

Civile Ord. Sez. 1 Num. 42091 Anno 2021

Presidente: VALITUTTI ANTONIO

Relatore: CARADONNA LUNELLA

Data pubblicazione: 31/12/2021



ORDINANZA

sul ricorso n. 23164/2016⁶ proposto da:

Zylberberg Fein LLC, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Giancarlo Cipolla ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Francesco Magni a Roma, via Caio Mario, n. 27, in virtù di procura speciale apposta a margine del ricorso per cassazione.

- ricorrente -

contro

Marras Ovidio e Marras Giovannica, rappresentati e difesi dall'Avv. Andrea Pogliani, giusta procura speciale notarile del 7 marzo 2017, n. rep. 48714, a firma del Notaio dott. Antonio Galdiero, ed elettivamente domiciliati in Roma, nella via Portuense, n. 104, presso il dott. Fabio Trinca.

- controricorrenti -

ord
2262
2021



avverso la sentenza della Corte di appello di MILANO n. 822/2016, pubblicata il 2 marzo 2016;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 13/05/2021 dal consigliere Lunella Caradonna;

RILEVATO CHE

1. Con la sentenza impugnata, la Corte d'appello di Milano ha rigettato l'impugnazione principale proposta dalla Zylberberg Fein LLC e quella incidentale proposta da Marras Ovidio e Marras Giovannica avverso il lodo del Collegio arbitrale emesso in data 25 settembre 2012, con il quale era stata dichiarata l'insussistenza del proprio potere di decisione in ragione della nullità della clausola compromissoria contenuta nell'art. 7 del contratto stipulato dalle parti in data 20 ottobre 2010.

2. I giudici di secondo grado hanno dapprima rigettato l'eccezione del difetto di legittimazione attiva della società Zylberberg Fein LLC, ritenendo che la stessa fosse legittimata ad agire, in quanto parte del giudizio arbitrale, e che nessun rilievo assumeva la cessione a terzi dei diritti acquisiti con il contratto del 20 ottobre 2010.

3. La Corte territoriale ha, poi, affermato che la società Zylberberg Fein LLC non aveva mai contestato, nel corso del giudizio arbitrale, la qualifica di consumatori assunta dai Marras, né poteva considerarsi contestata la qualifica di consumatori dei Marras, laddove la società aveva affermato che i signori Marras erano tutt'altro che sprovveduti e che non era stato provato che la società avesse agito come professionista, non essendo stato allegato che i convenuti avessero stipulato il contratto nella loro posizione di imprenditori; che la qualifica di professionista della società emergeva dalla certificazione prodotta nel giudizio arbitrale (documento n. 24), laddove risultava che essa potesse svolgere qualsiasi attività che fosse legittima secondo le leggi dello Stato del Delaware, con una formulazione tale che escludeva in



radice la possibilità di individuare attività estranee, nonché dall'accordo del 20 ottobre 2010 che prevedeva che la società potesse disporre in ogni momento dei propri diritti, anche di credito, acquisiti o derivanti dal contratto, potendoli cedere a terzi, ciò riscontrando lo svolgimento di un'attività economica secondo la previsione dell'art. 3, lett. c) del Codice del consumo.

4. La Corte territoriale ha, poi, evidenziato che il principio del contraddittorio non era stato violato, perché dalla lettura del lodo impugnato si evinceva che il Collegio arbitrale aveva concesso ad entrambe le parti i termini processuali per svolgere le proprie difese e produrre documenti e aveva invitato le parti a prendere posizione sulla questione relativa alla validità della clausola compromissoria, anche in relazione alle disposizioni inerenti i contratti dei consumatori; che la censura relativa alle disposizioni contraddittorie contenute nel lodo rispetto ai fatti come accertati nel lodo medesimo non era un vizio di nullità rilevante ai sensi dell'art. 829, n. 11, cod. proc. civ.; che le censure sulla condanna della società al pagamento delle spese processuali e sulla previsione della solidarietà delle parti nei confronti del Collegio con riferimento alla pronuncia di condanna alle spese erano inammissibili perché non costituivano vizi rilevanti quale *error in procedendo*.

5. Zylberberg Fein LLC, avverso la sentenza della Corte di appello di Milano, ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi.

6. La società ricorrente ha depositato memoria con la quale ha chiesto la distrazione delle spese ex art. 93 cod. proc. civ..

7. Anche Marras Ovidio e Marras Giovannica hanno depositato memoria.

CONSIDERATO CHE

1. Con il primo motivo si lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 33 del decreto legislativo n. 206/2005, in relazione all'art. 360,



primo comma, nn. 3 e 4, cod. proc. civ., non avendo la Corte di appello (e nemmeno il Collegio arbitrale) considerato la trattativa individuale che vi era stata sulla clausola compromissoria con i signori Marras con scambio di email e la evoluzione del testo contrattuale poi sottoscritto, avuto riguardo particolare al diritto di recesso, all'entità del corrispettivo passato dal 30% iniziale al 20% finale e al foro del consumatore del Tribunale di Cagliari, espressamente escluso perché ritenuto «influenzabile» dalla signora Angioni rappresentante e *nuncius* dei genitori; la Corte di appello non aveva preso in considerazione nemmeno la rinuncia fatta dai Marras all'eccezione di nullità della clausola arbitrale (proposta in via subordinata e gradata rispetto alla domanda di dichiarazione di nullità e di annullamento del contratto) avendo ritenuto non ravvisabile una rinuncia, perché *«le conclusioni dei Convenuti erano state formulate dalla Prima Memoria, prescindendo dal contesto dell'atto nel quale esse sono tenute»*.

2. Con il secondo motivo si lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 101 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, nn. 3 e 4, cod. proc. civ., non avendo il Collegio, nell'ordinanza del 24 aprile 2012, indicato alle parti di volere porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio come indicato dall'art. 101, secondo comma, cod. proc. civ., avendo fatto esclusivo riferimento alle istanze preliminari dei convenuti (formulate in via gradatamente subordinata) e che solo con il lodo la società aveva avuto cognizione del rilievo d'ufficio, avente carattere definitivo del Collegio arbitrale e sul quale non era mai stato accettato il contraddittorio; in ogni caso, l'ordinanza del 24 aprile 2012, era stata pronunciata dal Collegio contestualmente al rigetto delle istanze probatorie delle parti e all'invito a precisare le conclusioni e a depositare memorie conclusionali e di replica, senza ulteriore possibilità di produrre o offrire prove sullo stato di imprenditore agricolo di Marras Ovidio e sullo stato della società Zylberberg Fein LLC.



2.1 Il secondo motivo, che per ragioni di ordine giuridico va trattato per primo, va rigettato.

2.2 Deve premettersi che, non risultando che nella procedura arbitrale in esame le parti abbiano previsto l'applicazione delle forme del giudizio ordinario, la questione della violazione del contraddittorio deve essere esaminata non sotto il profilo della violazione, sul piano formale, di una prescrizione preordinata alla realizzazione di tale principio, ma nell'ambito di una ricerca volta all'accertamento di una effettiva lesione della possibilità di dedurre e di contraddire, onde verificare se l'atto abbia egualmente raggiunto lo scopo di instaurare un regolare contraddittorio e se, comunque, l'inosservanza non abbia causato pregiudizio alla parte (Cass., 31 gennaio 2007, n. 2201).

Ed invero, richiamando, con riferimento al giudizio ordinario, le tendenze evolutive manifestatesi negli ultimi tempi nella giurisprudenza di questa Corte in merito alle conseguenze della violazione di specifiche disposizioni di natura processuale, va precisato che l'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ., nel consentire la denuncia di vizi che comportino la nullità della sentenza o del procedimento, non va inteso come diretto a tutelare l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma come presidio e tutela del diritto all'eliminazione di eventuali «vulnera» subiti in concreto dal diritto di difesa della parte in dipendenza del denunciato «error in procedendo». Ne consegue che la nullità della sentenza e del procedimento debbono essere dichiarate solo ove, nell'impugnazione, alla denuncia del vizio idoneo a determinarle, segua l'indicazione dello specifico pregiudizio che esso abbia arrecato al diritto di difesa (Cass, 8 gennaio 2014, n. 131; Cass., 30 dicembre 2011, n. 30652; Cass., 21 febbraio 2008, n. 4435).

2.3 Con specifico riferimento al principio del contraddittorio nel giudizio arbitrale questa Corte ha affermato che, anche nel procedimento arbitrale, l'omessa osservanza del contraddittorio non è



un vizio formale, ma di attività, sicché la nullità che ne scaturisce ex art. 829, n. 9, cod. proc. civ. implica una concreta compressione del diritto di difesa della parte processuale: deve, cioè, aversi riguardo al modo in cui le parti hanno potuto confrontarsi in giudizio in relazione alle pretese ivi esplicate, giacché il vizio di violazione del contraddittorio consegue alla concreta menomazione del diritto di difesa (Cass., 27 dicembre 2013, n. 28660).

Ciò implica che alle parti del giudizio arbitrale deve essere assicurata la possibilità di esercitare su di un piano di eguaglianza le facoltà processuali loro attribuite, e tra queste la modifica dei quesiti posti nella loro formulazione originaria, oppure la formulazione di istanze di prova senza che trovino applicazione le preclusioni di cui agli artt. 183 e 184 cod. proc. civ. (Cass., 10 dicembre 2020, n. 28189; Cass., 21 gennaio 2016, n. 1099; Cass., 7 febbraio 2007, n. 2717).

In ragione della libertà delle forme che caratterizza il procedimento arbitrale, l'essenziale rilevanza del principio del contraddittorio, che attiene all'ordine pubblico, come emerge dalla complessiva disciplina legale, che ripetutamente lo richiama (artt. 808 *ter*, secondo comma, n. 5; 816 *bis*, primo comma; 829, n. 9, cod. proc. civ.), finisce, così, per diventare il vero crisma di legittimità del procedimento stesso e garanzia processuale inderogabile, la quale esige che ciascuna parte sia messa nella condizione di svolgere le proprie difese per tutto il corso del procedimento arbitrale, senza incorrere in decadenze «a sorpresa» (Cass., 21 gennaio 2016, n. 1099, citata).

Nei casi in cui, in particolare, agli arbitri non sia dalla clausola compromissoria demandato il compito di applicare le norme del codice di rito, essi sono tenuti, dunque, nell'autodisciplina del procedimento che abbiano disposto, a realizzare il contraddittorio delle parti, assicurando loro la possibilità di svolgere l'attività assertiva e deduttiva, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dagli arbitri per la pronuncia, ognuna dovendo avere la possibilità di



far valere le sue posizioni e di contrastare le ragioni avversarie, affinché sia garantita la dialettica processuale.

2.4 Ciò posto, nel caso in esame, può dirsi che il principio del contraddittorio sia stato osservato, avendo avuto le parti, ed anche la società ricorrente, la possibilità di esporre i rispettivi assunti sulla questione della qualifica di professionista della società e di consumatore dei Marras ed avendo ottenuto anche l'invito a precisare le conclusioni e a depositare memorie conclusionali e di replica, nonché la possibilità di produrre o offrire prove sullo stato di imprenditore agricolo di Marras Ovidio e sullo stato della società Zylberberg Fein LLC. come in effetti, è accaduto in concreto, giungendo, tuttavia, prima il Collegio arbitrale e poi la Corte di appello in sede di impugnativa, ad una conclusione diversa da quella proposta dalla società ricorrente.

2.5 Anche sotto l'ulteriore profilo di doglianza circa il mancato contraddittorio sulla natura «d'ufficio» del rilievo posto dal Collegio arbitrale a fondamento della decisione di rigetto della domanda arbitrale, va osservato che la società ricorrente finisce col denunciare una lesione del tutto astratta del principio del contraddittorio, non avendo specificato quale concreto pregiudizio la mancata specificazione della natura d'ufficio di tale rilievo da parte degli arbitri (che ben comunque poteva conoscere la parte) abbia arrecato alle proprie ragioni difensive, peraltro, come già detto, ampiamente svolte, né risulta, in ogni caso, che la società ricorrente abbia chiesto un ulteriore termine o che, avendolo chiesto, esso sia stato rifiutato al solo fine di avere una «ulteriore possibilità» di produrre o offrire prove sullo stato di imprenditore agricolo di Marras Ovidio e sullo stato della società Zylberberg Fein LLC.

2.6 A non diverse conclusioni deve pervenirsi con riguardo alla lesione del principio del contraddittorio in relazione alla concessione, da parte del collegio arbitrale, di un termine unico per la precisazione delle conclusioni e per il deposito delle comparse conclusionali, perché,



senza prescindere dal rilievo già svolto sull'astrattezza del vizio denunciato, va evidenziato che tale modalità di svolgimento del procedimento arbitrale, in quanto stabilita, negli stessi termini, per entrambe le parti, di certo non ha violato il principio del contraddittorio, tanto più che nella specie gli arbitri avevano fissato, sempre per i difensori, un ulteriore termine per il deposito delle memorie di replica, così consentendo a ciascuna parte di proporre tutte le difese del caso.

2.7 In ultimo, è utile ricordare che l'obbligo del giudice di stimolare il contraddittorio, ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. civ., che ha lo scopo di evitare le decisioni c.d. «a sorpresa» o «della terza via», vale solo per le questioni che il giudice rilevi effettivamente d'ufficio per non essere state dedotte dalle parti e non vale, invece, per le questioni che - pur rilevabili d'ufficio - siano state introdotte dalle parti sotto forma di eccezione c.d. «in senso lato», in quanto tali questioni fanno già parte del «thema decidendum» (Cass., 5 dicembre 2017, n. 29098).

3. Il primo motivo, con il quale la società ricorrente deduce che la Corte di appello (e il Collegio arbitrale) non avevano considerato la trattativa individuale che vi era stata sulla clausola compromissoria con i signori Marras, è fondato, nei limiti di cui in motivazione.

3.1 E' giurisprudenza di questa Corte che in tema di arbitrato tra un soggetto professionista e un consumatore, la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria in favore degli arbitri, ex art. 33, comma 2, lett. t), del decreto legislativo n. 306/2005, è ammissibile ove venga provata l'esistenza di una specifica trattativa tra le parti, prova il cui onere ricade sul professionista che intenda avvalersi della clausola arbitrale in deroga e che rileva quale elemento logicamente antecedente alla dimostrazione della natura non vessatoria della clausola (Cass., 13 febbraio 2017, n. 3744).

3.2 Questa Corte ha, inoltre, stabilito che «*la qualifica di consumatore di cui all'art 3 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 - rilevante ai fini*

della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui all'art. 33 del citato d.lgs. - (...) ^{ovvero} alle sole persone fisiche allorché concludano un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata» (Cass., 12 marzo 2014, n. 5705) e che, in relazione a tali tipi di rapporti, «il foro del consumatore, sebbene esclusivo, è di natura derogabile, in forza di quanto previsto dall'art. 33, comma 2, lettera u), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206», ma tale deroga è possibile «sempre che si dimostri l'esistenza di una specifica trattativa tra le parti, sicché la prova di tale circostanza costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola di deroga, ponendosi l'esistenza della trattativa come un prius logico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola» (Cass., 10 luglio 2013, n. 17083).

3.3. Anche nelle ipotesi in cui viene in rilievo la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, in favore di quella degli arbitri ex art. 33, comma 2, lettera t), del decreto legislativo n. 206/2005, al pari della deroga della competenza del foro del consumatore, la prova di tale circostanza «costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola», ponendosi l'esistenza della trattativa come un antecedente logico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola (Cass., 13 febbraio 2017, n. 3744, citata).

3.4 Ciò posto, nel caso in esame, la Corte di appello, non ha fatto corretta applicazione della norma di cui all'art. 33 del decreto legislativo n. 306/2005, ai fini della sussistenza o esclusione della competenza arbitrale, non avendo valutato, al di là della qualità di professionista e consumatore delle parti, anche l'esistenza di una trattativa individuale, dedotta dalla società appellante, avente ad oggetto la clausola compromissoria, posta in essere con scambio di email e la evoluzione del testo contrattuale poi sottoscritto, avuto



riguardo particolare al diritto di recesso, all'entità del corrispettivo passato dal 30% iniziale al 20% finale e al foro del consumatore del Tribunale di Cagliari, espressamente escluso perché ritenuto «influenzabile» dalla signora Angioni, rappresentante e *nuncius* dei genitori, dapprima al Collegio arbitrale nella memoria di replica (pag. 3), trascritta integralmente alle pagine 11 e 12 del ricorso per cassazione, e poi nell'atto di appello, alle lettere c) d) ed e) (punto II 1.5 a pag. 14 citazione in appello).

3.5 Giova precisare, inoltre, avendo i Marras eccepito anche il difetto di specifica sottoscrizione della clausola arbitrale, da essi considerata vessatoria ai sensi dell'art. 1341 cod. civ., che tale norma non si applica al di fuori dei contratti per adesione.

In proposito, questa Corte ha affermato che sussiste l'esigenza della specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie avuto specificamente riguardo ai contratti «per adesione» e che possono definirsi tali soltanto quelle strutture negoziali destinate a regolare una serie indefinita di rapporti, tanto dal punto di vista sostanziale (se, cioè, predisposte da un contraente che espliciti attività contrattuale all'indirizzo di una pluralità indifferenziata di soggetti), quanto dal punto di vista formale (ove, cioè, predeterminate nel contenuto a mezzo di moduli o formulari utilizzabili in serie), mentre esulano da tale categoria i contratti predisposti da uno dei due contraenti in previsione e con riferimento ad una singola, specifica vicenda negoziale, rispetto ai quali l'altro contraente può, del tutto legittimamente, richiedere ed apportare le necessarie modifiche dopo averne liberamente apprezzato il contenuto, nonché, a maggior ragione, quelli in cui il negozio sia stato concluso a seguito e per effetto di trattative tra le parti (Cass., 30 novembre 2020, n. 27320; Cass., 19 marzo 2018, n. 6753).

3.6 Deve, quindi, concludersi che ha errato la Corte di appello ad avere riconosciuto sostanzialmente la natura vessatoria della clausola e conseguentemente la sua nullità, con difetto di competenza del collegio



arbitrale, senza dapprima avere valutato la fondatezza del rilievo difensivo sull'esistenza di una specifica trattativa tra le parti, dedotto dalla società ricorrente che intendeva avvalersi della clausola arbitrale di deroga, ponendosi l'esistenza della trattativa come un precedente logico rispetto alla dimostrazione della natura vessatoria o meno di siffatta clausola.

4. Per quanto esposto, va accolto il primo motivo di ricorso nei limiti di cui in motivazione, rigettato il secondo; la sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione, anche per la determinazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso nei limiti di cui in motivazione, rigetta il secondo; cassa la sentenza impugnata, in relazione al motivo accolto, e rinvia alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità. Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 13 maggio 2021.

Il Presidente

Antonio Valitutti

Arbitrato in Italia