

Anno XI (2021)
Gennaio – Aprile
Fascicolo 1

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO SCIENTIFICO

Enrico Al Mureden, Paola Bilancia, Vincenzo Franceschelli, Francesco Antonio Genovese, Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Daniela Memmo, Gabriele Racugno, Carlo Rimini, Laura Salvaneschi, Giuseppe Sbisà, Maria Cristina Vanz

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Maria Novella Bugetti, Juliana Cordeiro de Faria, Elena Depetris, Vincenzo De Sensi, Beatrice Ficarelli, Alessio Filippo Di Girolamo, Mariangela Ferrari, Elena Gabellini, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Michela Bailo Leucari, Andrea Lolli, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Juan Pablo Murga Fernández, Leonardo Netto Parentoni, Giacomo Pirotta, Stefano Pellegatta, Valentina Piccinini, Vincenzo Ruggiero, Tania Tomasi, Alberto Villa, Michelle Vanzetti, Diego Volpino, Martino Zulberti

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Federico Ferraris, Giusella Finocchiaro, Lucio Imberti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroni, Giacomo Pongelli, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Michelle Vanzetti, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Davide Corraro, Livia Marcinkiewicz

PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due membri del Comitato per la Valutazione Scientifica.

I contributi sono sottoposti in forma anonima al revisore, il quale entro quindici giorni comunica se il contributo è meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione o se è meritevole subordinatamente a modifiche. Nel primo caso il revisore non esprime alcuna motivazione, nel secondo fornisce le ragioni ostative alla pubblicazione, nel terzo indica le modifiche che ritiene necessarie affinché il contributo possa essere pubblicato.

In caso di parere negativo dei Revisori il contributo non verrà pubblicato.

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (XI) 2021 – N. 1 – Gennaio – Aprile

ARTICOLI

HUMBERTO THEODORO JR., <i>Estabilização da demanda e “mutatio libelli”: breve visão comparatística entre os regimes do c.p.c. brasileiro e do c.p.c. italiano</i>	3
FILIPPO MAISTO, <i>Il (potenziale) ruolo del principio di sussidiarietà nell’espansione dell’autonomia contrattuale</i>	21
LAURA BACCAGLINI, <i>La sorte dei giudizi pendenti al momento dell’apertura di una procedura di liquidazione del patrimonio</i>	40
ALESSANDRO DI MAJO, <i>Profili, ricostruttivi e sistematici, degli strumenti per la soluzione della crisi dell’impresa</i>	58
MARCO CONFORTO, <i>L’adozione della relative priority rule per la riforma del Chapter 11 statunitense: il redemption option value come valore da garantire ai residual owners</i>	73

DIBATTITI

MONIA CASTELLINI, CATERINA FERRARIO, <i>La riforma della pubblica amministrazione italiana e il risk management: riflessioni su un processo in divenire</i>	94
---	----

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

RITA MARUFFI, <i>La Corte Costituzionale e l’omessa pronuncia del giudice sulla richiesta di chiamata in causa del terzo</i>	111
SARA ORLANDO, <i>Questioni controverse in tema di impugnabilità del provvedimento sospensivo per litispendenza europea</i>	124

Sez. II – Osservatorio

Tutela monitoria e arbitrato: Tribunale di Roma, 27 gennaio 2020, n. 1695 143

MATERIALI

Sez. I – Legislazione

Decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41, *Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19*..... 147

Sez. II – Giurisprudenza

Clausola risolutiva espressa – dichiarazione della parte non inadempiente di avvalersi dell'effetto risolutivo – clausola che attribuisce ad essa efficacia di recesso – caparra confirmatoria – diritto a trattenere la caparra o esigerne il doppio – sussistenza: Tribunale di Cagliari, 19 marzo 2021, n. 969..... 147

Lodo arbitrale – impugnazione per nullità – termine annuale – decorrenza – data dell'ultima sottoscrizione: Cassazione, sez. un., 30 marzo 2021, n. 8776 147

TUTELA MONITORIA E ARBITRATO

Tribunale di Roma, 27 gennaio 2020, n. 1695 (Est. Colazingari)

Il Tribunale di Roma, con la sentenza in rassegna, ha affermato due principi in tema di rapporti tra tutela monitoria e arbitrato. Il primo: il giudice adito con le forme del procedimento per decreto ingiuntivo, pur se ritenga che il diritto azionato sia fatto oggetto di devoluzione in arbitrato, deve, sussistendo i presupposti *ex art. 633 c.p.c.*, accogliere la domanda pronunciando il provvedimento di ingiunzione, dovendo necessariamente l'eccezione di arbitrato essere fatta valere dall'ingiunto attraverso la proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo. Il secondo: alla fondatezza dell'eccezione di arbitrato riscontrata in sede di opposizione consegue necessariamente la revoca del decreto ingiuntivo, con possibilità per le parti di riassumere la causa in sede arbitrale con *translatio* della stessa.

Per quanto riguarda la prima questione la decisione si uniforma ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, il quale esclude che il giudice della fase monitoria possa rigettare la domanda ancorché emerga *ex actis* la devoluzione in arbitrato della controversia (cfr., tra le altre, Trib. Civitavecchia, 12 marzo 2020, n. 309, in *Dejure*; Trib. Treviso 3 novembre 2016, in *Pluris*; Trib. Torino 10 febbraio 2016, in *Giur. it.*, 2016, 2216, con nota di C. CONSOLO, F. GODIO, *Trattatizi orientamenti sulla sorte del d.i. opposto per clausola arbitrale (rituale)*). Al rilievo officioso sarebbe, anzitutto, ostativo il disposto dell'art. 819-ter, comma 1, c.p.c. là dove impone che l'eccezione di arbitrato sia sollevata dal convenuto nella prima difesa, con venir meno, in difetto della stessa, della competenza arbitrale in relazione alla controversia che potrà essere decisa nel merito dal giudice togato. Si è poi escluso che nella fase monitoria si sia di fronte ad una "controversia" deferibile alla decisione degli arbitri (Trib. Velletri, 24 novembre 2009, in *Corriere merito*, 2010, 832, con nota di A. PERIN, *Il procedimento di ingiunzione e l'eccezione di clausola arbitrale*). Infine, non è mancato chi ha osservato che la tutela monitoria andrebbe garantita, tenuto conto che non è possibile per gli arbitri la pronuncia di provvedimenti di ingiunzione (Cass., sez. un., 21 settembre 2018, n. 22433; Trib. Civitavecchia, 12 marzo 2020, n. 309, cit.).

La soluzione, tuttavia, è ben lungi dall'essere pacifica in dottrina.

Secondo un orientamento permarrebbe la competenza del giudice togato all'emissione del decreto ingiuntivo, ma la fase a cognizione piena, introdotta a seguito dell'opposizione, non potrebbe approdare ad una decisione sul merito, sicché il giudice dell'opposizione dovrebbe declinare la

propria *potestas iudicandi* (C. CONSOLO, F. GODIO, *Tralatizi orientamenti*, cit., 2216 ss.).

Altri negano che, a fronte della devoluzione in arbitrato il giudice della fase monitoria possa emettere l'ingiunzione di pagamento, dovendo rilevare d'ufficio la propria carenza di *potestas iudicandi* (C. MANDRIOLI – A. CARRATA, *Diritto processuale civile*, 27^a ed. III, Torino, 2019, 17; C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, 201; L. BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, cit., 896 ss.; M. ABBAMONTE, *Clausola compromissoria e tutela ingiuntiva: un rapporto controverso*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 6), pur potendo le parti far salva, nella convenzione di arbitrato, la possibilità di ricorrere al procedimento ingiuntivo, non escludendo taluno che esse possano perfino attribuire agli arbitri il potere di concedere provvedimenti monitori (S.A. VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 904 ss.; *contra*, G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in *Riv. arb.*, 2019, 443 ss.).

L'opzione per l'arbitrato preclude, a mio avviso, la possibilità di richiedere l'emissione di un decreto ingiuntivo al giudice ordinario. La scelta per l'arbitrato, difatti, opera a monte rispetto alla scelta del rito, escludendo la *potestas iudicandi* sulla controversia rientrante nel campo d'applicazione della convenzione di arbitrato a prescindere dalle forme attraverso le quali la domanda sia proposta: il ricorso al procedimento di cui agli art. 633 ss. c.p.c. presuppone che il giudice ordinario abbia *potestas iudicandi* in ordine alla stessa. Si è dunque di fronte al medesimo errore in cui, a mio avviso, incorre quella parte della giurisprudenza quando ammette che sia percorribile il procedimento di convalida di sfratto a dispetto della devoluzione in arbitrato delle controversie derivanti dal rapporto di locazione (Cass. 16 gennaio 1991, n. 387; Cass. 23 giugno 1995, n. 7127).

Né l'esclusione dell'utilizzabilità del rito monitorio, che discende dall'opzione per l'arbitrato, solleva dubbi di legittimità costituzionale (prospettati invece da C. CONSOLO, F. GODIO, *Tralatizi orientamenti*, cit., 2218). Come è stato condivisibilmente osservato, alla volontarietà della scelta per la soluzione arbitrale consegue la legittimità alla rinuncia di talune forme di tutela proprie della giurisdizione statale, tenutosi conto, d'altronde, che la tutela monitoria non gode di copertura costituzionale (G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in *Riv. arb.*, 2019, 448). Ciò che il ricorso all'arbitrato non potrà precludere non è l'utilizzo dei procedimenti speciali, alternativi al giudizio ordinario di cognizione, ma il solo accesso alla tutela cautelare: e ciò è garantito dall'art. 669-*quinquies* c.p.c.

Sulla base di queste premesse il problema diviene quello di stabilire il regime di rilevanza dell'incompetenza del giudice a favore dell'arbitro, tenutosi conto che l'art. 819-*ter*, comma 1, c.p.c. sancisce, nei giudizi a

contraddittorio pieno, la necessità di eccezione di parte. In modo analogo l'art. 38 c.p.c. richiede l'eccezione di parte per il rilievo del difetto di competenza territoriale semplice e ciò aveva portato la giurisprudenza ad esprimersi per lungo tempo nel senso che, nella fase *inaudita altera parte*, non fosse possibile per il giudice il rilievo officioso, sicché l'eccezione di competenza era riservata alla successiva ed eventuale opposizione. Tuttavia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 410 del 2005 ha stabilito, con pronuncia interpretativa di rigetto, il principio per il quale anche l'incompetenza territoriale semplice può essere rilevata d'ufficio dal giudice della prima fase del procedimento per decreto ingiuntivo.

Il Giudice delle leggi ha valorizzato, in questa pronuncia, l'esigenza di «non imporre all'ingiunto una onerosa costituzione in giudizio solo per far valere la violazione di norme attinenti all'individuazione del giudice» e le medesime ragioni possono essere richiamate per la soluzione del problema in esame. Dunque, o si respinge, a monte, l'idea per la quale l'eccezione di incompetenza territoriale semplice può essere rilevata d'ufficio dal giudice della fase senza contraddittorio oppure, se la si ammette, ad una analoga conclusione non si può non approdare a fronte della carenza di *potestas iudicandi* per devoluzione della controversia in arbitrato (E.F. RICCI, *I poteri del giudice adito con ricorso per decreto ingiuntivo secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1477). Soluzione, quest'ultima, che mi pare rafforzata in ragione del fatto che i confini tra difetto di competenza e carenza di *potestas iudicandi* del giudice per devoluzione in arbitrato della controversia si sono sempre più assottigliati, se si tiene conto, per un verso, della impugnabilità, prevista dall'art. 819-ter, comma 1, c.p.c. con il regolamento di competenza della sentenza con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato e, per altro verso, della piena applicabilità, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale n. 233/13, dell'istituto della *translatio* nei rapporti tra arbitro e giudice.

È proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto che la pronuncia qui in rassegna appare d'interesse, là dove afferma che a seguito dell'accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo sulla base della eccezione di arbitrato, la causa può proseguire, previa riassunzione, davanti agli arbitri. L'assunto, difatti, non è pacifico essendo stato sostenuto da altro orientamento che il giudice dell'opposizione si dovrebbe limitare a definire l'opposizione declinando la propria *potestas iudicandi* e revocando il decreto ingiuntivo (Trib. Pordenone 16 maggio 2017, in *Pluris*). Nella medesima prospettiva si è altresì soggiunto che «se si nega che gli aderenti a un accordo compromissorio possano beneficiare della tutela monitoria erogata dall'a.g.o., deve poi parimenti e logicamente escludersi che l'opposizione a

decreto ingiuntivo con la quale si deduca la violazione di tale limite possa avere un esito diverso dalla mera *absolutio ab instantia*» (G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in *Riv. arb.*, 2019, 452).

L'opinione non pare condivisibile.

Va infatti preferita la tesi opposta (Trib. Milano, 18 maggio 2018, n. 5650, in *Dejure*; Trib. Torino, 10 febbraio 2016, cit.; Trib. Treviso 3 novembre 2016, in *Dejure*; Trib. Modena, 11 giugno 2013, n. 945; in dottrina, v. C. CONSOLO, F. GODIO, *Tralazioni orientamenti*, cit., 2218; M. ABBAMONTE, *Clausola compromissoria e tutela ingiuntiva: un rapporto controverso*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 7), alla quale la sentenza in rassegna mostra di uniformarsi. Ciò in quanto è principio acquisito che l'opposizione a decreto ingiuntivo non ha ad oggetto la validità del decreto ingiuntivo, ma il diritto azionato dal creditore con ricorso per decreto ingiuntivo. La notifica del ricorso e del decreto ingiunzione porta con sé tutti gli effetti sostanziali e processuali della domanda, dei quali va garantita la salvezza al pari dell'ipotesi in cui la domanda fosse stata introdotta con le forme ordinarie.

Non vedo dunque ragione alcuna per escludere che la causa, una volta approdata alla fase a contraddittorio pieno, prosegua in sede arbitrale, previa revoca del decreto ingiuntivo, che peraltro, secondo l'opinione a nostro avviso preferibile, neppure avrebbe dovuto essere pronunciato.

ELENA MARINUCCI