

# La circolazione della clausola compromissoria

di Vincenzo Mariconda

■ La sentenza della I sez. della Corte di Cassazione 14 febbraio 2007, n. 7652 ha stabilito che, nel caso di cessione d'azienda, il cessionario subentra automaticamente nella clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato dal cedente per l'esercizio dell'azienda medesima.

Può apparire strano che all'argomento della circolazione della clausola compromissoria sia dedicato un editoriale e, ancor più strano, allorché si tratti di un editoriale di una Rivista destinata alla pubblicazione delle sentenze dei Tribunali e delle Corti di merito.

In effetti, lo spunto offerto dalla richiamata sentenza della Corte di Cassazione vuole essere destinato a far emergere i paradossi insiti nel difficile rapporto tra Giudici di merito e Corte di Cassazione allorché quest'ultima non riesca ad assolvere la propria fondamentale funzione di contribuire alla certezza del diritto con la formazione di solidi e coerenti orientamenti giurisprudenziali.

■ È sotto gli occhi di tutti la situazione di gravissima crisi della Giustizia civile, che ci segnala molto negativamente, anche se non solo per questa ragione, agli altri Paesi dell'Unione: una crisi che ha ragioni endemiche e profonde e dalla quale non si uscirà se non a costo di rimettere in discussione persino i principi costituzionali. La garanzia indiscriminata e assoluta del diritto di difesa, il cui esercizio non è assoggettato a particolari prelievi fiscali o a significativi prezzi proporzionati ai costi del servizio, va forse rimessa in discussione dal momento che l'attuale sistema contrappone alle astratte enunciazioni di principio una triste realtà, nella quale l'effettivo diritto di difesa è vanificato in ragione dei tempi dell'intervento giudiziario.

Ma non è di ciò che intendo occuparmi nelle brevi osservazioni che seguono, bensì di un altro aspetto che pure va, a mio avviso, denunciato, perché finisce col divenire, al di là delle migliori intenzioni dei singoli Magistrati della Corte di Cassazione, il moltiplicatore del contenzioso e ciò dal momento che gli avvocati, ai quali il cliente chiede una prognosi sull'esito della controversia, non possono far a meno di tener conto dell'esistenza di precedenti della Corte di Cassazione ai quali affidare la buona sorte del giudizio instaurando.

Ed è così che, paradossale nel paradossale, l'arbitrato, che dovrebbe servire a decongestionare la giustizia ordinaria ed a dirimere la controversia in tempi ragionevoli (anche se con costi non trascurabili), finisce col tradire la

propria vocazione: all'esito del relativo giudizio, la parte soccombente potrà impugnare il lodo sostenendo l'inesistenza della clausola compromissoria conseguente alla sua mancata circolazione. Addirittura la Corte di merito, Giudice dell'impugnazione, non potrà neppure scendere ad esaminare la controversia, dal momento che, secondo un orientamento della stessa Corte di Cassazione, la competenza del Giudice dell'impugnazione del lodo a conoscere il merito presuppone l'esistenza negli arbitri della *potestas judicandi*, laddove, nel caso contrario di mancanza della clausola arbitrale, compito del Giudice è esclusivamente quello di eliminare dalla realtà giuridica la decisione emessa da un arbitro non investito del potere di risolvere la controversia.

■ E, allora, non può non destare apprensione il fatto che nella giurisprudenza della Cassazione relativa alla problematica della c.d. circolazione della clausola compromissoria, sono presenti, e in definitiva, si scontrano, i seguenti orientamenti che richiamo in ordine sparso, cominciando proprio da quello enunciato nella sentenza n. 7652/2007.

1) In questa sentenza, a mio avviso corretta nelle conclusioni, si asserisce che la cessione dei contratti conseguente alla cessione d'azienda, si verifica in modo automatico e, quindi, a differenza della ipotesi generale della cessione del contratto, disciplinata dall'art. 1406 c.c., prescinde del tutto dalla volontà, espressa o tacita, delle parti stipulanti e neppure richiede, per il suo perfezionamento, il consenso del contraente ceduto. Conseguentemente anche la clausola compromissoria si trasferirebbe in capo al cessionario della azienda in virtù del medesimo automatismo che è contemplato dall'art. 2558 c.c. con riferimento a tutti i contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda.

2) La più recente sentenza in materia di cessione volontaria del contratto pare essere Cass. 22 dicembre 2005 n. 28497, che esclude la circolazione della clausola compromissoria in difetto di espresso assenso del contraente ceduto: non sarebbe sufficiente l'accordo sulla cessione del contratto e ciò perché, data la autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto in cui è inserita, "la sua accettazione da parte del ceduto deve essere conforme alle regole formali che fanno conseguire una rinuncia alla giurisdizione dello Stato". Occorrerebbe pertanto una esplicita adesione alla clausola compromissoria da parte del contraente ceduto.

La sentenza non chiarisce se analoga espressa adesione debba essere data anche dal cessionario ma parrebbe che la questione dovrebbe essere risolta caso per caso: anche a questo proposito viene dato rilievo alla autonomia della clausola compromissoria, che “non comporta automaticamente la successione nella clausola compromissoria, ma non la esclude nemmeno in via di principio”.

3) Altre sentenze propongono un intreccio del problema della successione della clausola compromissoria, tra il caso della cessione del contratto e quello della cessione del credito.

Sono note le due pronunce di Cass. n. 12616 in data 17 dicembre 1998 (a Sezioni Unite dal momento che la pronuncia è stata emessa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione) e Cass. 19 settembre 2003, n. 13893 (quest'ultima pubblicata in *Corr. giur.* 2003, 1583 ss., con mia nota critica). Le due sentenze, pressoché identiche nella motivazione, partono dalla autonomia della clausola compromissoria per ricavare la conseguenza che “è dunque escluso che la cessione del contratto contenente la clausola comporti altresì, in difetto di specifico accordo tra le parti, automatica cessione della clausola stessa”; e svolgono l'argomento a *fortiori*, in virtù del quale “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”. Non dimeno il debitore non può essere privato della facoltà di invocare la clausola, con la conseguenza che la posizione del debitore e del nuovo creditore sarebbe diversa perché la circolazione della clausola avverrebbe e non avverrebbe allo stesso tempo. Il debitore potrebbe invocare la clausola mentre il cessionario non subentrerebbe nella titolarità del negozio compromissorio e non potrebbe, pertanto, avvalersi della clausola nei confronti del debitore ceduto.

4) Una sentenza del 2004 (Cass. 1 settembre 2004, n. 17531) esclude che il debitore ceduto possa invocare la clausola compromissoria. Senza neppure accennare ai precedenti contrari, questa pronuncia asserisce che se è vero che al cessionario possono opporsi tutte le eccezioni concernenti l'esistenza, la validità e l'efficacia dell'obbligazione dedotta in causa per l'adempimento, però “tra tali eccezioni non è evidentemente compresa quella, fondata sul contratto, concernente il modo stabilito in via convenzionale per la soluzione delle controversie”. Tutta la motivazione sta nell'indicato avverbio, in forza del quale la Cassazione ha dissentito, senza peraltro neppure citarli, dai propri precedenti n. 12616/1998 e n. 13893/2003.

5) Un orientamento giurisprudenziale risalente, era pervenuto alla conclusione della automatica trasmissione della clausola compromissoria al rapporto tra cessionario del credito e debitore ceduto.

In tal senso si era espressa Cass. 17 settembre 1970, n. 1525, sottolineando che “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”.

Questa sentenza era stata preceduta da altre conformi (Cass. 29 luglio 1964, n. 2161 e Cass. 16 ottobre 1953, n. 3386) ed è stata seguita da Cass. 16 febbraio 1993, n. 1930 (in *Giust. Civ.*, 1994, I, 2333), che afferma correttamente che “la cessione del contratto preliminare comporta la cessione del relativo negozio compromissorio, il quale, anche se astrattamente autonomo, è tuttavia parte integrante del primo, dando vita ad un rapporto potestativo diretto a regolare meglio l'attuazione del contratto preliminare trasferito”.

Questi gli orientamenti che è ovviamente difficile comporre ad unità perché essi sono obiettivamente, anche se spesso confusamente, contrastanti tra loro.

Poco importa che chi scrive ritiene che la soluzione corretta sia quella della automatica successione nella clausola sia del cessionario del contratto sia del cessionario del credito. Ciò che invece conta sottolineare è la incertezza del diritto che la Cassazione dimostra di inseguire con le spesso cervellotiche motivazioni mediante le quali pretende di distinguere caso da caso: e così, da ultimo, di isolare la cessione dei contratti conseguente alla cessione d'azienda, dimenticando che, se è vero che essa si verifica automaticamente, non è men vero che, a norma dell'art. 2558 c.c., comma 2, il contraente ceduto può recedere dal contratto entro tre mesi, qualora ricorra una giusta causa.

Inoltre, pare strano che l'autonomia della clausola compromissoria, a mio avviso non pertinente al problema della successione nella stessa clausola, venga valorizzata laddove vi sia comunque l'atto di assenso alla cessione del contratto, come nella fattispecie dell'art. 1406 c.c., mentre venga valutata diversamente nel caso della cessione di azienda, in cui la successione del contratto prescinde dalla necessità del consenso del contraente ceduto.

■ Formulo, in conclusione, una domanda all'esito di queste brevi e frammentarie riflessioni sull'effetto moltiplicatore del contenzioso, conseguente alla esistenza di tanti contrapposti indirizzi della Cassazione: non sarebbe auspicabile che la Cassazione, su argomenti tanto delicati quale quello della estensione della clausola compromissoria a regolare i rapporti tra contraente o debitore ceduto e cessionario del contratto o del credito, formasse un solido, razionale ed unitario indirizzo idoneo a scoraggiare l'instaurazione di controversie che si alimentano proprio a causa del frastagliato panorama che ho descritto in precedenza?

Piacerebbe sentire la risposta in una tavola rotonda alla quale partecipino i Magistrati estensori delle sentenze che ho richiamato.