioè quella con la quale si dispone che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice o dalla connessione tra la controversia ad essi deferita e una causa pendente davanti al giudice. Tuttavia il legislatore, nella sua discrezionalità, ha seguito la soluzione di far dipendere anche l'applicazione della nuova disciplina dei procedimenti ordinari da una circostanza che attiene a vicende relative al procedimento arbitrale e non è possibile in sede interpretativa correggere un'impostazione rispetto alla quale neppure si pongono dubbi di legittimità costituzionale, posto che, l'eventuale applicazione retroattiva non incontrerebbe alcun limite inderogabile.

Né il significato univoco della disposizione può essere obliterato in ossequio al principio della garanzia della ragionevole durata dei giudizi, affermato con il nuovo art. 111 cost., principio che certamente costituisce uno dei cardini interpretativi delle norme processuali ma che non autorizza l'interprete a ignorare la *voluntas legis*. Tra l'altro la problematica di cui le sezioni unite sono state chiamate ad occuparsi ha una limitata portata temporale che non potrebbe giustificare una così grave forzatura del dettato normativo.

Ne deriva che momento determinante per l'applicazione della nuova disciplina non è né l'inizio del procedimento davanti al

giudice, né quello in cui è depositata la sentenza, ma quello in cui la domanda di arbitrato è stata proposta.

I contrari orientamenti che attribuiscono rilievo agli altri momenti processuali finiscono per rendere inutile la norma di cui al quarto comma dell'art. 27 del d. lgs. n.40/2006, perché fanno dipendere la soluzione non dalla regola affermata con tale norma ma da principi diversi, quali quello di cui all'art. 5 c.p.c., peraltro in una situazione normativa in cui può anche dubitarsi che l'art. 22 del citato d.lgs. affermi un nuovo criterio di competenza in senso stretto, posto che la stessa norma esclude l'applicazione di principi essenziali della disciplina della competenza, come quelli desumibili dagli articoli 44, 45, 48 e 50 c.p.c.

L'unico problema che residua riguarda l'ipotesi in cui la sentenza del giudice abbia risolto una questione di deferibilità della controversia agli arbitri, ma nessun procedimento arbitrale sia ancora iniziato, né prima né dopo il 2 marzo 2006. E' evidente che in tal caso, ma solo in tal caso, non potrebbe trovare applicazione la speciale norma transitoria dettata con il quarto comma dell'art., ma i principi generali della *perpetuatio jurisdictionis* e *tempus regit actus*.

In conclusione, poiché nella specie le domande di arbitrato sono state proposte prima del 2 marzo 2006 il regolamento di competenza è inammissibile.

L'esistenza di un obiettivo contrasto all'interno della giurisprudenza della Corte giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

La corte dichiara i ricorsi inammissibili e compensa le spese.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle sezioni unite civili il 01 dicembre 2009.

Il Presidente

Giuseppe Liguori

Lucrezia Fiaselle

scrittura

6 SET. 2010

IL CANCELLIERE

Lucrezia Fiaselle