

Clausola compromissoria

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 19 settembre 2003, n. 13893

Pres. Genghini - Rel. De Chiara - P.M. Pivetti (conf.) - Impregilo s.p.a. (avv. Argenzio) c. Ministero degli esteri (Avvocatura generale dello Stato)

Arbitrato - Competenza - Limiti della competenza arbitrale - Cessione del credito nascente dal contratto contenente clausola compromissoria - Subingresso del cessionario nell'accordo compromissorio - Esclusione - Opponibilità da parte del cessionario al debitore ceduto della clausola compromissoria - Esclusione - Opponibilità della clausola compromissoria da parte del debitore ceduto nei confronti del cessionario - Sussistenza

(Artt. 1260, 1263 c.c.; art. 808 c.p.c.)

Il cessionario di credito nascente da contratto nel quale sia inserita una clausola compromissoria non subentra nella titolarità del distinto e autonomo negozio compromissorio e non può, pertanto, invocare detta clausola nei confronti del debitore ceduto; tuttavia quest'ultimo può avvalersi della clausola compromissoria nei confronti del cessionario atteso che il debitore ceduto si vedrebbe altrimenti privato del diritto di far decidere ad arbitri le controversie sul credito in forza di un accordo tra cedente e cessionario al quale egli è rimasto estraneo.

...*Omissis*...

Motivi della decisione

...*Omissis*...

3. - Il primo motivo (secondo paragrafo del ricorso), denunciando violazione degli artt. 829, n. 1, e 830, secondo comma, c.p.c., censura la sentenza impugnata sotto due profili:

a) per essersi adeguata all'orientamento giurisprudenziale di legittimità (Cass. Sez. Un. 12616/1998, cit.) secondo il quale, in ipotesi di cessione del credito, l'efficacia della clausola compromissoria, stipulata tra debitore ceduto e creditore cedente, può essere invocata dal debitore ceduto nei confronti del cessionario del credito, ma non anche da quest'ultimo nei confronti del primo, essendo il cessionario estraneo alla clausola stessa. In tal modo - lamenta la ricorrente - si perviene a conclusioni irragionevoli, soprattutto allorché (come nella specie) l'unica prestazione ancora da eseguire - del contratto contenente la clausola compromissoria - sia quella relativa al pagamento del credito caduto: il debitore, infatti, potrebbe capricciosamente opporre la relativa eccezione al cessionario sia che questi proponga la domanda davanti al giudice, sia che la proponga davanti agli arbitri, ed anche - se, come sostiene la Corte di appello, l'eccezione può essere proposta per la prima volta in sede di impugnazione del lodo - attendendo la definizione del giudizio arbitrale e regolandosi secondo l'esito di esso. Dovrebbe, pertanto, ad avviso della ricorrente, riconoscersi nel patto compromissorio un accessorio del credito, che circola assieme ad esso ai sensi dell'art. 1263 c.c., con la conseguenza che sarebbe opponibile anche dal cessionario del credito;

b) perché nel caso di specie non può, comunque, escludersi che le parti abbiano inteso superare i suesposti li-

miti alla efficacia della clausola, in quanto l'Amministrazione aveva tacitamente accettato il giudizio arbitrale, avendo, come risulta dalla documentazione in atti, riconosciuto l'esistenza del credito ceduto e chiesto soltanto alla {Impregilo} di documentarne l'avvenuta cessione in suo favore, ed avendo, con atto del 30 giugno 1997, sostenuto la deroga alla competenza arbitrale sul solo presupposto della sua facoltà di derogarvi nei confronti di chicchessia (cessionario del credito o cedente) ai sensi della stessa clausola, oltre che affermato la nullità della clausola stessa in forza della sentenza della Corte costituzionale n. 152/1996.

3.1. - Il motivo non può trovare accoglimento.

Conviene rammentare, in sintesi, il ragionamento svolto dalle Sezioni Unite di questa Corte nella richiamata sentenza n. 12616 del 1998: la clausola compromissoria non è un patto accessorio del contratto nel quale è inserita, ma costituisce negozio dotato di propria individualità e autonomia, nettamente distinto dal contratto cui aderisce (come già ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza e successivamente confermato dall'art. 808, comma 3, c.p.c. nel testo novellato dalla legge n. 25/1994); è dunque escluso che la cessione del contratto contenente la clausola comporti altresì, in difetto di specifico accordo delle parti, automatica cessione della clausola stessa; a maggior ragione, è escluso che il subentro automatico nella clausola possa verificarsi a favore del mero cessionario del credito, protagonista di una vicenda di contenuto ed effetti assai minori, la quale prescinde dalla volontà del debitore ceduto e non coinvolge l'intera posizione giuridica contrattuale, con tutti i diritti e gli obblighi ad essa relativi; ciò non contrasta con la riconosciuta facoltà del debitore ceduto di opporre la clausola al cessionario del credito, giacché altrimenti egli, che in virtù della clausola ha il diritto di

far decidere da arbitri la controversie relative al credito, si vedrebbe privato di tale diritto in forza di un accordo (la cessione del credito) intervenuto tra altri soggetti (cedente e cessionario) ed al quale è rimasto estraneo, mentre invece, per principio pacifico (ancorché non espressamente sancito dagli artt. 1260 e ss. c.c.) il debitore ceduto conserva la facoltà di opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario.

Gli inconvenienti, dal punto di vista del cessionario del credito, di tale soluzione hanno, in realtà, portata assai minore di quanto denunciato dalla ricorrente (v. sopra sub a). In particolare, quello consistente nella lamentata possibilità, per il debitore ceduto, di regolarsi a seconda dell'esito del giudizio arbitrale, deriva non dalla soluzione in esame, bensì dalla scelta dello stesso cessionario di introdurre la lite davanti agli arbitri - piuttosto che davanti al giudice - nonostante non possa avvalersi della clausola compromissoria. Se, invece, il cessionario adisce il giudice (esercitando - più correttamente - il solo potere che in effetti gli compete, non essendogli consentito adire direttamente gli arbitri in forza della clausola, di cui può avvalersi soltanto il debitore), egli è indubbiamente esposto all'eventuale eccezione avversaria di devoluzione della controversia agli arbitri, ma è pur vero che tale eccezione deve necessariamente essere dedotta nel giudizio di primo grado, nel rispetto del rigido sistema di preclusioni stabilito dal codice di rito (cfr. Cass. 10925/2001), e dunque resta esclusa ogni possibilità, per il debitore ceduto, di regolarsi *secundum eventum*.

L'unico vero inconveniente derivante dalla soluzione qui accolta è, dunque, un possibile allungamento dei tempi della lite introdotta dal cessionario del credito. Può tuttavia osservarsi, per completezza, che le soluzioni alternative teoricamente prospettabili comporterebbero conseguenze, oltre che dissonanti con il sistema, meno appaganti anche sull'invocato piano della ragionevolezza. Si è già visto che, se si accogliesse la tesi della inopponibilità della clausola compromissoria sia dal cessionario del credito che dal debitore ceduto, si priverebbe ingiustificatamente quest'ultimo di un diritto (al giudizio arbitrale) in forza di un accordo stipulato da terzi; ma del pari insoddisfacente sarebbe, altresì, la soluzione (propugnata dalla ricorrente) di ammettere anche il cessionario del credito a far valere la clausola al pari del debitore ceduto, giacché quest'ultimo si troverebbe in tal modo costretto, per fatto di terzi e indipendentemente dalla sua volontà, a misurarsi in un giudizio arbitrale con un soggetto diverso da quello con cui aveva ritenuto opportuno stipulare l'accordo compromissorio. La soluzione qui condivisa, invece, non comporta alcuna definitiva menomazione di precedenti diritti, poteri o facoltà in capo a chicchessia, ed in particolare in capo al cessionario del credito, ma soltanto, come si è detto, un eventuale allungamento dei tempi necessari a quest'ultimo per far valere il suo diritto; allungamen-

to, peraltro, prevedibile (e, dunque, preventivamente apprezzabile in concreto anche ai fini di ogni valutazione di opportunità) al momento dell'accettazione della cessione.

Inammissibile è, poi, il profilo sub b) del motivo.

In esso si sostiene, in pratica, che l'Amministrazione aveva tacitamente accettato il giudizio arbitrale. Senonché la sentenza impugnata afferma, in contrario, che l'Amministrazione non aveva mai espresso la volontà che il rapporto con Impregilo fosse deciso dagli arbitri. Trattasi di statuizione in fatto, concernente l'interpretazione della volontà negoziale dell'Amministrazione, dunque non censurabile in sede di legittimità se non per violazione della regola di ermeneutica contrattuale o per vizio di motivazione, mentre il ricorso propone invece una mera, diretta censura di merito.

4. - Con il secondo motivo (terzo paragrafo del ricorso) la ricorrente:

- lamenta, in primo luogo, che la Corte di appello abbia ritenuto, dopo l'annullamento del lodo (in sede rescindente), di non far luogo al giudizio di merito (in sede rescissoria), in applicazione dell'art. 829, n. 1, c.p.c., equiparando la nullità del compromesso alla sua radicale inesistenza. Sostiene che l'inesistenza del compromesso è configurabile nel solo caso in cui risulti devoluta ad arbitri una controversia non rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario, e che, dunque, nella fattispecie non debba parlarsi di inesistenza, bensì di mera inapplicabilità della clausola compromissoria, con la conseguenza che è, a sua volta, inapplicabile l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che fa discendere l'impossibilità di passare alla fase rescissoria dall'accertamento della nullità - inesistenza del lodo per difetto della *potestas iudicandi* in capo agli arbitri;

- denuncia, in secondo luogo, che l'eccezione di inapplicabilità della clausola compromissoria formulata dall'Amministrazione con l'impugnazione del lodo, riguardando l'interpretazione e l'applicazione delle norme relative alla cessione del credito e del contratto, deduceva in sostanza un vizio di violazione di diritto; onde la Corte di appello avrebbe dovuto, d'ufficio, «verificare come la clausola compromissoria prevedesse la non impugnabilità della decisione degli arbitri, precludendo, per l'effetto, ogni deduzione in ordine all'inosservanza di regole di diritto come motivo di impugnazione».

4.1. - Anche tale motivo non può trovare accoglimento.

Quanto al primo rilievo, basti osservare che il principio, consolidato nella giurisprudenza di questa Corte (v., da ult., Cass. 4035/2001, 1729/2001, 1723/2001), secondo cui, nel giudizio di impugnazione del lodo arbitrale, la competenza del giudice a conoscere del merito, dopo l'esaurimento della fase rescindente, presuppone un lodo emesso da arbitri effettivamente investiti di *potestas iudicandi* (perché in caso contrario il compito del giudice dell'impugnazione non è quello di rinnovare più correttamente il giudizio arbitrale, bensì quello di elimina-

re dalla realtà giuridica la decisione emessa da un collegio non investito del potere di risolvere la controversia, restando la competenza a decidere nel merito determinata dalle regole generali del codice di rito), si applica in ogni caso di difetto in concreto del potere in questione, derivi tale difetto da nullità, da inesistenza o da inapplicabilità del compromesso o della clausola compromissoria.

Quanto al secondo rilievo, va obiettato che l'Amministrazione, deducendo l'inapplicabilità della clausola compromissoria, aveva indiscutibilmente censurato il

lodo per un errore in procedendo (difetto della *potestas iudicandi* in capo agli arbitri), non già per un errore in *iudicando* ai sensi del secondo comma dell'art. 829 c.p.c. (per il quale soltanto rileva la eventualmente concordata inoppugnabilità del lodo stesso): rispetto a tale censura, ogni preliminare considerazione riguardante l'efficacia della cessione del credito era, all'evidenza, meramente strumentale e non poteva snaturare la censura stessa.

5. - In conclusione, il ricorso va respinto.
...*Omissis*...

CESSIONE DEL CREDITO E CLAUSOLA COMPROMISSORIA: LE INACCETTABILI CONCLUSIONI DELLA CASSAZIONE

di Vincenzo Mariconda

Clausola compromissoria e difficile tutela del credito ceduto

La Corte di cassazione con la sentenza in commento ribadisce, con una motivazione pressoché identica, le conclusioni cui era pervenuta la propria decisione a Sezioni Unite n. 12616 in data 17 dicembre 1998 (1).

Avendo il Ministero degli Affari Esteri impugnato il lodo arbitrale che aveva accolto la domanda della Impregilo s.p.a., proposta in relazione ad un credito di cui essa era divenuta cessionaria, la Corte di appello di Roma, accogliendo il motivo di impugnazione fondato sul disposto dell'art. 829, n. 1, c.p.c., dichiarava la nullità del lodo.

La Impregilo proponeva ricorso per regolamento di competenza che la Cassazione ha ritenuto inammissibile sulla base del suo più recente orientamento (2), ma che ha convertito in ricorso ordinario, così come ha ritenuto di poter fare, in conformità ad altro proprio indirizzo (3).

Da un inciso della motivazione («come sostiene la Corte di appello, l'eccezione può essere proposta per la prima volta in sede di impugnazione del lodo») si ricava che l'Amministrazione non aveva svolto alcuna eccezione di inammissibilità (o, come si diceva fino a qualche anno fa, di incompetenza) collegata alla qualità, di cessionaria del credito, della parte che aveva promosso la procedura arbitrale.

L'impugnazione del lodo è avvenuta ai sensi dell'art. 829, n. 1, c.p.c., ed è stata accolta dalla Corte romana, la quale ha limitato la propria cognizione alla sola pronuncia rescindente.

Note:

(1) La sentenza di Cass. SS. UU., 17 dicembre 1998, è pubblicata in *Foro it.*, 1999, I, c. 2979. Il fatto che si tratti di pronuncia a Sezioni Unite non deve trarre in inganno: la Cassazione non ha composto alcun contrasto ma si è semplicemente pronunciata in sede di regolamento preventivo di giurisdizione promosso dal cessionario di un credito che invocava l'esi-

stenza di una clausola compromissoria per arbitrato internazionale. La prima delle massime estratte dalla sentenza è nel senso che «il cessionario del credito nascente da contratto nel quale sia inserita una clausola compromissoria, non subentra nella titolarità di tale negozio, autonomo e distinto rispetto al contratto al quale aderisce e non può pertanto avvalersi a suo favore della clausola nei confronti del debitore ceduto».

(2) Com'è noto, in coincidenza con l'inizio del nuovo millennio, la Corte di cassazione ha ribaltato il proprio tradizionale orientamento, in virtù del quale la clausola compromissoria per arbitrato rituale determina una deroga alla competenza del giudice ordinario a favore del collegio arbitrale. Uno dei più rilevanti riflessi di questo ribaltamento sul piano processuale è costituito dalla inammissibilità del regolamento di competenza: ed infatti, «lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o sia deferibile agli arbitri - i quali, anche nell'arbitrato rituale, non svolgono comunque una forma sostitutiva della giurisdizione né sono qualificabili come organi giurisdizionali dello Stato - costituisce una questione, non già di competenza in senso tecnico, ma di merito in quanto direttamente inerente alla validità o all'interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria», così Cass. sez. un., 3 ottobre 2002, ord. n. 14223, in *Giust. civ. Mass.* 2002, fasc. 10. Cfr., in tal senso, Cass., sez. un., 25 giugno 2002, ord. n. 9289, in *Dir. e giust.* 2002, 47 con nota di Genna; Cass., 1 marzo 2002, n. 3026, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 368; Cass., 8 agosto 2001, n. 10925, in *Giust. civ.* 2002, I, 71 e in *Foro it.* 2001, I, 3079; Cass., 24 aprile 2001, n. 6007, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 1307; Cass. sez. un., 11 giugno 2001 n. 7858, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 1167; Cass., 1 febbraio 2001, n. 1403, in *Foro it.* 2001, I, 838 e in *Giur. it.* 2001, 1107 con nota di Canale e di Nela; Cass., sez. un., 3 agosto 2000 n. 527, in *Riv. arb.* 2000, 699 con nota di Fazzalari.

Ai fini della compiuta illustrazione della disputa sulla natura negoziale dell'arbitrato rituale cfr. Consolo-Marinelli, *La Cassazione e il "duplice volto" dell'arbitrato in Italia: l'exequatur come unico discrimine tra i due tipi di arbitrato?* in questa *Rivista*, 2003, 5, 678 (la prima parte) e 2003, 6, 827 (la seconda parte) alle cui conclusioni si rinvia.

(3) In tal senso cfr. Cass. 19 luglio 2002, n. 10559, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1285, la cui massima è nel senso che «l'istanza di regolamento di competenza, inammissibile avverso le sentenze arbitrali, può legittimamente convertirsi in ricorso ordinario per cassazione a condizione che essa presenti tutti i requisiti prescritti per quest'ultima forma d'impugnazione, ed a condizione, ancora, che il ricorrente non abbia inequivocabilmente espresso la propria volontà di proporre istanza di regolamento di competenza con dichiarata esclusione del ricorso ordinario». Nello stesso senso cfr., altresì, Cass. 5 dicembre 2001, n. 15405, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 2098; Cass. 15 settembre 2000, n. 12175, in *Giur. it.* 2001, 2035 con nota di Gemma; Cass. 18 agosto 1990, n. 8399, in *Giust. civ. Mass.* 1990, fasc. 8; Cass. 23 gennaio 1985, n. 279, in *Giust. civ. Mass.* 1985, fasc. 1.

La Impregilo ha conseguentemente proposto ricorso per cassazione lamentando, con il primo motivo, l'avvenuta violazione degli artt. 829, n. 1, e 830, comma 2, c.p.c., sotto il duplice profilo della ritenuta inapplicabilità del patto compromissorio nei rapporti tra creditore cessionario e debitore e della mancata considerazione di circostanze dalle quali si sarebbe ricavata l'avvenuta accettazione del giudizio arbitrale da parte dell'Amministrazione.

La Cassazione ha rigettato questo primo motivo ribadendo le conclusioni del proprio precedente n. 12616 del 1998, la cui motivazione è stata sinteticamente riprodotta senza alcuna aggiunta significativa; ed ha ritenuto inammissibile il secondo profilo dello stesso motivo, investendo esso una «statuizione in fatto, concernente l'interpretazione della volontà negoziale dell'Amministrazione».

La Corte ha altresì rigettato il secondo motivo con cui la ricorrente aveva lamentato il mancato esame, da parte del giudice dell'impugnazione, del merito della controversia, non versandosi, ad avviso della ricorrente, in situazione equiparabile a quella della radicale inesistenza del compromesso; ma venendo in considerazione un problema di mera inapplicabilità della clausola compromissoria conseguente alla interpretazione ed applicazione delle norme relative alla cessione del credito o del contratto.

Inoltre, la Corte di appello avrebbe dovuto, d'ufficio, verificare che la clausola compromissoria prevedeva la non impugnabilità della decisione arbitrale con conseguente preclusione della inosservanza di regole di diritto come motivo di impugnazione.

La motivazione di rigetto di questo secondo motivo si sostanzia nell'affermazione che la competenza del giudice dell'impugnazione del lodo a conoscere il merito, dopo esaurita la fase rescindente, presuppone che gli arbitri fossero effettivamente investiti di *potestas iudicandi*, investitura che sarebbe mancata nel caso di specie rientrando tra quelli «di difetto in concreto del potere in questione, derivi tale difetto da nullità, da inesistenza o da inapplicabilità del compromesso o della clausola compromissoria».

Inoltre, la previsione di inoppugnabilità del lodo non poteva rilevare con riferimento al lamentato difetto della *potestas iudicandi* e cioè ad un *error in procedendo*, concernendo il comma 2 dell'art. 829 c.p.c. i soli errori in *iudicando*.

La circolazione della clausola compromissoria: casi complessi e casi semplici

Il sintetizzato ragionamento della Corte di cassazione si presenta a mio avviso censurabile sotto molteplici profili, dei quali quello principale investe la ricostruzione operata dalla Corte dei rapporti tra cessione del credito e clausola compromissoria contenuta nel contratto fonte del credito ceduto.

La questione della estensione della clausola com-

promissoria alla disciplina dei rapporti tra cessionario del credito e debitore ceduto si inserisce nella più ampia problematica della cosiddetta circolazione della clausola compromissoria, alla quale, soprattutto negli ultimi anni, la dottrina ha dedicato ampie riflessioni (4).

L'attenzione si giustifica in ragione della rilevante importanza che il tema presenta anche per la frequenza delle vicende sulle quali si innestano fenomeni che in senso ampio possono essere ricompresi nella suddetta formula e che non riguardano i soli casi della cessione del contratto e della cessione del credito, che, in sé considerati, sono da ritenere casi nei quali la circolazione della clausola compromissoria può essere affermata senza incertezze e argomentata alla stregua delle linee generali dei due istituti.

Ancor più semplice appare il caso del contratto per persona da nominare (5), dal momento che, una volta verificatasi una valida *electio*, il contratto fa direttamente capo all'*electus* a norma del combinato disposto degli artt. 1401 e 1404 c.c.

Complicazioni si possono verificare, e si sono verificate, nei casi di contratti preliminari che prevedano la clausola per persona da nominare, cui non faccia seguito la nomina nelle forme e nei modi di cui agli artt. 1401 ss. c.c., ma si verifichi semplicemente la stipulazione del contratto definitivo da parte di soggetto diverso dal sottoscrittore del contratto preliminare anche se facilmente individuabile quale *electus*, sia pure per una sorta di elezione di fatto: di una vicenda del genere si è occupata la Corte di Appello di Milano che ha argomentato la propria conclusione di inesistenza della clausola arbitrale in ragione della mancata riproduzione, nel contratto definitivo, della clauso-

Note:

(4) Per un ampio approfondimento di tutta la problematica e della relativa casistica cfr. Benatti, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 9 ss. e in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1998, 93 ss.; Festi, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 272 ss.; e Salvaneschi, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Milano, 1999. Con specifico riferimento alla cessione del credito cfr., oltre ai citati autori, anche Cecchella, *Commento a Cass. 25 maggio 1995 n. 5724*, in questa *Rivista*, 1995, 12, 1374 ss.; Carleo, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998, 83 ss.; Dolmetta, voce *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, II, Torino, 1988, 322; Panuccio, *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 867; Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, 216; Salvaneschi, *La cessione di credito trasferisce al cessionario anche la clausola compromissoria che accede al credito stesso*, nota a Collegio arbitrale 6 aprile 2001, in *Riv. arb.* 2001, 519 ss.; Schizzerotto, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 189 ss.. Quanto alla cessione del contratto, cfr., altresì, Bianca, *Se il terzo a favore del quale sia stato stipulato il contratto possa avvalersi della clausola compromissoria contenuta nel contratto medesimo*, in *Rass. dir. civ.* 1988, 923 ss.; Buccini, *Cessione del contratto e compromesso arbitrale*, nota a Cass. 16 febbraio 1993 n. 1930, in *Giust. civ.* 1994, 2333; F. Criscuolo, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, nota a Cass. 21 giugno 1996 n. 5761, in *Riv. arb.* 1996, 699 ss.; Lepri, *Cessione del contratto e cessione della clausola compromissoria*, nota a Cass. 16 febbraio 1993 n. 1930, in *Nuova giur. civ., comm.*, 1993, 865.

(5) Cfr. Benatti, *Sulla circolazione*, cit., 16.

la compromissoria contenuta nel contratto preliminare (6).

Un altro caso deciso da un Collegio arbitrale con un lodo che non è stato pubblicato si collega ad un contratto intervenuto tra una società straniera e due persone fisiche intestatarie di tutte le azioni di una società italiana operante nel settore industriale.

Nel corso del procedimento arbitrale originato dalla domanda di risarcimento del danno per dolo incidente promossa dalla società straniera che aveva concluso il contratto, emerse la circostanza che le azioni oggetto del contratto stesso erano state trasferite non alla società straniera ma ad una neo acquisita società italiana che aveva provveduto a pagare i corrispettivi sulla base della provvista costituita dalla casa madre estera. In relazione a detta circostanza la difesa dei venditori svolse molteplici eccezioni e, tra esse, quella di incompetenza degli arbitri ai sensi dell'art. 817 c.p.c., eccezione che fu accolta dal Collegio a causa della ritenuta caducazione della clausola compromissoria (7).

In vicende quali quelle ora ricordate vengono in considerazione indubbi aspetti di complessità proprio a causa della commistione tra profili di natura oggettiva e soggettiva; e, quindi, di estensione della clausola inserita nei contratti che disciplinano i futuri trasferimenti, anche ai contratti traslativi che non richiamano la clausola.

Altri problemi, ancora, investono la questione se il patto compromissorio valga a disciplinare i rapporti tra il terzo a cui favore sia avvenuta la stipulazione e il promittente (8); ovvero i rapporti tra curatore del fallimento di una delle parti che ha sottoscritto il patto e l'altra parte (9).

Un falso argomento della Cassazione: l'autonomia della clausola compromissoria

Nel caso di specie descritto in precedenza, la Cassazione si è pronunciata su una controversia estremamente lineare originata dalla cessione di un credito sorto sulla base di un contratto che contemplava il patto compromissorio.

La sentenza annotata, al fine di respingere il ricorso per Cassazione proposto dalla Impregilo ha riprodotto il contenuto del ragionamento svolto dalla pronuncia n. 12616 del 1998, ragionamento che ha integralmente condiviso senza darsi cura di esaminare il contenuto delle critiche che nei confronti di detta pronuncia sono state formulate sia da parte di lodi arbitrali sia ad opera della dottrina (10).

La premessa da cui è partita la Corte si riferisce non alla cessione del credito ma alla cessione del contratto: data la pacifica autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto nel quale essa è inserita, dovrebbe escludersi che «la cessione del contratto contenente la clausola comporti altresì, in difetto di specifico accordo tra le parti, automatica cessione della clausola stessa».

Da questa premessa l'attuale pronuncia, così come quella del 1998, costruiscono un argomento a *fortiori*:

Note:

(6) Il riferimento è a App. Milano 2 marzo 2001, in *Giur. mil.* 2001, 312 ss., ove ulteriori riferimenti giurisprudenziali sul punto. La prima delle massime estratte dalla sentenza è nel senso che «nel caso in cui il contratto preliminare contenga una clausola compromissoria non riprodotta nel contratto definitivo le controversie sorgenti dall'applicazione di quest'ultimo contratto non possono essere deferite in arbitri, in quanto gli effetti del contratto preliminare, e quindi anche della clausola compromissoria, si sono esauriti con la stipulazione del definitivo».

(7) Nelle acquisizioni di pacchetti azionari evenienze quale quella oggetto del lodo inedito cui si accenna nel testo non sono infrequenti. Basti pensare che nel corso del giudizio arbitrale (iniziato nel 1991 e recentemente conclusosi mediante definizione transattiva) svoltosi tra l'Eni e la Montedison in relazione al contratto di vendita/acquisto intervenuto nel 1990 e che aveva portato alla vendita, da parte della Montedison, di tutte le partecipazioni precedentemente conferite a Enimont, è emerso che le azioni non erano state intestate all'Eni ma alle due società controllate Agip e Snam. La Montedison aveva conseguentemente contestato, anche per questo profilo, la validità del giudizio arbitrale.

(8) In materia di contratto a favore di terzo si è formato un orientamento prevalente nel senso che «la clausola compromissoria contenuta in un contratto a favore di terzo è opponibile a quest'ultimo qualora questi abbia manifestato la volontà di profittare della stipulazione, in quanto tale volontà non può non riguardare tutte le clausole contrattuali nel loro insieme», così Cass. 10 ottobre 2000 n. 13474, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 20; cfr., nello stesso senso, Cass. 18 marzo 1997 n. 2384, in *Giur. it.* 1998, 29 e in *I contratti* 1997, 360, con nota di Borrello; Cass. 25 maggio 1995 n. 5724, cit.; Cass. 1 aprile 1994 n. 3207, in *Riv. arbitrato*, 1995, 69 ss. con nota di Corapi; Cass., sez. un., 16 ottobre 1953, n. 3386, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce *Arbitramento*, n. 28; Trib. Milano, 19 dicembre 1996, in *I contratti* 1997, 360, con nota di Borrello; Trib. Milano 2 ottobre 1995, in *Giur. it.* 1996, I, 2, 418. In senso contrario cfr. Trib. Milano, 15 febbraio 1996, cit.

(9) La giurisprudenza pare aver superato il più risalente orientamento che escludeva il subentro del curatore fallimentare nella clausola compromissoria: in tal senso cfr. Cass. 11 giugno 1969 n. 2064, in *Foro it.* 1969, I, 2490, con nota di Di Nanni e in *Dir. fall.* 1970, II, 59; Cass. 20 marzo 1965 n. 462, in *Foro it.* 1965, I, 1494 e in *Rass. avv. Stato* 1965, I, 1075 con nota di Favara; Cass. 4 agosto 1958 n. 2866, in *Dir. fall.* 1958, II, 590, in *Giust. civ.* 1959, I, 130, in *Foro pad.* 1958, I, 970; App. Milano, 5 agosto 1958, in *Dir. fall.* 1958, II, 590, in *Foro pad.* 1958, I, 970; Trib. Milano, 18 settembre 1980, in *Il fallimento* 1981, 714; Trib. Roma 25 novembre 1959, in *Temi rom.* 1960, 377. L'indirizzo più recente è nel senso che «la clausola compromissoria è operante per il fallimento tutte le volte in cui il curatore subentri nel contratto che contiene la clausola, in quanto questi viene a trovarsi nella medesima situazione processuale in cui si sarebbe trovato il fallito, vincolato a tutte le pattuizioni contrattuali, tra cui la clausola da questo stipulata, con le sole eccezioni imposte da esigenze inderogabili del procedimento fallimentare» così App. Roma, 21 febbraio 2000, in *Dir. e prat. soc.*, 97; Trib. Milano, 28 novembre 1994, in *Gius* 1995, 447; Trib. Bergamo, 26 novembre 1994, in *Gius* 1995, 2067 con nota di Magni; Cass. 14 ottobre 1992 n. 11216, in *Il fallimento* 1993, 475 ss., con nota di Bozza e in *Dir. fall.* 1993, II, 601, con nota di Bonsignori; Cass. 23 gennaio 1964 n. 162, in *Giust. civ.*, 1964, I, 544, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 1160, in *Dir. fall.* 1964, II, 359 e 1965, II, 16, con nota di Alvino. Per la dottrina sul punto cfr. Bonsignori, *Arbitrati e fallimento*, Padova, 2000; Vincre, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1995; Ricci, *Lezioni sul fallimento* I e II, Milano, 1997, ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(10) La pronuncia è stata esaminata approfonditamente nel lodo arbitrale in data 6 aprile 2001 cit., e, quanto alla dottrina, da Salvaneschi nella nota a detto lodo cit. e da Festi, *La clausola cit.*, 267. Mi corre l'obbligo di precisare di essere stato componente del Collegio Arbitrale che ha emesso il menzionato lodo e di avere redatto la relativa motivazione, il cui contenuto viene sostanzialmente ripreso nelle riflessioni critiche svolte nel presente commento.

«a maggior ragione, è escluso che il subentro automatico nella clausola possa verificarsi a favore del mero cessionario del credito», il cui subentro nel rapporto obbligatorio avviene indipendentemente dalla adesione del debitore ceduto.

Già questa prima parte dell'iter argomentativo si presenta per più profili non condivisibile.

Sotto un primo profilo, pare ormai acquisito che il principio dell'autonomia della clausola compromissoria, pur essendo spesso richiamato dalla giurisprudenza al fine di escludere la circolazione della clausola, non presenti alcuna connessione con il tema in oggetto (11).

È infatti noto che il significato e la portata della autonomia della clausola compromissoria si colgono nella prospettiva recepita a livello normativo dalla novella n. 25/1994 che ha riscritto l'art. 808 c.p.c., il cui ultimo comma stabilisce ora che «la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce».

Ma, ad esempio, già lo stesso disposto normativo evidenzia un profilo di accessorietà della clausola nel momento in cui prevede che «tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria»; e, d'altro canto, ogni patto compromissorio accede per sua natura ad un rapporto litigioso per cui la formula dell'autonomia, il cui significato e la cui finalità sono ben chiari se riferiti al rapporto tra validità del contratto e validità del patto compromissorio, diventa evanescente nel momento in cui si devono affrontare diversi profili di rilevanza del collegamento tra rapporto litigioso e patto compromissorio.

Non v'è dubbio che le parti possono stabilire compiutamente la portata oggettiva e soggettiva della clausola compromissoria risolvendo in radice la questione della sua estensione e/o circolazione, e che, pertanto, la soluzione dei problemi concreti deve essere ancorata in linea di principio non ad una formula astratta, qual è quella della autonomia della clausola, bensì alla concreta indagine della volontà perseguita dai contraenti.

Ma quando la indagine concreta non porta ad alcun risultato specifico, quando cioè non risulta né l'espressa accettazione né la espressa esclusione della clausola, la questione dei limiti soggettivi della clausola arbitrale non può esaurirsi nella mera enunciazione della autonomia della clausola dal contratto cui accede ma va approfondita avendo riguardo alle caratteristiche peculiari dell'istituto cui si collega il problema della estensione soggettiva.

Cessione del contratto e cessione del credito: l'infondatezza dell'argomento a fortiori addotto dalla Cassazione

Da questo specifico angolo visuale non pare che l'argomento a *fortiori* che, come visto, la Cassazione innesca nei rapporti tra disciplina della cessione del credito e disciplina della cessione del contratto sia meritevole di essere condiviso.

Si potrebbe al contrario sostenere che proprio la non necessità della accettazione della cessione del credito da parte del debitore ceduto, a fronte della necessità dell'accettazione della cessione del contratto da parte del contraente ceduto, imponga di ritenere che la clausola compromissoria, in mancanza di una contraria previsione delle parti, si estende automaticamente alle controversie che dovessero sorgere tra cessionario e debitore ceduto.

La stessa Corte di cassazione, infatti, in un remoto precedente, aveva concluso nel senso che l'argomento svolto in materia di cessione del contratto per escludere la circolazione della clausola non dovesse valere anche per la cessione del credito, e ciò proprio in ragione dell'automatismo dell'effetto della cessione e dalla non necessità dell'accordo del debitore (12).

Dopo il ricordato precedente, che differenziava la soluzione della questione della operatività della clausola escludendola nel caso di cessione del contratto e ammettendola nel caso della cessione del credito, la stessa Corte di cassazione era pervenuta alla conclusione della

Note:

(11) Infatti, autonomia non significa che la clausola compromissoria è distinta dal negozio in cui è inserita, per cui le vicende che riguardano il negozio non comprendono la clausola per via dell'autonomia, ma soltanto che l'accertamento della validità della clausola va compiuto in maniera distinta dall'analogo accertamento relativo al rapporto sostanziale: «autonomia è, appunto, codesto isolamento normativo della clausola compromissoria», così Benatti, *Sulla circolazione della clausola cit.*, 10, che, dopo avere ricordato il pensiero di Francesco Camelutti sulla diversità di funzione e struttura tra contratto e clausola compromissoria, aggiunge testualmente che «questi importanti rilievi, se da un lato colgono l'essenza della clausola compromissoria rispetto al contratto in cui è contenuta, dall'altro dimostrano la sussistenza di un certo qual vincolo tra clausola e contratto, giacché con la stipulazione della clausola le parti hanno voluto, nella regolamentazione dei loro reciproci interessi, che le controversie attinenti al regolamento da essi posto in essere siano decise da arbitri». In senso sostanzialmente conforme, cfr. Festi, *La clausola cit.*, 47 ss.; Salvaneschi, *La cessione di credito cit.*, 528 e in *L'arbitrato cit.*, 92.

(12) Cfr. Cass. 17 settembre 1970 n. 1525, in *Giust. civ.* 1970, I, 1565, la cui motivazione, per la parte che riguarda la cessione del credito, pare ben più puntuale e pertinente di quella in commento. Dopo avere affermato, e per questa parte la sentenza non è condivisibile, che «poiché la volontà comune è diretta soltanto all'anzidetta sostituzione soggettiva, occorre, affinché la clausola compromissoria operi nei confronti del successore, che questi l'abbia accettata espressamente e con le dovute forme», ha testualmente affermato che «diverso è il caso della cessione del credito, che importa soltanto il trasferimento di un singolo elemento di un rapporto il quale rimane integro. In tal caso, il consenso del debitore ceduto è estrinseco alla convenzione tra cedente e cessionario, non è necessario per il perfezionamento del negozio, (art. 1260 c.c.) e neppure per la sua efficacia, essendo all'uopo sufficiente che la cessione sia stata notificata (art. 1264 c.c.). Basta, quindi, l'accordo tra creditore e cessionario perché il secondo subentri, per quanto attiene al credito, nella posizione giuridica del primo. Ma, poiché la clausola compromissoria riguarda le liti circa l'esistenza e l'entità del credito, ne consegue che, con la cessione di questo, l'efficacia della clausola si estende automaticamente al cessionario, per effetto della convenzione conclusa tra loro senza l'intervento del debitore ceduto, perché la clausola stessa attiene a quell'elemento del rapporto che è stato trasmesso»; in tal senso cfr., altresì, Cass. 29 luglio 1964 n. 2161; Cass. 16 ottobre 1953 n. 3386; Cass. 21 giugno 1939 n. 2107.

circolazione della clausola compromissoria anche nel caso di cessione del contratto e ciò, a quanto pare, in ben tre occasioni, l'ultima in epoca estremamente prossima alla pronuncia n. 12616/1998 (13).

Non v'è dubbio che, in mancanza di controindicazioni contenute nella singola clausola, la soluzione corretta della questione è, anche con riferimento alla cessione del contratto, la estensione della clausola a regolare le controversie tra cessionario del contratto e contraente ceduto (14).

Nel momento in cui quest'ultimo accetta di far subentrare il cessionario nella medesima posizione del cedente, questa accettazione si estende a tutte le clausole contenute nel contratto oggetto della cessione, senza che si possa far leva sulla autonomia della clausola arbitraria per escluderne la sua circolazione.

In definitiva, nei rapporti tra disciplina della cessione del contratto e disciplina della cessione del credito non può valere alcun argomento a *fortiori* ma va semplicemente sottolineato che, nel primo caso, la circolazione della clausola si verifica solo se il contraente ceduto abbia accettato l'intervenuta cessione (ovvero l'abbia previamente consentita) (15); laddove, nel secondo caso, la cessione del credito comporta, oltre all'automatico trasferimento del diritto di credito, anche la circolazione, pure essa automatica, della clausola compromissoria.

L'insolubile contraddizione in cui cade la sentenza

Né, a mio avviso, presentano maggior pregio le argomentazioni ulteriori con cui la Cassazione si riferisce specificamente alla cessione del credito, infilandosi così in una contraddizione difficilmente risolvibile.

Poiché, come si ripete comunemente, il debitore ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario e poiché, quindi, potrebbe essere suo interesse invocare l'esistenza della clausola compromissoria, ci si sarebbe attesi che la Cassazione avesse valorizzato questo argomento proprio nella prospettiva di ammettere la circolazione della clausola anche nei rapporti tra cessionario del credito e debitore ceduto; ed era questa la impostazione che si ritrova nel già citato precedente del 1970 (16).

Per contro, la pronuncia annotata, anche su questo punto in diretta connessione con quanto argomentato dal precedente della Cassazione n. 12616/1998, tenta di dimostrare l'indimostrabile e cioè che non vi sarebbe contrasto tra la possibilità per il debitore ceduto di continuare ad invocare la clausola compromissoria e l'esclusione della relativa automatica applicazione alla controversia tra cessionario del credito e debitore ceduto.

Eppure non è dato comprendere come si possa sfuggire alla alternativa che è già stata efficacemente prospettata: o la clausola compromissoria si trasferisce all'atto della cessione del credito ed allora il debitore ceduto può invocare l'esistenza proprio in ragione del-

la avvenuta circolazione; oppure, la clausola resta ferma in capo agli originari contraenti e quindi sostanzialmente caducata per effetto della cessione, ma allora non si comprende come il debitore possa pretendere il rispetto da parte del cessionario (17).

L'acquisto del credito come acquisto derivativo

Si tratta a questo punto di procedere ad una più puntuale verifica dell'argomento che la Cassazione svolge allorché asserisce che la soluzione osteggiata costringerebbe il debitore ceduto «per fatto di terzi e indipendentemente dalla sua volontà, a misurarsi in un giudizio arbitrale con un soggetto diverso da quello con cui aveva ritenuto opportuno stipulare l'accordo compromissorio».

Questo argomento, del tipo per inconveniente, non pare avere alcuna forza probante dal momento che dà per dimostrato ciò che invece dovrebbe essere oggetto di approfondimento: occorre infatti prima verificare se dalla disciplina della cessione del credito emergano spunti nel senso voluto dalla Cassazione e solo nel caso di esito positivo della verifica si potrà addurre, a conferma della esclusione della circolazione della clausola, che un giudizio arbitrale tra debitore e cessionario sarebbe un esito contrastante con la suddetta disciplina.

La pronuncia annotata afferma che: a) «per principio pacifico (ancorché non espressamente sancito dagli artt. 1260 ss. c.c.), il debitore ceduto conserva la facoltà di opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario»; b) conseguente-

Note:

(13) Mi riferisco alle pronunce di Cass. 21 giugno 1996 n. 5761, in *Riv. arb.* 1996, 699, con nota di F. Criscuolo, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*; Cass. 16 febbraio 1993 n. 1930, cit.; Cass. 14 febbraio 1979, n. 965, in *Foro it. Rep.* 1979, voce *Arbitrato*, n. 46; nello stesso senso cfr., anche, Collegio arbitrale, 27 gennaio 1994, in *Riv. arb.* 1995, 781, con nota critica di Bove, *Processo arbitrale e terzi*.

(14) In tal senso cfr. Benatti, *Sulla circolazione* cit., 16; Carleo, *Le vicende soggettive* cit., 79 ss.; Festi, *La clausola* cit., 266; Salvaneschi, *L'arbitrato* cit., 98.

(15) Cfr. Benatti, *Sulla circolazione* cit., 16, il quale chiarisce che «al rilievo, secondo cui per l'efficacia nei confronti del cessionario sarebbe necessario uno specifico richiamo nell'atto di cessione, è agevole osservare che il requisito di forma è assolto, per *relationem*, attraverso la dichiarazione produttiva dell'efficacia del contratto per l'estraneo».

(16) Cfr. quanto argomentato nella parte motiva della sentenza di Cass. n. 1525/1970, cit. alla n. 9, la cui motivazione, a conferma della estensione della clausola compromissoria nei rapporti tra cedente e cessionario, trova ulteriore conforto nella osservazione che «se così non fosse, d'altra parte, il debitore ceduto, che in virtù della clausola ha il diritto di far decidere da arbitri le controversie sul credito, si vedrebbe privato di tale diritto in forza di un accordo intervenuto tra cedente e cessionario, ed al quale egli è rimasto estraneo; ed anche da tale argomento si può trarre la conclusione che il trasferimento del credito comporta automaticamente, e senza bisogno di apposito accordo tra cessionario e debitore, l'opponibilità, dal secondo al primo, della clausola compromissoria relativamente al credito trasmesso».

(17) L'alternativa è stata proposta nel già citato Lodo 6 aprile 2001, in *Riv. arb.* 2001, 522; ed è condivisa da Salvaneschi, *La cessione di credito* cit., 527.

mente, deve essere garantita al debitore la possibilità di eccepire l'esistenza della clausola compromissoria, dal momento che in caso contrario «si priverebbe ingiustamente quest'ultimo (cioè il debitore) di un diritto (al giudizio arbitrale)»; c) ma il cessionario non subentrerebbe nella clausola compromissoria, dal momento che essa è stata stipulata con il cedente e, quindi, il debitore non potrebbe essere costretto, senza una sua espressa accettazione, a misurarsi in una controversia arbitrale con un soggetto diverso dal sottoscrittore della clausola.

Ora, la prima delle riportate affermazioni è sicuramente corretta, dal momento che riflette il carattere derivativo dell'acquisto del credito da parte del cessionario: pur non essendovi una norma specifica avente ad oggetto le eccezioni opponibili dal debitore ceduto al cessionario è indubbio che, in conformità a quanto stabilito con riferimento ad altri istituti (18), il debitore può opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto da cui è sorta l'obbligazione (19).

Non può sfuggire però che, con specifico riferimento alla clausola compromissoria, in tanto si può riconoscere al debitore la possibilità di eccepire l'esistenza al fine di contestare l'ammissibilità della domanda proposta dal cessionario in sede ordinaria, in quanto si ritenga che anche il rapporto tra debitore e nuovo creditore sia soggetto alla applicazione della clausola.

Ma questa conclusione non può essere affermata e negata al tempo stesso, a seconda che l'esistenza della clausola arbitrale venga invocata dal debitore per paralizzare la pretesa del cessionario fatta valere in sede ordinaria o venga posta dal creditore a fondamento della instaurazione del giudizio arbitrale. Qui non viene in considerazione una eccezione che il debitore ha possibilità di far valere così come di non far valere; ma una eccezione il cui presupposto logico è costituito dalla inerenza della clausola compromissoria al credito litigioso, senza la quale l'eccezione del debitore sarebbe priva di fondamento dal momento che la clausola compromissoria sarebbe rimasta a disciplinare esclusivamente il rapporto tra debitore ceduto e cedente.

Non vi è del resto nulla di anomalo nella conclusione della operatività della clausola nei rapporti tra debitore e cessionario: non si capisce, infatti, in virtù di quale motivazione il debitore, che pure ha accettato la clausola compromissoria, potrebbe essersi orientato in questo senso solo se ed in quanto la controversia sorga con il creditore originario e non, pure, con il nuovo creditore.

È ben possibile che il contraente debitore che non intenda estendere la clausola compromissoria anche nei rapporti con eventuali diversi creditori, ottenga l'inserimento di una limitazione soggettiva della clausola, destinata a disciplinare esclusivamente i rapporti tra i contraenti originari: in tal caso, così come egli non potrà essere convenuto avanti al collegio arbitrale, per la stessa ragione, convenuto in sede ordinaria, non potrà

opporre l'esistenza della clausola al fine di paralizzare la domanda del cessionario.

Ma, qualora nessuna limitazione soggettiva sia apposta alla clausola, la relativa esistenza va valutata alla stregua di una qualità del credito che trova fondamento nel contratto in cui essa è contenuta, con la conseguenza che, proprio in ragione della già sottolineata natura derivativa dell'acquisto del cessionario, entrambe le parti del rapporto saranno soggette all'intero regolamento contenuto nel contratto che ha originato il credito e, così, anche alla clausola compromissoria.

Che, infine, la cessione del credito prescindendo dal consenso del debitore in ragione della assoluta indifferenza della persona del creditore è affermazione che è stata efficacemente contrastata (20): basti pensare che il mutamento del creditore comporta la modifica del luogo di adempimento dell'obbligazione pecuniaria (art. 1182, comma 3, c.c.) e del foro territoriale alternativo di cui all'art. 18 c.p.c.; che la cessione parziale del credito determina la moltiplicazione dei creditori (art. 1262 cpv c.c.); che esistono pertanto effetti legali della cessione che, pur comportando modifiche per il debito-

Note:

(18) Così, a titolo esemplificativo, l'art. 1409 c.c., con riferimento all'istituto della cessione del contratto statuisce che «il contraente ceduto possa opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto ...»; l'art. 1413 c.c., in tema di contratto a favore di terzi, stabilisce che «il promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto ...»; l'art. 1945 c.c., in relazione all'istituto della fideiussione, prevede che «il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale ...»; e l'art. 1271 c.c., riferendosi alle eccezioni opponibili dal delegato, afferma che «il delegato può opporre al delegatario le eccezioni relative ai suoi rapporti con questo».

(19) Cfr. Benatti, *Sulla circolazione* cit., 17 ss., il quale scrive testualmente che «la verità è che la cessione, in quanto negozio traslativo, è idonea a produrre solo una modificazione soggettiva (dal lato attivo) del rapporto, mentre rimane immutato, nel suo contenuto precettivo (nel quale è compresa la clausola compromissoria), il negozio che è fonte del rapporto e che ne detta la disciplina anche con riguardo alla risoluzione delle controversie che lo dovessero riguardare: si spiega così l'operatività della clausola tra debitore ceduto e cessionario».

(20) Cfr. Festi, *La clausola compromissoria* cit., 276 ss., il quale ha chiarito che «a seguito della trasmissione del credito, il debitore corre, infatti, diversi rischi: di venire escusso da un creditore caratterizzato da un minor livello di tolleranza; di subire la modifica del luogo dell'adempimento (cfr. art. 1182, comma 3, c.c.); di dover adempiere ad un numero maggiore di creditori (arg. ex art. 1262 cpv. c.c.); di veder cambiare la competenza (cfr. art. 18 c.p.c.); di dover ripetere un pagamento incauto al vecchio creditore (art. 1264, comma 2, c.c.); di non poter opporre al cessionario la compensazione dei crediti sorti nei confronti del cedente successivamente alla notifica o alla conoscenza della cessione. Lo stesso art. 1260, comma 2, c.c., nella parte in cui - pur circoscrivendone l'opponibilità ai terzi - ammette la liceità del patto di incedibilità del credito, riconosce implicitamente la possibilità che il debitore possa avere interesse a che il credito non venga alienato a terzi e che tale interesse sia meritevole di tutela. Sembra, quindi, maggiormente precisa l'affermazione secondo la quale la disciplina della cessione del credito costituisce una parziale deroga al principio generale dell'intangibilità della sfera giuridica di ciascuno senza il concorso della sua volontà (arg. ex art. 1372, comma 2, c.c.), giustificata - in passato come oggi - dall'esigenza di consentire un "certo livello" di circolazione del credito».

re, non sono ostative al trasferimento del credito indipendentemente dal consenso del debitore.

Ne deriva che, a meno di una espressa esclusione della estensione della clausola compromissoria a disciplinare i rapporti con eventuali cessionari del credito, il trasferimento della clausola si verifica proprio in virtù della natura derivativa dell'acquisto del credito, con tutte le caratteristiche che esso presenta sulla base del relativo regolamento contrattuale.

La nullità del lodo ex art. 829 n. 1 e n. 4 c.p.c.

Un'ultima riflessione è sollecitata dalla natura del vizio che la Corte di cassazione ha ritenuto di dover affermare in relazione al lodo emesso nella controversia tra debitore ceduto e cessionario.

Come già accennato, nel corso del giudizio arbitrale non era stata formulata alcuna eccezione di inammissibilità della domanda conseguente alla non esistenza della clausola compromissoria.

Solo in sede di impugnazione ex art. 829, n. 1, c.p.c., l'Amministrazione debitrice ha sostenuto la impossibilità per il cessionario di invocare la clausola compromissoria, prospettando la mancanza di circolazione della clausola alla stregua della sua inesistenza, con una censura che è stata condivisa sia dalla Corte di merito sia dalla Cassazione.

Conseguentemente, la Corte di cassazione ha concluso che correttamente la Corte di merito non era scesa all'esame del merito della controversia, sulla base del principio, più volte affermato, secondo cui la competenza del giudice dell'impugnazione del lodo a conoscere il merito presuppone l'esistenza negli arbitri della *potestas iudicandi*, dal momento che in caso contrario compito del giudice è esclusivamente quello di eliminare dalla realtà giuridica la decisione emessa da un collegio non investito del potere di risolvere la controversia.

Si potrà opporre che la considerazione relativa al sacrificio della tutela del credito conseguente al vizio di cui la Corte ha riconosciuto la esistenza, non ha diretto rilievo al fine di ritenere erronee le conclusioni cui è pervenuta la sentenza annotata: e però non si può minimizzare la portata di quello che la Corte stessa definisce un inconveniente per il cessionario del credito, con l'argomentazione che si legge nella parte finale della motivazione.

La Cassazione asserisce che l'allungamento dei tempi della tutela del credito sarebbe contenuto, dal momento che l'eccezione di compromesso «deve necessariamente essere dedotta nel giudizio di primo grado, nel rispetto del rigido sistema di preclusioni stabilito dal codice di rito».

Se, per contro, il cessionario avesse iniziato il procedimento arbitrale, non sarebbe prospettabile, secondo la pronuncia annotata, alcun inconveniente perché il tempo e le energie perduti sarebbero imputabili alla improvvida «scelta dello stesso cessionario di introdurre la lite davanti agli arbitri - piuttosto che davanti al giu-

dice - nonostante non possa avvalersi della clausola compromissoria».

Questo *iter* argomentativo si presenta logicamente non corretto, dal momento che pretende di eliminare l'incongruenza insita nella possibilità, per il debitore ceduto, di lamentare l'inesistenza della clausola compromissoria solo dopo aver conosciuto il responso arbitrale (incongruenza che costituisce il segnale della irrazionalità della soluzione data dalla Cassazione), dando per risolta la questione che con esso si vorrebbe risolvere.

Ma poiché è ben possibile dissentire dalle conclusioni della Cassazione, così come dimostrano i precedenti giurisprudenziali contrari e come emerge dalla pressoché unanime posizione della più recente dottrina, non può essere contestato il fatto che, a voler seguire l'*iter* argomentativo della pronuncia annotata, il cessionario, nel momento in cui intende attivare la tutela del proprio credito, si trova di fronte ad una alternativa che, comunque sia sciolta, consente al debitore di innescare una manovra dilatoria: ne deriva che l'inconveniente che la Cassazione ritiene di poca rilevanza è tanto reale da divenire esso stesso il segnale della erroneità del ragionamento che conduce alla non condivisibile conclusione.

Del resto, anche a voler rimanere alla sola considerazione dell'allungamento dei tempi della lite conseguente alla possibilità per il debitore ceduto di eccepire, nella causa ordinaria, l'esistenza della clausola compromissoria, esso non è di trascurabile portata se si considera che, a fronte della eccezione del convenuto, l'attore non ha a disposizione un chiaro strumento processuale per operare una sorta di *translatio iudici* dalla sede ordinaria alla sede arbitrale, per cui, in mancanza di un accordo volto all'immediato abbandono del procedimento ordinario, potrebbe verificarsi l'ulteriore incongruenza della contestuale pendenza tra processo ordinario e arbitrale con ovvio dispendio anche di mezzi economici.

Ma ben più grave è il livello di irragionevolezza del sistema a volere avallare sino in fondo il ragionamento della Cassazione: basti pensare che nel caso di specie, il giudizio arbitrale si è svolto dall'inizio alla fine senza che l'Amministrazione debitrice abbia formulato alcuna contestazione in ordine alla possibilità per gli arbitri di decidere il merito della controversia e che si sono svolti ben tre giudizi, quello arbitrale, quello di impugnazione del lodo e quello avanti alla Corte Suprema, all'esito dei quali il creditore ha avuto conferma definitiva di avere perduto oltre cinque anni di tempo, di avere inutilmente sostenuto i costi del Collegio Arbitrale e di essere stato condannato al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte debitrice. E tutto ciò in ragione della «nullità del compromesso» che costituisce il vizio cui si riferisce il motivo di impugnazione contemplato dall'art. 829, n. 1, c.p.c.

Sennonché, nella specie nessun motivo di nullità del compromesso era stato prospettato dall'Ammini-

strazione debitrice ma esclusivamente la non estensibilità della clausola compromissoria, regolatrice dei rapporti tra essa e il creditore originario, anche alla controversia promossa dal cessionario.

Ora, se è vero che il motivo di impugnazione del lodo contemplato dall'art. 829, n. 1, c.p.c., viene comunemente inteso sino a ricomprendere i casi di inesistenza, oltre che di nullità, del patto compromissorio (21), pare ben difficile estendere il vizio anche ai casi nei quali una clausola compromissoria indubbiamente esiste anche se si pongono problemi di superamento dei relativi limiti.

Problemi che dovrebbero essere inquadrati nel distinto vizio di cui all'art. 829, n. 4, c.p.c., che fa tra l'altro riferimento al lodo che abbia pronunciato "fuori dai limiti del compromesso", facendo salva la disposizione dell'art. 817 che subordina la rilevanza del vizio alla formulazione della eccezione nel corso del procedimento arbitrale.

Non si vede la ragione per cui il riferimento al superamento dei limiti del compromesso debba essere inteso con esclusivo riguardo ai soli limiti oggettivi e non anche ai possibili limiti soggettivi.

Sol che si procedesse a questo diverso inquadramento, le conseguenze delle non condivisibili conclu-

sioni cui è pervenuta la Corte di cassazione in ordine alla non estensibilità della clausola arbitrale nei rapporti tra debitore e cessionario del credito, sarebbero meno drammatiche e meno inique: da un lato, la parte che non abbia formulato la eccezione di inammissibilità della domanda arbitrale del cessionario non potrebbe far valere il vizio per la prima volta in sede di impugnazione e, dall'altro lato, il giudice dell'impugnazione, conclusa la fase rescindente, dovrebbe procedere all'esame del merito della controversia.

Nota:

(21) Per una verifica critica in ordine alla portata di questa estensione cfr. Bove, nota a Cass. 25 gennaio 1997 n. 781, intitolata *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, 534 ss., che contesta la comune conclusione per la quale il lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio sarebbe radicalmente nullo o addirittura inesistente. Va sottolineato che il caso di specie deciso dalla Corte di cassazione con la sentenza cui si riferisce il citato scritto di Bove, presenta un indubbio punto di contatto con la vicenda di cui si è occupata la sentenza annotata: come testualmente scrive Bove «nel caso di specie, in cui le parti avevano concretamente e attivamente dato corso al processo arbitrale. Invero, sembra ragionevole ritenere che un patto compromissorio, in origine inesistente, possa perfezionarsi in un momento successivo sulla base dei comportamenti, appunto successivi, ossia durante lo svolgimento del fenomeno arbitrale, delle parti».