

LODO ARBITRALE R.L. n. 9 del 2020 depositato il 28 luglio 2020.

R.G.A. n. 2 del 2019: Comune di Orbetello c/S.A.P. S.r.l.

Presidente Prof. Avv. Criscuolo, Arbitri: Prof. Avv. Vettori, Avv. Pieretti

Per Comune di Orbetello: Avv. Gulina

Per S.A.P. S.r.l.: Avv. Marcoccia

#### Ammissibilità dei mezzi istruttori nel giudizio arbitrale

##### Art. 244 c.p.c.

Nel caso in cui, una parte del giudizio arbitrale contesti l'ammissione alla deposizione perché il teste è portatore di un interesse personale, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il giudizio sulla capacità del teste deve essere effettuato con riferimento al momento in cui la deposizione viene resa. L'interesse che determina l'incapacità a testimoniare deve avere carattere giuridico, personale, concreto e attuale, per tale dovendosi intendere l'interesse a proporre la domanda o a contraddirvi. Per poter effettuare una tale valutazione non è sufficiente affermare genericamente che il teste abbia un interesse, è, al contrario, necessario indicare quale sia l'interesse che, in concreto, esponga il teste al divieto.

(Nel caso di specie, è emerso che dalle illustrazioni formulate dalla parte convenuta non si è evinto il contenuto specifico e giuridico dell'eventuale interesse, in funzione dell'esito della lite, in capo al teste. Inoltre, non può ricavarsi un impedimento dal fatto che il teste sia stato assessore del Comune all'epoca dei fatti, dal momento che, nel caso in cui una delle parti in lite sia una persona giuridica, il venir meno della rappresentanza organica dell'ente determina altresì il venir meno della supposta incompatibilità).

#### Divieto di prova testimoniale

##### Art. 2725 c.c.

Il limite di ammissibilità della prova testimoniale di cui all'art. 2725 c.c. opera esclusivamente nel caso in cui la testimonianza riguardi un atto non prodotto e, dunque, oggetto della deposizione testimoniale, in quanto invocato in giudizio, tra le medesime parti, quale fonte di reciproci diritti ed obblighi, mentre non opera allorché quel fatto sia invocato come mero fatto storico ancorché influente sulla decisione della controversia.

Inoltre, per costante insegnamento della giurisprudenza di legittimità il divieto in parola non trova applicazione quando la prova testimoniale sia diretta a consentire l'interpretazione dell'atto o del contratto, ossia a chiarire circostanze dalle quali ricostruire la volontà dei contraenti, l'oggetto del rapporto e la concreta portata delle varie pattuizioni.

(Nel caso di specie, i capitoli di prova del Comune non riguardano né riguardavano l'esistenza dell'atto (una delibera della Giunta comunale), documento per vero prodotto dal Comune. Lo stesso documento reca, inoltre, una propria motivazione e del resto non è stata neanche proposta impugnazione diretta anche solo a contestarne profili legati all'insufficienza motivazionale. A fronte di ciò, i capitoli di prova sono stati ritenuti pienamente ammissibili in quanto concorrono a far comprendere lo scenario di fatto e, cioè, l'insieme dei fatti esistenti al momento dell'adozione dell'atto.)

#### Rapporto tra eccezione di inadempimento e contrapposta domanda di risoluzione

Art. 1454 c.c.

Art. 1460 c.c.

L'eccezione di inadempimento, come la risoluzione invocata da entrambe le parti impone di verificare l'esistenza di tali inadempimenti nonché di condurre una valutazione in ordine alla gravità dei medesimi. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, stanti le reciproche attribuzioni di responsabilità è necessario condurre una valutazione comparativa del comportamento di entrambe le parti al fine di stabilire quale di esse, con riferimento ai rispettivi interessi ed alle entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle trasgressioni maggiormente rilevanti ed abbia causalmente determinato il comportamento della controparte negoziale. L'indagine richiede, pertanto, di tener conto sia dell'elemento cronologico, sia dei rapporti di causalità tra prestazioni (inadempite), sia del rifiuto, rispetto agli interessi coltivati nell'ambito del rapporto, opposto dalla parte che sia destinataria dell'altrui inadempimento. Ciò anche al fine specifico di verificare o escludere che l'eccezione di adempimento sia conforme a buona fede.

È noto, in particolare, che la *exceptio inadimpleti contractus* esige che il rifiuto di adempimento, nel dover trovare concreta giustificazione nei legami di corrispettività e interdipendenza tra prestazioni ineseguite e prestazioni rifiutate, deve essere, ai sensi dell'art. 1460, secondo comma, c.c., conforme a buona fede, cioè non deve essere determinato da motivi non corrispondenti alle finalità per le quali detto rimedio è concesso dalla legge, come nel caso in cui l'eccezione è invocata non per stimolare la controparte all'adempimento ma per motivare la propria inadempienza.

Secondo un consolidato insegnamento della Cassazione, ai fini dell'accertamento della corrispondenza o contrarietà a buona fede dell'eccezione di inadempimento, assume rilevante importanza la circostanza che la giustificazione del rifiuto di adempiere sia resa nota alla controparte solo in occasione del giudizio e non in occasione dell'attività posta in essere allo scopo di conseguire l'esecuzione spontanea del contratto.

(Nel caso di specie, l'eccezione di inadempimento sollevata da parte convenuta non è stata ritenuta conforme a buona fede, come sancito dall'art. 1460, secondo comma, c.c., così come deve

escludersi che il rifiuto di pagare il canone da parte della concessionaria sia da collegare causalmente e cronologicamente alle condotte, poste in essere dal Comune, di cui pure la concessionaria stessa si duole.

A ciò si aggiunga che, non solo gli argomenti addotti a sostegno dell'eccezione di inadempimento sono stati sollevati soltanto al momento di resistere alla pretesa del Comune in sede monitoria, ma gli argomenti ed i rilievi cui la concessionaria si era affidata nella fase conclusiva del rapporto sono confliggenti con la prospettazione offerta dalla stessa in sede arbitrale. Prospettazione che, in rapporto a tutte le eccezioni di inadempimento e a tutti gli argomenti sollevati da parte convenuta, si manifesta diretta non all'adempimento di controparte, ma a coprire la propria condotta inadempiente.)

In presenza di una domanda di risoluzione svolta ai sensi dell'art. 1454 c.c. e in assenza della dichiarazione della parte nel cui interesse la clausola risolutiva espressa è stata inserita di volersene avvalere, non è consentito all'Autorità giudiziaria dichiarare che il contratto si è risolto in forza della clausola risolutiva pattuita.

Ciò rende imprescindibile la necessità dell'accertamento della gravità dell'inadempimento della parte destinataria della diffida, anche ai sensi dell'art. 1455 c.c., in relazione al permanere dell'interesse dell'altra parte all'esatto e tempestivo adempimento.

(Nel caso di specie, deve evidenziarsi che, in base alla complessiva valutazione delle intese inter partes, l'inadempimento della concessionaria riguarda una delle primarie ed essenziali obbligazioni del contratto, quella strutturalmente principale, che non a caso è stata dedotta anche tra le ipotesi in cui il contratto si sarebbe risolto di diritto, con evidente pregiudizio all'interesse della parte non inadempiente alla prestazione rimasta ineseguita, anche alla luce del protrarsi di tale inadempimento nonostante le iniziative anche giudiziarie da essa coltivate. Da ciò è stato ritenuto conseguire la conferma dell'inadempimento grave della concessionaria lamentato dal Comune.)

#### Azione risarcitoria connessa alla domanda di risoluzione del contratto

##### Art. 1226 c.c.

Il danno patrimoniale riferito all'accrescimento economico che si assume impedito dall'inadempimento dell'obbligazione contrattuale dell'altra parte, presuppone la prova, sia pure indiziaria, della consistenza dei mancati guadagni che, secondo un rigoroso giudizio di probabilità e non di mera possibilità, il creditore avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta.

Il potere di liquidare il danno in via equitativa non esonera la parte dall'onere di fornire gli elementi probatori e i dati di fatto in suo possesso per consentire che l'apprezzamento equitativo sia

per quanto possibile limitato e ricondotto alla sua caratteristica funzione di colmare soltanto l'oggettiva impossibilità di determinazione del danno.

La liquidazione equitativa del danno presuppone l'impossibilità o rilevante difficoltà di una stima esatta del danno non dipendente dall'inerzia della parte gravata dall'onere della prova. Ciò, in quanto la richiesta di condanna ex art. 1226 c.c. non può risolversi in uno strumento processuale per sottrarsi all'ordinario onere della prova di cui all'art. 2697 c.c.

(Nel caso di specie, a giudizio non unanime del Collegio in ragione della mancata valutazione comparativa del comportamento di entrambe le Parti, a fronte di reciproci addebiti di inadempimento, la domanda di risarcimento del danno formulata dalla concessionaria non poteva essere accolta, poiché alla incertezza dell'an, ciò che sarebbe già preclusivo dell'accoglimento della richiesta di liquidazione in via equitativa, si è associato il dato, autonomamente decisivo, della assenza del requisito della incertezza ineliminabile del quantum, giacché pur potendo quanto meno in via indiziaria offrire evidenze in tal senso, ad esempio invocando e provando la riduzione dei ricavi, la concessionaria medesima non ha offerto prova utile a dimostrare la contrazione dei flussi reddituali della società in relazione ai pretesi inadempimenti del Comune).