



R.G. 55246/2019



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
QUARTA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice Alessandro Petrucci
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **55246/2019** promossa da:

OLIVA COSTRUZIONI E SERVIZI SRL (C.F. 07668340636), con il patrocinio dell'avv.
GAGLIARDI FABIO e , elettivamente domiciliato in VIA D'ISERNIA, 16 80132 NAPOLI presso il
difensore avv. GAGLIARDI FABIO

ATTORE

contro

VITALI S.P.A. (C.F. 01948410160), con il patrocinio dell'avv. PERROTTA TIZIANA e
elettivamente domiciliato in VIA VITTORIO GASSMAN, 3 20128 MILANO presso il difensore avv.
PERROTTA TIZIANA

CONVENUTO

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da note scritte depositate telematicamente all'udienza di precisazione
delle conclusioni celebrata mediante trattazione scritta ex art. 221 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

La OLIVA COSTRUZIONI & SERVIZI s.r.l. ha proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo
n.19427/2019 emesso dal Tribunale di Milano il 10 settembre 2019 con il quale gli si ingiungeva di
pagare la somma di €27.327,00, oltre interessi e spese, in favore della VITALI s.p.a. quale residuo
corrispettivo delle prestazioni di fornitura di materiale. Ha, quindi, rassegnato le seguenti conclusioni:

- 1) in via preliminare, letta la clausola compromissoria richiamata in premessa, ritenere la
competenza degli arbitri alla cognizione della presente controversia e per l'effetto revocare il



decreto ingiuntivo opposto n.19427/19 con ogni consequenziale provvedimento di legge; per la sola ipotesi di mancato ingresso della eccezione che precede:

- 2) accertare la imperfetta esecuzione da parte della Vitali delle obbligazioni assunte e per l'effetto dichiarare il decreto ingiuntivo n.19427/19 nullo, invalido o comunque inefficace nei confronti di essa opponente per le ragioni sopra indicate e rigettare comunque qualsivoglia pretesa avanzata dalla Vitali S.p.A. nei confronti della Oliva Costruzioni & Servizi S.r.l. perché infondata in fatto ed in diritto;
- 3) in via riconvenzionale, condannare la Vitali S.p.A. al risarcimento in favore della Oliva Costruzioni & Servizi S.r.l. dei danni, di qualunque natura e genere, dalla stessa subito per le ragioni esposte e nella misura che sarà esattamente indicata in corso di causa oltre IVA se dovuta, rivalutazione ed interessi come per legge.

Si è costituita nella presente fase la VITALI s.p.a. eccependo:

In via preliminare:

- accertare e dichiarare l'infondatezza dell'avversa eccezione di incompetenza del Tribunale di Milano, per essere competenti gli arbitri a conoscere della presente controversia, e, per l'effetto, rigettarla con ogni consequenziale pronuncia;
- accertare e dichiarare l'inammissibilità delle domande avversarie per genericità del *petitum* e della *causa petendi*, con ogni consequenziale pronuncia;
- accertare e dichiarare l'intervenuta decadenza della società Oliva Costruzioni & Servizi s.r.l. dalla garanzia per i vizi della merce venduta ex art. 1495 c.c., con ogni consequenziale pronuncia;
- in caso di ritenuta ammissibilità delle domande e delle eccezioni avversarie e del presente giudizio, autorizzare la provvisoria esecuzione del decreto opposto, ex art. 648 c.p.c., non essendo l'opposizione fondata su prova scritta e di pronta soluzione.

Nel merito:

Ferme le eccezioni di inammissibilità delle domande avversarie per genericità del *petitum* e della causa *petendi* e di intervenuta decadenza della società Oliva Costruzioni & Servizi s.r.l. dalla garanzia per i vizi della merce venduta ex art. 1495 c.c. e relativamente alle domande ed alle eccezioni il cui esame il Tribunale ritenga possa trovare ingresso nel giudizio a fronte delle suddette eccezioni preliminari:

- rigettare le avverse domande ed eccezioni, siccome inammissibili e/o prive di fondamento in fatto ed in diritto e, comunque, non provate e confermare il decreto ingiuntivo opposto.
- Accertare e dichiarare che la società Vitali s.p.a. ha regolarmente eseguito le prestazioni di fornitura di cui alle fatture n. 2257 del 31.08.18, n. 2521 del 30.09.18, n. 2820 del 31.10.18, n. 3065 del 30.11.18, n. 3367 del 31.12.18.
- condannare la società Oliva Costruzioni & Servizi s.r.l. a pagare alla società Vitali s.p.a. il residuo corrispettivo dovute per le prestazioni di fornitura svolte nel suo interesse e su suo incarico e di cui alle fatture n. 2257 del 31.08.18, su cui sono dovuti residui euro 5.499,59, che avrebbero dovuto essere pagati entro il 30.11.18, n. 2521 del 30.09.18 di euro 10.295,24, che avrebbero dovuto essere pagati per il 50% entro il 30.11.18 e per il 50% entro il 31.12.18, n. 2820 del 31.10.18 di euro 6.576,52, che avrebbero dovuto essere pagati per il 50% entro il 31.12.18 e per il 50% entro il 31.01.19, n. 3065 del 30.11.18 di euro 4.418,89, che avrebbero dovuto essere pagati per il 50% entro il 31.01.19 e per il 50% entro il 28.02.19, n. 3367 del 31.12.18 di euro 536,76, che avrebbero dovuto essere pagati per il 50% entro il 28.02.19 e per il





50% entro il 31.03.19, in misura pari complessivamente ad euro 27.327,00, o nella diversa misura che sarà accertata come dovuta in corso di causa o, comunque, ritenuta di giustizia, oltre interessi di mora dal dovuto al saldo;

- in subordine, per l'ipotesi non creduta di accoglimento – anche solo parziale – delle eccezioni e domande avversarie, disporre la compensazione parziale tra il credito della società Vitali s.p.a. e quanto fosse eventualmente riconosciuto come di spettanza dell'Opponente, sino a concorrenza delle somme di pari ammontare, condannando la società Oliva Costruzioni & Servizi s.r.l. a rimettere alla società Vitali s.p.a. l'eccedenza dovutale con gli interessi di mora.

Il g.i. – vista la sopraggiunta emergenza sanitaria – ha disposto che la prima udienza di comparizione fosse celebrata mediante trattazione scritta ex art. 83 comma settimo lett h) del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 assegnando alle parti i relativi termini. Con ordinanza del 27 maggio 2020 ha riservato la merito la decisione sull'eccezione di incompetenza, concesso la provvisoria esecutorietà al decreto ingiuntivo per i motivi ivi indicati e i termini ex 183 comma sesto c.p.c.. La indicata successiva udienza del 3 novembre 2021 è stata revocata e il g.i. con la stessa ordinanza del 20 ottobre 2020 ha

- ritenuto inammissibili i capitoli di prova orale dedotti dall'opponente nella seconda memoria ex art. 183 comma sesto c.p.c. poiché aventi ad oggetto circostanze genericamente formulate (cap, 1,2 documentale, 6 oltre che documentale, 9 e irrilevante, 10), documentali o da provarsi documentalmente (cap. 3, 4 e avente portata contra sé, 5 oltre che generica, 7, 8 e pacifica, 11 e generico);
- ritenuto inammissibili i capitoli di prova orale dedotti dall'opposta nella seconda memoria ex art. 183 comma sesto c.p.c. poiché aventi ad oggetto circostanze documentali o da provarsi documentalmente (cap. 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10, 11, 14,15,16, 18,19,21 oltre che narrativo, 32,33,34) genericamente formulate (cap, 12, 13 in parte negativi e non contestati, 20, 28 in quanto narrativo, 30), irrilevanti e/o superflue ai fini della decisione (cap. 17 visti i criteri di riparto dell'onere della prova, oltre che non contestato, 22, 23,24, 25,26,27 visto l'art. 2697 c.c.), non contestato (cap. 29), valutativa (31 ed in parte documentale);
- ritenuta la superfluità di un accertamento tecnico vista l'immutazione irreversibile (per altro in commistione con altri materiali) del calcestruzzo per cui è causa oltre che per l'irrelevanza degli altri temi di indagini segnalati dalle parti ai fini della decisione o attinenti a fatti il cui onere della prova deve essere soddisfatto dalla parte che li allegghi senza alcuna necessità di un'indagine percipiente;
- ritenuta, infine, la superfluità dell'istanza di ordine di esibizione formulata dall'opposta nella propria seconda memoria;
- rinviato la causa all'udienza del 10 giugno 2021 per la precisazione delle conclusioni.

L'udienza si è celebrata mediante il deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni ex art. 221 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34.

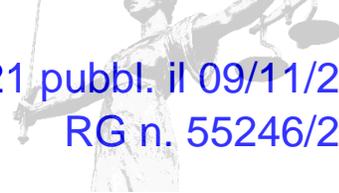
L'opposizione è fondata e va accolta.

L'eccezione di difetto di competenza in favore dell'arbitro è fondata.

La difesa opponente ha reiterato in sede di precisazione delle conclusioni l'eccezione di incompetenza del giudice ordinario in favore dell'arbitro così come si evincerebbe dall'art. 35 del contratto.

Con la introduzione dell'art. 819 ter c.p.c., per effetto dell'art. 22 del Dlgs n. 40/2006 il Legislatore si è decisamente orientato a regolare i rapporti tra il procedimento arbitrale ed il processo ordinario in





termini di "competenza" (*infra* Cass. SS.UU., 26 ottobre 2020, n. 23418). Dall'esame della disciplina complessivamente ricavabile dalla legge 5 gennaio 1994, n. 25 e dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, emerge che alla attività svolta dagli "arbitri rituali" viene riconosciuta natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario. L'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie» e ha affermato che il giudizio degli arbitri «è *potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione*» (sentenza n. 376 del 2001). Pertanto, nell'ambito di un ordinamento che riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione (ove assunta nel rispetto delle norme del codice di procedura civile) ha l'efficacia propria delle sentenze dei giudici, l'errore compiuto dall'attore nell'individuare come competente il giudice piuttosto che l'arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere, dall'organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite.", sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione (Corte Cost. 19 luglio 2013 n. 223; Cass. SS.UU., Ord. 20 gennaio 2014, n. 1005; Cass. SS.UU., Ord. 25 ottobre 2013, n. 24153).

La costruzione della "questione di competenza arbitrale" come eccezione in senso stretto, rimessa alla iniziativa esclusiva della parte che intende avvalersi della clausola compromissoria e da formulare nei termini di decadenza previsti per le eccezioni processuali non rilevabili "ex officio" (artt. 38, comma 1, 167, comma 2, e 819 ter, comma 1, ultima parte c.p.c. (*infra* Cass. VI-III., Ord. 25 ottobre 2017, n. 25254; Cass. I, 21 gennaio 2016, n. 1097; Cass. I, VI-I, Ord. 6 novembre 2015, n. 22748), Ne segue che il potere-dovere del giudice di dover decidere preliminarmente sulla persistente eccezione riproposta dalla opponente.

Preliminarmente è necessario accertare la prevalenza cronologica e, quindi, l'efficacia della clausola compromissoria di cui al citato art. 35 delle "condizioni generali di vendita" confezionate dalla VITALI s.p.a. (doc. 2 fasc. OLIVA; doc. D fasc. VITALI).

Orbene non persuade il ragionamento esposto dalla VITALI s.p.a. tanto in comparsa di costituzione e risposta quanto in comparsa conclusionale (in modo più diffuso) circa l'integrazione e composizione della volontà negoziale data dall'unione dei vari testi prodotti in giudizio dalle parti. Da qui si dovrebbe dedurre che le parti abbandonarono l'accordo iniziale sulla clausola compromissoria accettata dall'opponente il 12 aprile 2018 (fatto incontestato) assieme alle altre citate condizioni di vendita predisposte dalla stessa opposta. Esso sarebbe stato superato da intese ed accordi successivi sublimati dall'accettazione della proposta contrattuale e delle ivi accluse condizioni generali di contratto, predisposte dalla OLIVA COSTRUZIONI & SERVIZI s.r.l., e accettate da parte della VITALI s.p.a. sottoscrivendo il relativo documento e trasmettendolo alla opponente il 3 agosto 2018 (*infra* doc. F fasc. VITALI).

Partendo dalla fine si palesa l'infondatezza manifesta dell'assunto. La comunicazione trasmessa via e-mail il 3 agosto 2018 recante l'allegato contratto sottoscritto non rappresenta certo il *tempus* nel quale l'oblata ha manifestato la propria accettazione della proposta altrui comprensiva della clausola n. 12 sul Foro competente di Milano. In disparte la qualità dei soggetti trasmettenti e riceventi il messaggio, non si può in alcun modo ricondurre quel momento (la ricezione del messaggio da parte della opponente) quale momento perfezionativo del contratto per due ovvie ragioni:



1. la trasmissione è il mero riflesso della richiesta di un incaricato della OLIVA COSTRUZIONI & SERVIZI s.r.l. dell'invio di una copia dell'ordine a cui si riferiva un d.d.t.. inerente la fattura n. 1736 del 30 giugno 2018). Come si evince meglio di seguito leggendo la corrispondenza a ritroso dal "basso verso l'alto" del documento qui di seguito riportato:

Giuseppe Ecora

ven 03/08/2018 09:37

A: Logistica Oliva Costruzioni <logistica@olivacostruzioni.com>

1 allegati (341 KB)

20180803093529.pdf,

a lei.

Le chiedo la valuta per il saldo della scadenza del 31/7.

Saluti,

Giuseppe Ecora

Vitali Spa

Via Lombardia 2/a

20068 Peschiera Borromeo (MI)

Tel. +39 02 74281998

www.vitalispa.it

Da: Logistica Oliva Costruzioni <logistica@olivacostruzioni.com>

Inviato: venerdì 20 luglio 2018 10:28

A: Giuseppe Ecora

Oggetto: R: Richiesta d.d.t. fattura 1736 del 30/06/18

Sì, quello a cui fa riferimento il d.d.t.

Grazie

Da: Giuseppe Ecora <giuseppecora@vitalispa.it>

Inviato: venerdì 20 luglio 2018 10:27

A: Logistica Oliva Costruzioni <logistica@olivacostruzioni.com>

Oggetto: Re: Richiesta d.d.t. fattura 1736 del 30/06/18

Buongiorno,
quale ordine? Intende quello iniziale?

Da: Logistica Oliva Costruzioni <logistica@olivacostruzioni.com>

Inviato: venerdì 20 luglio 2018 10:13

A: Giuseppe Ecora

Oggetto: R: Richiesta d.d.t. fattura 1736 del 30/06/18

Buongiorno,

cortesemente anche copia dell'ordine.

Grazie

Saluti

p.1 doc. F cit.).

2. la contraddittorietà della conclusione di un contratto in via "documentale", ovvero attraverso l'espressione cartolare della dichiarazione pre- negoziale, mesi dopo la sua esecuzione atteso che la consegna di una parte del calcestruzzo e l'emissione delle conseguenti fatture era già avvenuta. Si invererebbe in un atto giuridicamente assurdo o mera ripetizione contrattuale di





una volontà, *in thesi*, già dipanatasi mediante la esecuzione della prestazione: individuazione della merce (cose fungibili), rimessa al vettore e consegna (la stessa parte opposta discorre di consegna a partire dal 24 maggio 2018).

In definitiva non può certo affermarsi che l'accettazione di quelle clausole contrattuali nonché dell'art. 12 sul foro competente, privo di clausola compromissoria, sia intervenuto in quel momento. Non esiste una prova documentale né è stata dedotta una qualche forma di prova costituenda inerente il momento nel quale il legale rappresentante della opposta ebbe a sottoscrivere la proposta della OLIVA COSTRUZIONI & SERVIZI s.r.l..

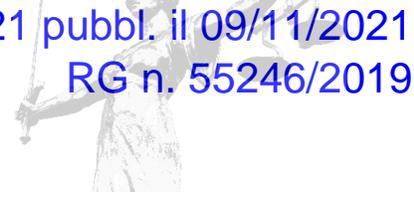
D'altro canto il testo contrattuale ancora privo di sottoscrizione e recante il n. 1777/181/17 sarebbe stato ricevuto dalla VITALI s.p.a. 21-26 marzo 2018 cosicché appare "arduo" desumere che poi non fosse stato accettato anche ex art. 1327 c.c. visto il contegno successivo della opposta. L'attesa di 5 mesi prima dell'accettazione "formale" delle clausole ivi presenti non appare sostenibile. Si deve considerare, peraltro, le imprecisioni numeriche e di date che riportano gli stessi documenti confezionati dalle parti e oggetto di reciproca trasmissione. La "bozza" di contratto prodotta dalla VITALI s.p.a. (cit. doc. E fasc. VITALI) reca nelle prime due pp. il n. di prot. 1777/181/17, alle pp. 3-4 il n. di prot. 1755/176/17, infine, alle pp. 5-6- di nuovo il n. di prot. 1777/181/17. Allo stesso modo le date riportate contengono, nell'ordine citato, una chiara disfasia temporale poiché si passa dal 26 marzo 2018 al 21 marzo 2018 e poi, di nuovo al 26 marzo 2018. Allo stesso modo il documento pre-negoziale prodotto dalla OLIVA COSTRUZIONI & SERVIZI s.r.l. (doc. 1 fasc. OLIVA).

Quello che la parte opposta definisce integrazione contrattuale può predicarsi nell'ambito del contenuto economico-giuridico della compravendita ma non nelle sue condizioni "normative" generali che il criterio cronologico nella *consecutio* di dichiarazioni negoziali fa desumere. Quello che conta ai fini della decisione sull'eccezione è l'applicabilità al rapporto insorto *inter partes* delle sole condizioni generali di contratto predisposte dalla VITALI s.p.a. e la cui accettazione da parte della OLIVA COSTRUZIONI & SERVIZI s.r.l. è temporalmente riconducibile al 12 aprile 2018. Si tratta di un fatto incontestato nella sua storicità dalla opposta. Fatto dal quale desumere ulteriormente che la conoscenza dell'accettazione da parte della proponente sia stata coeva o, addirittura, successiva con un'ulteriore postergazione del termine di perfezionamento ed efficacia delle stesse. In termini astratti, infatti, è inutile andare ad indagare la volontà negoziale "complessiva" su tutti gli elementi del contratto. Ciò che conta è la sola prova della posteriorità negoziale di tutte le condizioni proposte nella c.d. offerta n. 174-2018 e accettate dalla OLIVA COSTRUZIONI & SERVIZI s.r.l. il 12 aprile 2018.

Tra queste la clausola compromissoria di cui all'art. 35. Va ricordato, infatti, che con riguardo al compromesso ed alla clausola compromissoria, il requisito della forma scritta "*ad substantiam*" (artt. 807 e 808 cod. proc. civ.) non richiede che la volontà negoziale sia espressa con un unico documento che rechi la sottoscrizione dell'una o dell'altra parte, ma deve ritenersi osservato anche quando la seconda sottoscrizione sia contenuta in un documento separato, purché inscindibilmente collegato al primo (infra Cass. I, 4 maggio 1995 n. 4856). In questi termini il fatto che vi possano essere degli accordi o integrazioni – anche orali – rispetto alle condizioni economiche o di consegna del contratto fra le parti non scalfisce la circostanza che la clausola compromissoria del 12 aprile 2018 non sia stata superata da alcun altro atto scritto negoziale modificativo o estintivo della medesima. Non ve n'è la prova come ampiamente spiegato *ut supra*. La c.d. lettura complessiva del contratto non elide la peculiarità e singolarità della detta clausola che non può che essere modificata od espunta espressamente.

L'opposta, infatti, fa sovente riferimento al n. di prot. 1777/181/17 che è indicato anche nelle missive stragiudiziali ad individuazione del contratto. Come detto, tuttavia, anche tale riferimento risulta





equivoco rispetto alla espressa volontà negoziale compromissoria emersa cartolarmente e che non è stata smentita successivamente.

Chiarito ciò occorre passare alla interpretazione della clausola compromissoria. Se ne riporta il testo:”
Tutte le controversie derivanti dal presente contratto o in relazione allo stesso saranno risolte mediante arbitrato secondo il regolamento della camera arbitrale di Milano, da un arbitro unico, nominato in conformità a tale regolamento. L’arbitrato sarà rituale e secondo diritto. Tuttavia, quando ricorrono i presupposti ex artt. 633 e seguenti c.p.c., pur in presenza della clausola compromissoria, le Parti possono decidere di ricorrere al Giudice ordinario, la cui competenza a pronunciare un’ingiunzione di pagamento o di consegna non è dunque esclusa. In tal caso il foro competente in via esclusiva è quello di Milano”.

Ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti, il principale strumento è rappresentato dal senso letterale delle parole e delle espressioni utilizzate nel contratto; il rilievo da assegnare alla formulazione letterale dev'essere verificato alla luce dell'intero contesto contrattuale, e le singole clausole vanno considerate in correlazione tra loro, dovendo procedersi al loro coordinamento a norma dell'art. 1363 cod. civ., e dovendosi intendere per "senso letterale delle parole" tutta la formulazione letterale della dichiarazione negoziale, in ogni sua parte ed in ogni parola che la compone, e non già in una parte soltanto, quale una singola clausola di un contratto composto di più clausole, dovendo il giudice collegare e raffrontare tra loro frasi e parole al fine di chiarirne il significato (Cass. VI-I, Ord. 30 settembre 2015, n. 19546; Cass. 4176/07 v. anche *ex plurimis* Cass 18180/07).

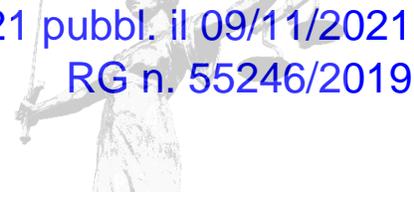
La scansione della clausola appare abbastanza lineare e netta nell’individuare il suo ambito di efficacia e, quindi, la competenza residua attribuita dalle parti al giudice ordinario. Tutte le controversie vengono devolute in arbitrato salvo la sola “residua” competenza del Tribunale (individuato peraltro nel Foro in intestazione) a “*pronunciare un’ingiunzione di pagamento o di consegna*”. Eventualità che “*non è dunque esclusa*”. L’interpretazione sistematica ed “interna” delle due clausole rilevanti:

- “*quando ricorrono i presupposti ex artt. 633 e seguenti c.p.c., pur in presenza della clausola compromissoria, le Parti possono decidere di ricorrere al Giudice ordinario*”;
- “*la cui competenza a pronunciare un’ingiunzione di pagamento o di consegna non è dunque esclusa*”;

depongono per la sola limitazione al procedimento ingiuntivo della competenza del Tribunale. L’espresso riferimento ai soli “due” provvedimenti che il Tribunale è competente ad emettere rappresenta una cesura ad ogni altra possibile interpretazione. Sotto questo profilo appare persuasiva e convincente l’ermeneusi offerta dalla parte opponente. La fase, eventuale, di opposizione al decreto ingiuntivo quale prosecuzione a cognizione piena della domanda introdotta in via monitoria non può rientrare nella portata contrattuale della clausola circoscritta in chiave di deroga unicamente alla fase sommaria.

Dopotutto la clausola compromissoria deve, in mancanza di espressa volontà contraria, essere interpretata nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte le controversie che si riferiscono a pretese aventi la loro “*causa petendi*” nel contratto medesimo (Cass. I, Ord. 8 febbraio 2019, n. 3795; Cass. I, 2 febbraio 2001, n. 1496). E qui la volontà contraria è chiara: procedimento ingiuntivo esercitabile (in via ordinaria naturalmente) e devoluzione totale all’arbitrato di tutte le controversie “*derivanti dal presente contratto o in relazione allo stesso*”. Ne segue che il processo ordinario a cognizione piena instaurato a seguito dell’opposizione – ove venga sollevata l’eccezione di incompetenza- deve arrestarsi in quanto espressione della *potestas iudicandi* ordinaria del Tribunale che le parti hanno voluto riservare all’arbitrato.





Tale esegesi appare in sintonia, peraltro, proprio con l'orientamento dominante in sede di legittimità in materia anche quando non si sia una clausola eccezzuativa espressa come quella dedotta fra le parti. Se è vero che il giudice ordinario è sempre competente ad emettere il decreto ingiuntivo nonostante l'esistenza di una clausola compromissoria prevista nel contratto dal quale abbia origine il rapporto creditorio dedotto in giudizio, tuttavia, quando sia stata proposta opposizione al decreto ingiuntivo si instaura il normale procedimento di cognizione e, se il debitore eccepisce la competenza arbitrale, si verificano, a seguito della contestazione, i presupposti fissati nel compromesso e, conseguentemente, viene a cessare la competenza del giudice precedentemente adito, il quale deve revocare il decreto ingiuntivo e rinviare le parti davanti al collegio arbitrale ovvero all'arbitro unico, secondo i casi (Cass. VI-II, Ord. 24 settembre 2021, n. 25939; Cass. n. 365/1983; n. 1852/1976; n. 5265/2011).

Ad una diversa interpretazione non si può sfuggire (tenendo conto della chiarezza letterale) anche utilizzando dei criteri ausiliari di interpretazione come quella *contra proferentem* di cui all'art. 1370 c.c.. L'interpretazione contro l'autore della clausola alla quale l'altra parte abbia prestato adesione, non occorre che lo schema negoziale sia preconstituito ma occorre che le condizioni generali siano determinate, mediante appositi strumenti (moduli o formulari), in vista del loro uso per una serie indefinita di rapporti (C. 8411/2003). Il fondamento della norma si rinviene nella circostanza che chi ha predisposto la clausola ha l'onere di evitare ambiguità nel testo del contratto, di parlare chiaro, e, se non lo fa, deve ritenersi che alla clausola si è voluto dare l'altro significato.

Qualora ci fosse stato (ma non è) un dubbio esegetico sulla portata del richiamo al procedimento di cui agli artt. 633 e ss. c.p.c. esso sarebbe stato risolto a favore della opponente in quanto la clausola era stata predisposta direttamente dall'opposta.

In definitiva va dichiarata l'incompetenza del giudice ordinario in favore dell'arbitro come indicato nella clausola compromissoria e, pertanto, il decreto ingiuntivo n.19427/2019 emesso dal Tribunale di Milano il 10 settembre 2019 va revocato.

La sorte delle somme corrisposte dalla in esito alla concessione della provvisoria esecutorietà OLIVA COSTRUZIONI & SERVIZI s.r.l..

La stessa parte opposta ha prodotto la prova del ricevimento delle somme recate dal titolo monitorio oggi revocato (doc. L). *Nulla quaestio* in astratto sulla prova del pagamento e sull'insorgenza *de iure* del diritto alla restituzione.

Purtuttavia il Tribunale in questa sede non può veicolare tale diritto in un capo condannatorio restitutorio semplicemente perché la difesa della OLIVA COSTRUZIONI & SERVIZI s.r.l. ha omesso di formulare la relativa domanda all'udienza di precisazione delle conclusioni. Se ne richiama il relativo "*petitum*": *in via preliminare, letto l'art.35 delle condizioni contrattuali poste dalla Vitali, ritenere la competenza degli arbitri alla cognizione della presente controversia e per l'effetto revocare il decreto ingiuntivo opposto n.19427/19 con ogni consequenziale provvedimento di legge*"; Uguale alla citazione quando ancora non era stata autorizzata la provvisoria esecutorietà del decreto e disposto il pagamento.

Ne segue l'impossibilità di una interpretazione additiva dei *petita* rassegnati all'udienza di precisazione delle conclusioni.

Costituisce *ius receptum* il principio secondo cui "la richiesta di restituzione delle somme corrisposte in virtù della provvisoria esecuzione concessa ad un decreto ingiuntivo opposto, essendo conseguente alla richiesta di revoca del provvedimento monitorio, non altera i termini della controversia e, perciò, non costituendo domanda nuova, è ammissibile fino all'udienza di precisazione delle conclusioni innanzi al giudice dell'opposizione" (infra Cass. VI-II, Ord. 21 luglio 2020, n. 15457; Cass. III, 20 gennaio 2015, n. 814; Cass. 9475/2004).





Una richiesta ci deve pur essere e tale non può certo definirsi quella contenuta nella sola comparsa conclusionale (p. 18) quale, questa sì, vera e propria domanda nuova non consentita in tale sede. Val la pena ricordare che l'art 190, secondo comma, cod. proc. civ., prescrivendo che le comparse conclusionali devono contenere le sole conclusioni già fissate dinanzi all'istruttore e il compiuto svolgimento delle ragioni di fatto e di diritto su cui esse si fondano, mira giustappunto ad assicurare che non sia alterato, nella fase decisionale del procedimento, in pregiudizio dei diritti di difesa della controparte, l'ambito obiettivo della controversia, quale precipitato della fase anteriore (*infra* Cass. I, Ord. 2 maggio 2019, n. 11547). Il Tribunale deve tenere conto dei limiti oggettivi della domanda, quali risultano non soltanto dal contenuto dell'atto introduttivo del giudizio, ma anche dalle conclusioni definitive precisate dopo la chiusura dell'istruzione, poste in relazione con la citazione e con le eventuali modifiche e trasformazioni delle conclusioni originarie, mentre non può desumere il concreto contenuto della domanda giudiziale dalla comparsa conclusionale la quale, ai sensi dell'art. 190 c.p.c., ha un carattere meramente illustrativo delle conclusioni già fissate davanti all'istruttore (*infra* Cass. II, 25 febbraio 2019 n. 5402).

La domanda formulata in sede di comparsa conclusionale è tardiva e quindi inammissibile.

Le spese di lite seguono la soccombenza determinata dall'accoglimento di una questione pregiudiziale di rito sollevata dall'opponente dalla quale inferire la sua causalità in capo all'opposta. Notificata la citazione in opposizione l'opposta avrebbe dovuto aderire all'eccezione di arbitrato paralizzando immediatamente il processo. Così non è stato e le relative spese derivatene in capo alla OLIVA COSTRUZIONI & SERVIZI s.r.l. non possono che esser poste a carico della VITALI s.p.a..

Esse vanno liquidate tenendo conto del *petitum* azionato in via creditoria in € 518,00 per anticipazioni non imponibili, € 7.254,00 per compensi, oltre spese generali al 15%, I.V.A., se dovuta, e C.P.A.

P.Q.M.

il Tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni domanda o eccezione avversa

- in accoglimento dell'eccezione di incompetenza arbitrale, **revoca** decreto ingiuntivo n.19427/2019 emesso dal Tribunale di Milano il 10 settembre 2019;
- **condanna** la VITALI s.p.a. a rifondere le spese legali sostenute dalla OLIVA COSTRUZIONI & SERVIZI s.r.l. che si liquidano in € 518,00 per anticipazioni non imponibili, € 7.254,00 per compensi, oltre spese generali al 15%, I.V.A., se dovuta, e C.P.A..

Milano, 4 novembre 2021

Il Giudice
Alessandro Petrucci

