

Elena Zucconi Galli Fonseca

OPEN
TEACHING 

Lezioni di
DIRITTO
dell'**ARBITRATO**

Bononia
University Press

OPEN
TEACHING



Elena Zucconi Galli Fonseca

Lezioni di
DIRITTO
dell'**ARBITRATO**

Bononia
University Press

La versione digitale di questo volume è disponibile gratuitamente grazie al contributo dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

Visita buponline.com/openteaching

Bononia University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

ISBN 978-88-6923-877-2
ISBN online 978-88-6923-878-9

www.buponline.com
info@buponline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons BY-NC-SA 4.0

Progetto di copertina e impaginazione: Design People (Bologna)

Prima edizione: ottobre 2021

SOMMARIO

Prefazione	13
-------------------	----

CAPITOLO I

L'arbitrato nel sistema della giustizia	15
1. Nozione di arbitrato; servizio pubblico e servizio privato	15
2. Il dibattito sulla natura dell'arbitrato: teoria giurisdizionale e teoria contrattuale	16
3. <i>Segue</i> : l'arbitrato come <i>tertium genus</i> rispetto al processo statale e all'accertamento negoziale	18
4. Dalla natura dell'arbitrato alla disciplina positiva degli effetti: il <i>favor</i> nei confronti dell'arbitrato	19
5. Natura dell'arbitrato ed eccezione di convenzione arbitrale	20

CAPITOLO II

L'arbitrato nel sistema degli strumenti extra-giudiziali di soluzione delle liti	23
1. Gli strumenti di soluzione della lite diversi dal servizio pubblico della giustizia	23
2. I contratti che risolvono la lite in via diretta	25
3. <i>Segue</i> . L'intervento del terzo nella formazione dell'accordo transattivo o di accertamento: mediazione, negoziazione assistita, conciliazione in sede giudiziale e arbitrale	27
4. I contratti che predispongono uno strumento per risolvere la lite: convenzione di mediazione, convenzione di negoziazione assistita, convenzione arbitrale	29
5. <i>Segue</i> . Le clausole contrattuali <i>multi-step</i>	30
6. I contratti che deferiscono al terzo la determinazione del contenuto negoziale: l'arbitraggio.	32
7. <i>Segue</i> : La perizia contrattuale	34

CAPITOLO III

Le fonti dell'arbitrato	37
1. Le convenzioni internazionali e la normativa europea	37
2. La legge nazionale: la Costituzione	39
3. Il codice e le leggi speciali	40
4. La volontà delle parti. La c.d. <i>soft law</i>	41

CAPITOLO IV

Arbitrato interno ed estero; arbitrato domestico e internazionale	45
1. L'appartenenza dell'arbitrato ad un ordinamento: <i>lex arbitri</i>	45
2. Arbitrato internazionale. Arbitrato degli investimenti	47
3. Arbitrato senza nazionalità?	50

CAPITOLO V

Arbitrato <i>ad hoc</i> e arbitrato amministrato	53
1. L'arbitrato gestito da enti amministratori	53
2. La disciplina: art. 832 c.p.c.	56
3. L'autorità amministrativa indipendente come ente gestore di arbitrati	59

CAPITOLO VI

L'arbitrabilità dei diritti	61
1. L'arbitrato ha ad oggetto situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento	61
2. L'incompromettibilità dei diritti e l'art. 806 c.p.c.	62
3. L'arbitrabilità non può essere influenzata dalla specialità del rito (in particolare le liti sulla liquidazione giudiziale per insolvenza)	63
4. L'intervento o l'azione del pubblico ministero non è di per sé motivo di indisponibilità	63
5. Il diritto è arbitrabile quando il legislatore ne permette l'accertamento tramite processo privato	65
6. I casi in cui la materia è incompromettibile	68
7. I casi in cui la materia è compromettibile, ma è necessaria una "tecnica differenziata": le liti di consumo	69
8. <i>Segue</i> : Le liti di lavoro	70
9. <i>Segue</i> : Le liti familiari	71
10. <i>Segue</i> : Le liti endosocietarie	73

11. Diritti soggettivi e interessi legittimi nei riguardi della pubblica amministrazione	74
12. <i>Segue</i> : L'arbitrato nei contratti pubblici	76
13. L'arbitrato nello sport	78
14. I diritti disponibili per i quali la legge vieta l'arbitrato	80

CAPITOLO VII

La convenzione arbitrale	83
1. La convenzione arbitrale e i suoi sottotipi	83
2. L'autonomia e la validità della convenzione arbitrale	85
3. Limiti oggettivi della convenzione arbitrale: il collegamento contrattuale fra le stesse parti	87
4. Limiti soggettivi della convenzione d'arbitrato: premessa metodologica	89
5. Le parti della convenzione arbitrale. Capacità e rappresentanza	89
6. Il terzo titolare del diritto devoluto ad arbitri con il patto compromissorio	91
7. La successione nel patto compromissorio	93
8. I terzi titolari di rapporti diversi; contratti collegati	94
9. Limiti oggettivi e soggettivi della clausola compromissoria statutaria	96
10. La convenzione arbitrale nei confronti del curatore nella liquidazione giudiziale	98
11. Il consenso alla convenzione arbitrale	99
12. La forma della convenzione arbitrale e la convenzione <i>per relationem</i>	102
13. L'interpretazione della convenzione arbitrale	103
14. Gli effetti, la durata e l'estinzione della convenzione arbitrale	105
15. Breve guida al contenuto facoltativo della convenzione arbitrale	106

CAPITOLO VIII

Gli arbitri	109
1. I vantaggi della scelta dell'arbitro e il principio di eguaglianza delle parti	109
2. La scelta degli arbitri e i modi di nomina	111
3. L'arbitrato multiparte	112
4. Nomina suppletiva degli arbitri	114
5. Requisiti "formali" dell'arbitro	117
6. Requisiti "sostanziali" dell'arbitro	119
7. L'imparzialità, l'indipendenza e la neutralità	119
8. L'imparzialità dell'arbitro nominato dalla parte	121
9. I casi di mancanza di indipendenza	122
10. <i>Segue</i> : Criticità della prassi	123
11. I mezzi preventivi di tutela dell'imparzialità	126

12. I mezzi successivi di tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità	127
13. L'etica degli arbitri e dell'arbitrato	130
14. Il contratto di arbitrato	132
15. Doveri e responsabilità degli arbitri	133
16. La sostituzione dell'arbitro	134

CAPITOLO IX

L'inizio del procedimento arbitrale: la domanda d'arbitrato	137
1. La domanda d'arbitrato ed i suoi requisiti	137
2. Gli effetti processuali e sostanziali della domanda d'arbitrato	139
3. Altre modalità di inizio del procedimento arbitrale	141

CAPITOLO X

I rapporti tra arbitrato e giudizio statale	143
1. Identità e dipendenza. Il principio della <i>Kompetenz-Kompetenz</i> e le "vie parallele"	143
2. L'eccezione di invalidità o inesistenza della convenzione arbitrale davanti all'arbitro	145
3. L'eccezione di convenzione arbitrale davanti al giudice: arbitrato italiano	147
4. <i>Segue</i> : Conflitti positivi o negativi fra pronunce: cura e prevenzione	149
5. La possibilità di proporre un'autonoma domanda di validità o efficacia della convenzione arbitrale	151
6. L'eccezione di convenzione arbitrale davanti al giudice: arbitrato estero	153
7. Le <i>anti-suit injunctions</i> a tutela dell'arbitrato internazionale	155
8. Il compromesso in pendenza della lite giudiziale	156

CAPITOLO XI

Lo svolgimento del procedimento arbitrale	159
1. La determinazione delle regole applicabili al procedimento arbitrale	159
2. Il principio del contraddittorio	165
3. La sede dell'arbitrato	166
4. Parti e difensori	167
5. L'organizzazione del procedimento e la prima fase di trattazione	169
6. La forma degli atti e dei provvedimenti. L'arbitrato telematico	172
7. I termini e le preclusioni	174
8. La collegialità nella trattazione; il segretario	176
9. Il termine per la pronuncia	176
10. La lingua nell'arbitrato internazionale	179

11. Diritto ed equità; la scelta della disciplina applicabile al merito della lite	180
12. La tutela cautelare in arbitrato	184
13. <i>Segue</i> : Il raccordo fra processo arbitrale e tutela cautelare giudiziale	187
14. La tutela “sommatoria” e “speciale” in arbitrato (l’ingiunzione di pagamento)	188

CAPITOLO XII

L’istruzione probatoria	193
1. Le regole applicabili nell’istruttoria arbitrale: considerazioni generali	193
2. <i>Segue</i> : specificità dell’arbitrato internazionale e conclusioni	194
3. Principi generali sulle prove (onere della prova e non contestazione, principio dispositivo); classificazione (tipicità, illiceità)	197
4. Ammissibilità e rilevanza, modalità di assunzione ed efficacia delle prove in generale	202
5. Il documento	207
6. La prova testimoniale	209
7. Il giuramento e la confessione della parte	212
8. Esibizione, ispezione, richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione	212
9. La consulenza tecnica	215

CAPITOLO XIII

La pluralità di parti e la successione	219
1. Il litisconsorzio in arbitrato	219
2. Cumulo soggettivo originario: l’instaurazione di un unico arbitrato con più parti	220
3. Cumulo soggettivo successivo: l’intervento di terzi in un processo arbitrale già pendente	221
4. <i>Segue</i> : le specificità dell’arbitrato societario	225
5. Cumulo soggettivo successivo: la riunione fra arbitrati pendenti	227
6. Il “venir meno” della parte e la successione universale nel processo arbitrale	228
7. La successione a titolo particolare in pendenza della lite arbitrale	229
8. La liquidazione giudiziale ad arbitrato pendente	231

CAPITOLO XIV

Pluralità di domande e questioni pregiudiziali	235
1. Il cumulo originario di domande fra le stesse parti nel medesimo processo arbitrale	235
2. Procedimenti arbitrali iniziati separatamente fra le stesse parti	236

3. La pregiudizialità costituzionale	237
4. La pregiudiziale europea	237
5. La pregiudizialità penale	238
6. Le questioni pregiudiziali di rito	240
7. Le questioni preliminari e pregiudiziali di merito	241
8. <i>Segue</i> : Le questioni di merito che non possono essere oggetto di causa autonoma.	244
9. <i>Segue</i> : Le questioni di merito che possono essere oggetto di causa autonoma	245
10. <i>Segue</i> : L'eccezione di compensazione	247
11. Processi pregiudiziali pendenti; la sospensione facoltativa	249

CAPITOLO XV

Il lodo	251
1. Il transito alla fase della decisione	251
2. I passaggi in cui si snoda la fase della decisione	252
3. La deliberazione, la redazione e la firma del lodo	252
4. L'opinione concorrente e dissenziente	255
5. I requisiti del lodo	256
6. L'efficacia del lodo	258
7. <i>L'exequatur</i> del lodo e le misure coercitive <i>ex art. 614-bis c.p.c.</i>	260
8. La comunicazione del lodo	261
9. La correzione del lodo	262
10. Il lodo non definitivo su domande e su questioni	263
11. Breve sintesi sulla forma dei provvedimenti degli arbitri, con riguardo all'oggetto della decisione	267

CAPITOLO XVI

Le impugnazioni del lodo	269
1. Profili generali delle impugnazioni	269
2. Classificazione delle impugnazioni	271
3. L'impugnazione per nullità: motivi e limiti al loro rilievo	273
4. I vizi della convenzione arbitrale	274
5. I vizi riguardanti la nomina degli arbitri	274
6. I vizi del procedimento arbitrale	275
7. I vizi relativi alla decisione	277
8. La violazione di legge e l'ordine pubblico	281
9. Il procedimento e la decisione: <i>iudicium rescindens</i>	282
10. <i>Segue</i> : <i>Iudicium rescissorium</i>	284

11. L'impugnazione del lodo non definitivo su questioni e del lodo parziale su domande	286
12. L'impugnazione per nullità in materie devolute al rito o alla giurisdizione speciale	287
13. L'inesistenza del lodo arbitrale e l' <i>actio nullitatis</i>	288
14. La revocazione	288
15. L'opposizione di terzo	289

CAPITOLO XVII

I costi e la riservatezza	293
1. Quanto costa un arbitrato?	293
2. Il compenso e le spese degli arbitri	293
3. Le spese della difesa	297
4. Il prelievo fiscale	297
5. La condanna alle spese	299
6. Possibili rimedi al costo come ostacolo all'effettività dell'arbitrato; il <i>third party funding</i>	300
7. La riservatezza in arbitrato	302
8. Riservatezza <i>vs.</i> trasparenza	305

CAPITOLO XVIII

L'arbitrato irrituale	307
1. La storia dell'arbitrato irrituale	307
2. La natura dell'arbitrato irrituale	308
3. La disciplina positiva	311
4. Perché e come scegliere l'arbitrato irrituale?	312
5. L'arbitrato del lavoro: l'avvicinamento fra modello rituale ed irrituale	313

CAPITOLO XIX

Il riconoscimento del lodo straniero	317
1. Il riconoscimento e l'esecutività del lodo straniero: premessa	317
2. I motivi di rifiuto dell'efficacia del lodo straniero in Italia: opposizione <i>ex parte</i>	319
3. I motivi di rifiuto a rilievo officioso	322
4. Il procedimento	323

PREFAZIONE

Questo libro rappresenta una edizione abbreviata del volume *Diritto dell'arbitrato*, dedicata specificamente agli studenti: uno strumento didattico più snello che mantiene inalterato il testo corredato di esempi dell'edizione maggiore, privandola degli approfondimenti posti nei riquadri in fine ai paragrafi. Rimangono i riferimenti giurisprudenziali sulle questioni di maggiore importanza, accessibili a testo pieno, insieme ad altre sentenze particolarmente rilevanti e ad una bibliografia essenziale per ogni capitolo (a cura di Carolina Mancuso, Angela Felicetti, Mario Golia, Marta Naselli Flores, Francesco Olindo Dal Maso), sul sito dell'editore, tramite lettura di un QR code. Non mancheranno gli aggiornamenti sulle novità normative successive alla pubblicazione, scaricabili sempre dal sito dell'editore.

Bologna, 31 luglio 2021
Elena Zucconi Galli Fonseca

CAPITOLO I

L'ARBITRATO NEL SISTEMA DELLA GIUSTIZIA

1. Nozione di arbitrato; servizio pubblico e servizio privato.

Dell'arbitrato si sono offerte diverse definizioni.

Si è parlato di giustizia privata; di definizione privata delle liti; di alternativa alla via giudiziaria statale, esterna alla giurisdizione; di alternativa alla via giudiziaria statale, ma interna alla giurisdizione; di strumento di soluzione delle liti appartenente esclusivamente alla sfera negoziale.

Come si vede, si tratta di vedute spesso contrastanti. Due elementi, però, sono costanti negli inquadramenti proposti: l'alternatività rispetto al processo statale e la scelta delle parti.

a) In primo luogo, l'arbitrato è alternativo al processo statale, in quanto offre un risultato analogo: un risultato, cioè, che soddisfa economicamente l'utente allo stesso modo. L'avverbio "economicamente" vuol sottolineare che i due strumenti, a prescindere dalla loro qualificazione giuridica, soddisfano un medesimo bisogno individuale e collettivo relativamente ad un bene: l'arbitrato porta ad una decisione, il lodo arbitrale, che assicura alle parti l'accertamento di chi ha torto e di chi ha ragione, allo stesso modo di quanto fa il giudice con la sentenza.

b) In secondo luogo, l'arbitrato, a differenza del processo statale, è ammissibile solo se le parti esprimono apposita volontà contrattuale, attraverso un contratto denominato convenzione arbitrale (cap. VII, par. 1 ss.).

La funzione dell'arbitrato è più chiara se la si coglie dalla prospettiva del confronto fra "servizio privato" e "servizio pubblico". Il ricorso al giudice statale,

che è prima di tutto una funzione primaria dello Stato, è garantito al cittadino come servizio su un diritto essenziale, cioè il diritto alla tutela giurisdizionale e tende alla soluzione delle controversie attraverso l'accertamento dell'*an* o del *quomodo* dei diritti soggettivi. In altri termini, esso è, ad un tempo, un potere dello Stato e un diritto fondamentale dell'individuo (art. 24 Cost.).

Il cittadino può peraltro optare per uno strumento privato di giustizia; può scegliere cioè di rivolgersi a giudici privati per ottenere ragione. Il diritto di rivolgersi agli arbitri è garantito dal principio di autonomia negoziale, sancito dall'art. 41 Cost. (cap. III, par. 2). Detta scelta non è indifferente all'ordinamento, che la regola e ne richiede certe caratteristiche di efficienza e legittimità. Lo Stato, inoltre, offre un'assistenza giudiziaria per rafforzare detta efficienza: ad esempio permette che il lodo possa essere attuato con l'ausilio di strumenti coattivi (ricorso all'ufficiale giudiziario o alla forza pubblica), dopo un *placet* meramente formale da parte del giudice statale.

2. Il dibattito sulla natura dell'arbitrato: teoria giurisdizionale e teoria contrattuale.

L'arbitrato porta con sé un dilemma, ancora irrisolto, che impegna gli interpreti da secoli: quale sia la sua natura giuridica.

Due sono le posizioni antitetiche che si sono da sempre contese il terreno: la teoria giurisdizionale e la teoria contrattuale. Tali teorie, declinate dalla dottrina in diverse sfumature, hanno avuto fortune alterne in base all'epoca storica e all'evoluzione normativa. Il dibattito è stato sempre acceso in Italia e, poiché la questione sulla natura dell'arbitrato si riflette inevitabilmente sulla natura della decisione arbitrale, l'incertezza perdurante ha persino creato, in tempi passati, qualche problema di riconoscimento dei lodi italiani all'estero.

a) La teoria giurisdizionale considera l'arbitrato parte integrante del sistema-giustizia ed interno alla funzione statale. I sostenitori hanno trovato dapprima conforto nel codice di procedura civile del 1865, che prevedeva l'obbligatorietà del deposito del lodo in tribunale entro cinque giorni dall'emissione, pena la sua inesistenza; successivamente nella disciplina del codice del 1940, prima della riforma del 1994, che attribuiva al lodo depositato efficacia di sentenza; da ultimo nell'art. 824-*bis* c.p.c. introdotto nel 2006, che conferisce al lodo arbitrale, fin dalla sua sottoscrizione, effetti di sentenza.

b) Secondo la teoria contrattuale, invece, l'arbitrato dev'essere ricondotto alla sfera negoziale e, pertanto, non ha alcun collegamento con la funzione giurisdizionale che è propria dello Stato. Il lodo è, così, valido ed efficace indipendentemente dall'intervento autoritativo, alla stregua di un negozio giuridico o di un contratto. La teoria ha trovato sostegno nella disciplina del codice del 1940 come riformata nel 1994, che aveva espunto dall'art. 825 c.p.c. allora vigente il riferimento all'efficacia di sentenza ed aveva soppresso l'espressione "sentenza arbitrale".

Negli anni più recenti il dibattito si è specialmente focalizzato sulla natura e sugli effetti del lodo. Benché, come si è appena visto, la novella del 2006, nell'equiparare gli effetti del lodo a quelli della sentenza, sembri propendere per la teoria giurisdizionale, rimangono tuttavia alcune vistose differenze, come la necessità dell'intervento giudiziale per ottenere l'esecutività e la trascrivibilità della decisione, tipici attributi della sentenza. Pertanto, nonostante l'intervento normativo, il dibattito in dottrina non si è sopito: i sostenitori delle rispettive tesi hanno offerto delle norme novellate un'esegesi adeguata alla propria impostazione.

La giurisprudenza, dal canto suo, sino al 2000, attribuiva al lodo effetti di sentenza ed inquadrava il rapporto fra arbitri e giudici italiani in termini di competenza, propendendo così verso l'attrazione dell'arbitrato all'interno della giurisdizione.

Nel 2000, una sentenza della Corte di cassazione (sez. un. 3 agosto 2000, n. 527 [1]) ha compiuto un deciso *revirement* a favore della natura contrattuale: "La concezione sulla natura privata dell'arbitrato [...] porta a qualificare il procedimento arbitrale come ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale, una volta che si fonda sul consenso delle parti, e che la decisione proviene da soggetti privati radicalmente carenti di potestà giurisdizionale di imperio. Vale a dire che il giudizio arbitrale è antitetico a quello giurisdizionale e ne costituisce la negazione".

Nel 2013, la Corte di cassazione (sez. un. 26 ottobre 2013, n. 24153 [2]) è tornata sui suoi passi affermando che, sulla base di una corretta interpretazione della disciplina vigente, l'arbitrato ha natura giurisdizionale e, di conseguenza, i rapporti fra giudici ed arbitri vanno inquadrati in termini di competenza: "La normativa [...] pare contenere sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale".

Il dibattito giurisprudenziale non si è però sopito, perché ancora oggi i precedenti non sono univoci. Tanto che le stesse sezioni unite della Cassazione sono intervenute di nuovo (sez. un. 30 marzo 2021, n. 8776 cit. cap. XVI, par. 1), adottando una posizione che potrei definire "mediana": se è vero che il lodo è equiparato ad una sentenza, è anche vero che la legittimazione degli arbitri è ben

diversa da quella dei giudici, nascendo dalla volontà delle parti, “rimanendo pur sempre il lodo arbitrale estraneo all’esercizio di poteri pubblicistici e continuando esso a fondarsi sul consenso delle parti, onde non si tratta della funzione giurisdizionale dello Stato (cfr. art. 823 c.p.c., comma 2), nella perdurante natura privata del patto compromissorio”.

3. Segue: l’arbitrato come *tertium genus* rispetto al processo statale e all’accertamento negoziale.

La teoria giurisdizionale, se da una parte consente di attribuire all’arbitrato la stessa effettività ed efficacia della giurisdizione dello Stato, dall’altra indebolisce le sue doti di flessibilità ed autonomia; la teoria contrattualistica opera in senso diametralmente opposto.

Come conciliare le opposte esigenze? Partendo dall’idea che il dibattito poggia su un concetto, la giurisdizione, il cui significato è poliforme.

Infatti, se essa venga intesa come potere giurisdizionale in senso stretto, cioè un potere che promana dallo Stato ed in quanto tale è caratterizzato dall’*imperium*, in detta definizione non è possibile ricomprendere l’arbitrato, che è privo dell’elemento di autoritatività; se invece venga intesa in senso etimologico, come *iuris dictio*, o come servizio per l’individuo, vi rientra anche l’arbitrato, che tende, al pari della giustizia statale, all’accertamento dell’esistenza o del modo di essere dei diritti.

In questa prospettiva, entrambe le teorie colgono una parte di verità. È mia opinione che l’arbitrato, nascendo dall’autonomia privata, sia un fenomeno eterogeneo rispetto alla giurisdizione dello Stato: è un altro, diverso strumento con analoga finalità.

Come si vedrà oltre (cap. VII, par. 1), il diritto a risolvere la lite con l’arbitrato, nascente da un apposito contratto chiamato convenzione arbitrale, concorre con il diritto di azione di cui all’art. 24 Cost. a soddisfare la medesima utilità economica, cioè l’accertamento dei diritti.

Insomma, l’arbitrato offre un servizio fungibile rispetto a quello dello Stato, attraverso modalità diverse e con una decisione, il lodo, che non ha natura né di sentenza né di contratto di accertamento. Può farsi utilmente ricorso al concetto di “fattispecie precettiva”, cioè di una fattispecie (uno o più elementi rappresentati da fatti e/o effetti giuridicamente rilevanti), cui corrisponde un comando, un precetto: ebbene, il lodo è una fattispecie precettiva autonoma, accanto alla sentenza,

al contratto e all'atto amministrativo, finalizzata, come la sentenza e il contratto di accertamento di cui si dirà oltre, ad accertare dei diritti.

La parificazione degli effetti fra lodo e sentenza non significa, dunque, che entrambi condividano la stessa natura, ma rappresenta la spia della fungibilità di risultato, frutto della spinta normativa a valorizzare vie alternative di soluzione della lite.

4. Dalla natura dell'arbitrato alla disciplina positiva degli effetti: il *favor* nei confronti dell'arbitrato.

Un punto ha ormai trovato sostanziale convergenza fra gli interpreti: il dibattito sulla natura dell'arbitrato non sembra più proficuo nell'attuale situazione normativa.

Il c.d. monopolio della giurisdizione statale (che accentra la funzione di soluzione delle liti in capo allo Stato) si sta vieppiù sgretolando, a favore di una crescente delocalizzazione e di un'apertura verso strumenti alternativi di giustizia. Come giustamente notato, la predetta apertura ha mutato l'atteggiamento del legislatore italiano: dalla diffidenza si è passati alla tolleranza, fino ad un vero e proprio *favor* verso l'arbitrato, che non deve trovare giustificazione nell'esigenza di ridurre il contenzioso davanti al giudice statale, ma nella necessità di venire incontro al bisogno dell'individuo di una forma alternativa di giustizia, fondata sulla legittimazione del proprio giudice dal basso.

La riforma del 2006 (cap. III, par. 3) non è dunque espressione della natura giurisdizionale dell'arbitrato, bensì della volontà di favorire la scelta arbitrale, in un delicato equilibrio fra autonomia ed assistenza: ausilio giudiziario per potenziare i poteri dell'arbitro e per superare eventuali *impasse* che l'autonomia negoziale può determinare; regole positive affinché gli effetti degli atti procedurali conducano ad una reale tutela del diritto in sede arbitrale alla pari del processo statale; infine, soluzioni di raccordo con il giudizio statale che garantiscano, per un verso, che la scelta arbitrale fatta dalle parti sia rispettata, per altro verso che l'incertezza sulla validità della suddetta scelta sia risolta nel più breve tempo possibile, andando altrimenti a discapito della parte che ha ragione.

Peraltro, non si coglierebbe la giusta prospettiva se si vedesse nell'atteggiamento del legislatore una preconcepita ed immotivata preferenza dell'arbitrato sul sistema statale di giustizia. La chiave della questione sta infatti nella già detta equivalenza fra servizio privato e servizio pubblico: una volta ammesso che l'arbi-

trato deve essere in grado di offrire un risultato economicamente fungibile rispetto all'accertamento giudiziale dei diritti, la legge deve assicurare detto risultato, in attuazione dell'art. 24 Cost., che, pur non disciplinando in via diretta l'arbitrato (cap. III, par. 2), intende garantire al cittadino italiano la tutela processuale dei propri diritti ed interessi, senza alcuna deroga. In quest'ottica, il *favor* non va visto sotto il solo angolo prospettico dell'arbitrato, bensì in termini di efficienza dell'intero sistema della giustizia.

Pertanto, è giusto garantire la massima effettività dell'arbitrato, senza incentivare la sua funzione deflativa rispetto alla giurisdizione statale, che dev'essere parimenti potenziata: la ricerca di soluzioni adeguate per entrambi i rimedi innesci una concorrenza virtuosa a tutto vantaggio del cittadino.

Anche la Corte costituzionale, nel valutare la legittimità costituzionale della disciplina dell'arbitrato, si è basata sul criterio della fungibilità (cap. III, par. 2, cap. X, par. 3 e cap. XIV, par. 3): se è vero che “le disposizioni processuali non sono fini a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito” (Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77), detta qualità va garantita anche all'arbitrato, né più né meno del processo statale.

L'equivalenza di funzione mette in secondo piano la questione della collocazione dell'arbitrato dentro o fuori dalla giurisdizione. Da un lato, infatti, il legislatore, affinando le norme, offre sempre maggiori soluzioni ai problemi pratici; dall'altro, le soluzioni interpretative alle questioni irrisolte dalla legge sono, in principio, adattabili ad entrambe le impostazioni teoriche, quando rispondono alla comune esigenza di effettività dell'arbitrato. Appare pertanto più proficuo, oggi, impegnarsi sull'analisi della disciplina e degli effetti dell'arbitrato.

5. Natura dell'arbitrato ed eccezione di convenzione arbitrale.

Il dibattito sulla natura dell'arbitrato ha comportato incertezza sull'inquadramento dell'*exceptio compromissi*, cioè dell'eccezione con la quale una parte, convenuta davanti al giudice dello Stato per una data controversia, rileva che, su di essa, i contendenti si sono vincolati all'arbitrato con una convenzione arbitrale. Ci si domanda infatti se si tratti di eccezione di rito o di merito.

La risposta data dagli interpreti varia: i sostenitori della teoria giurisdizionale, accomunando l'arbitrato e il processo statale nella stessa sfera, scorgono un parallelo con il riparto di competenza fra i giudici ordinari o con il riparto interno di

giurisdizione, mentre i sostenitori della teoria contrattuale spostano l'attenzione sulla convenzione arbitrale, concepita come un vero e proprio atto di estinzione dell'azione giudiziale.

In giurisprudenza, ad esempio, l'orientamento maggioritario, prima della svolta "contrattualistica" compiuta dalla sentenza n. 527 del 2000, propendeva per la parificazione dell'*exceptio compromissi* all'eccezione di incompetenza giudiziale: pertanto, il suo rilievo era assoggettato ai termini previsti per quest'ultima e la decisione sul punto doveva essere impugnata con il regolamento di competenza. In seguito l'orientamento era mutato, in favore della sua qualificazione come eccezione di merito, soggetta, quindi, alle relative preclusioni, con conseguente impugnabilità della relativa decisione con l'appello. Il *revirement* del 2013 ha segnato un ritorno all'interpretazione originaria, in termini di competenza (e di giurisdizione, nel caso di concorrenza fra arbitrato e giudice speciale: Cass., 26 ottobre 2020, n. 23418 cit. par. 3, cap. X), ma tuttora la soluzione in giurisprudenza è oscillante (par. 2).

L'ultima riforma del 2006 non fa una scelta teorica netta, perché, da un lato, parla dei rapporti fra giudici ed arbitri in termini di competenza, d'altro lato, non trae da questa qualifica tutte le conseguenze che la legge riconnette alla disciplina sulla competenza, non assoggettando, ad esempio, il lodo arbitrale al regolamento di competenza. Tuttavia, essa risolve gran parte delle questioni pratiche, prevedendo che l'eccezione di compromesso debba essere sollevata nella prima difesa e che la sentenza con cui il giudice si dichiara incompetente debba essere impugnata con il regolamento di competenza.

Ebbene, partendo dall'idea che l'arbitrato offre una tutela fungibile con quella statuale, pur appartenendo ad un *genus* differente, l'eccezione di compromesso non va a mio avviso inquadrata né in termini di competenza, che riguarda il diverso fenomeno del riparto interno fra i giudici statuali; né in termini di giurisdizione, perché l'arbitrato si scontrerebbe con il divieto di giurisdizioni speciali di cui all'art. 102 Cost.; né in termini di merito, perché la questione, pur mettendo in gioco la validità della convenzione arbitrale, riguarda unicamente la scelta dello strumento di soluzione della lite e non l'esame del diritto soggettivo sostanziale fatto valere.

Si tratta di una questione di rito, di natura autonoma, dotata di regolamentazione *ad hoc* e non inquadrabile in nessun'altra eccezione processuale attualmente disciplinata; le questioni non risolte dalla legge vanno dunque affrontate cercando soluzioni analogiche o conformi alla *ratio* della norma, secondo quanto si dirà al cap. X.

Sentenze



1. Cassazione civile sez. un., 03/08/2000, n. 527
2. Cassazione civile sez. un., 25/10/2013, n. 24153

Bibliografia essenziale: i testi generali



CAPITOLO II

L'ARBITRATO NEL SISTEMA DEGLI STRUMENTI EXTRA-GIUDIZIALI DI SOLUZIONE DELLE LITI

1. Gli strumenti di soluzione della lite diversi dal servizio pubblico della giustizia.

La giurisdizione statale è a disposizione di ogni individuo, che ad un tempo vi è assoggettato in virtù dell'art. 24 Cost. Peraltro, le parti hanno a disposizione una serie di rimedi diversi, con i quali la lite può essere risolta al di fuori della giurisdizione pubblica; sono rimedi eterogenei, per cui la difficoltà è quella di trovare un criterio unico di catalogazione.

Vi sono, ad esempio, strumenti di soluzione delle liti che operano esclusivamente sul piano amministrativo, come accade quando sono chiamate ad intervenire le autorità amministrative indipendenti (su cui cap. V). Tuttavia, la maggior parte di essi attengono alla sfera privata, cioè al potere di autonomia negoziale delle parti.

Nei paesi di *common law*, gli strumenti privati di soluzione delle liti vengono chiamati anche *Adr*, *Alternative dispute resolutions*: vi si comprendono, accanto all'arbitrato, la conciliazione, la mediazione, o la negoziazione.

Si suole dividere la categoria in due sottotipi: mezzi autonomi e mezzi eteronomi, a seconda che la soluzione della lite provenga dalle parti o da un terzo.

La distinzione imperniata sul soggetto da cui promana la soluzione della lite è utile, purché si prenda atto che detti strumenti non possono essere accomunati in un'unica categoria. L'arbitrato, pur nascendo dalla volontà delle parti, è un istituto realmente alternativo al processo statale, nel senso che il suo risultato,

cioè la decisione degli arbitri, è fungibile alla sentenza ed è, come quest'ultima, imposta alle parti. La conciliazione e la mediazione, invece, pur prevedendo di regola l'intervento di un terzo imparziale, non hanno alcuna forza vincolante sulle parti, che sono libere di scegliere se accordarsi, o accettare la proposta del terzo, o non fare nulla; inoltre, il risultato consiste il più delle volte in una composizione della lite che prescinde dall'accertamento del torto e della ragione. Vi sono poi altri peculiari strumenti che operano sul piano esclusivamente negoziale come l'arbitraggio e la perizia contrattuale, di natura eteronoma, che determinano fatti o prestazioni contrattuali, spesso in presenza di un conflitto fra le parti. Caso a sé, infine, è l'arbitrato irrituale, cioè una particolare *species* di arbitrato su diritti che dà luogo ad una decisione di natura esclusivamente contrattuale (cfr. cap. XVIII).

I mezzi che verranno analizzati nelle prossime pagine per porne in risalto le analogie e le differenze con l'arbitrato (nella sua doppia articolazione in rituale ed irrituale), sono: 1. transazione; 2. negozio di accertamento; 3. mediazione (e forme residuali di conciliazione); 4. negoziazione assistita; 5. arbitraggio e perizia contrattuale.

Per tentare una classificazione più accurata, occorre partire dall'aspetto che accomuna tutti questi diversi strumenti, vale a dire l'elemento contrattuale: ciascuno di essi è caratterizzato da un atto di autonomia negoziale o al momento della scelta dello strumento, o al momento della soluzione della lite, o in entrambi i momenti. Li raggrupperò, perciò, in tre categorie.

a) *Contratti che risolvono la lite in via diretta* (transazione, negozio di accertamento). Si distingueranno, all'interno della categoria, i casi in cui le parti addiventano in via diretta all'accordo, attraverso il reciproco scambio di proposta-accettazione, da quelli in cui l'accordo viene raggiunto con l'aiuto di terzi, che si facciano parte attiva nel facilitare l'incontro (conciliatore, mediatore, avvocato, finanche il giudice). In tutti i casi, la soluzione della lite proviene direttamente dalle parti.

b) *Contratti che si limitano ad individuare uno strumento per la soluzione della lite* (convenzione di mediazione o di conciliazione, convenzione di negoziazione assistita, convenzione arbitrale). In questi casi, il negozio non risolve la lite, ma impegna le parti a tentare una via di soluzione negoziale di essa (come nel caso della mediazione e della negoziazione assistita) o a risolvere il conflitto tramite l'accertamento di un terzo (arbitrato rituale o irrituale).

c) *Contratti con i quali le parti devolvono al terzo la determinazione di un elemento integrativo di un contratto o di un intero contratto* (arbitraggio, perizia contrattuale). A differenza della categoria *sub b)*, l'intervento del terzo incide su un elemento negoziale, a

prescindere dall'esistenza o meno di una controversia. L'oggetto della determinazione, cioè un fatto e non un diritto, costituisce l'elemento discreitivo rispetto ai mezzi *sub a)* e *sub b)*, benché spesso l'arbitraggio e la perizia contrattuale risolvano conflitti fra le parti e per questo motivo vale la pena includerli nella classificazione.

2. I contratti che risolvono la lite in via diretta.

Esaminiamo il primo gruppo.

a) *La transazione*. La transazione, regolata dall'art. 1965 ss. c.c., è il contratto con il quale le parti risolvono o prevengono la lite, intesa come *ensemble* di pretesa e contestazione, attraverso reciproche concessioni, senza stabilire chi abbia torto o chi abbia ragione. Il contratto può essere dunque concluso non soltanto quando la lite sia già sorta, cioè, secondo l'interpretazione prevalente, quando sia stata già notificata la domanda giudiziale, ma anche al fine di prevenire una lite futura.

La transazione, di regola, lascia intatto il rapporto preesistente, ma, in qualche caso, è novativa, componendo la lite attraverso la costituzione di nuovi rapporti giuridici che estinguono quello controverso. Potranno dunque darsi transazioni che si limitano a comporre la lite tramite reciproche concessioni senza estinguere il rapporto sottostante; transazioni che compongono la lite lasciando in vita il predetto rapporto, ma, ad un tempo, creando, estinguendo o modificando altri rapporti giuridici; infine, transazioni che risolvono il conflitto tramite la creazione, modifica od estinzione di un rapporto giuridico diverso da quello litigioso, che viene contestualmente estinto (una dottrina parla, rispettivamente, di transazione regolamentare, di transazione innovativa e di transazione novativa, solo quest'ultima insuscettibile di risoluzione per inadempimento salva diversa previsione delle parti *ex art. 1976 c.c.*).

La differenza con l'arbitrato sta nel fatto che le parti, con la transazione, non intendono accertare il torto e la ragione, bensì evitare detto accertamento modificando le prestazioni inizialmente previste, o creando addirittura nuovi rapporti giuridici.

Esempi. La transazione è non novativa o “conservativa” quando il committente e l'appaltatore compongono la lite sul prezzo dell'appalto, stabilendo una riduzione del prezzo richiesto per le opere non ultimate e non eseguite a regola d'arte (caso risolto da Cass., 13 maggio 2010, n. 11632). È novativa la transazione stipulata tra una socie-

tà di assicurazioni e il proprio dipendente, idonea a costituire a favore del lavoratore una rendita vitalizia reversibile, in quanto dotata di un contenuto normativo diverso e innovativo rispetto ai contributi previdenziali non versati (secondo Cass., 14 giugno 2006, n. 13717).

b) Il negozio di accertamento. È un istituto discusso, in dottrina, perché alcuni dubitano che l'accertamento di un rapporto giuridico possa rientrare nella funzione del contratto, diretto per definizione a costituire, modificare o estinguere detto rapporto. Tuttavia, va osservato che anche l'accertamento porta un'innovazione nel fenomeno giuridico, cristallizzando il diritto come accertato, con effetti preclusivi rispetto alla situazione giuridica che ne costituisce l'oggetto, secondo l'impostazione di una autorevole dottrina. L'accertamento, infatti, si caratterizza per il fatto che le parti del conflitto attestano, con una loro dichiarazione accertativa, l'esistenza e il modo d'essere di un dato diritto soggettivo: chiariscono la *res dubia*.

Il negozio di accertamento si avvicina all'arbitrato, in quanto entrambi tendono all'accertamento del diritto: ciò vale specialmente, come si dirà nel prossimo par., per l'arbitrato irrituale, che dà luogo ad una determinazione accertativa di natura contrattuale. Tuttavia, rimane una fondamentale distinzione sul piano soggettivo: nell'arbitrato l'accertamento è imposto dal terzo, mentre nel negozio di accertamento è vincolante solo se le parti vi acconsentano.

Esempio. È un negozio di accertamento l'accordo con il quale i confinanti determinano consensualmente il confine, in via amichevole: per Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, esso “adempie alla funzione di eliminare l'incertezza su di una situazione giuridica preesistente [...], non spiega, dunque, efficacia costitutiva, ma meramente dichiarativa, essendo diretto a realizzare un regolamento congruente alla situazione preesistente [...]. A differenza dalla transazione, con la quale le parti modificano la disciplina di un rapporto mediante reciproche concessioni, in modo che ciascuna subisca un sacrificio, con il negozio di accertamento le parti rimuovono i dubbi e le incertezze relativi ad un determinato rapporto giuridico con una regolamentazione nuova, ma corrispondente alla situazione precedente”. Quanto all'efficacia, “il negozio di accertamento ha effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo, rendendo definitive ed immutabili le situazioni già in stato di obbiettiva incertezza, in quanto vincola le parti ad attribuire ad esse gli effetti che risultano dall'accertamento e preclude ogni loro pretesa, ragione ed azione in contrasto con esso”.

Va doverosamente segnalato che, accanto alla transazione e al negozio di accertamento, alcuni interpreti individuano un *tertium genus* di contratto *ad finiendas lites*, cioè l'accordo conciliativo, facendo leva, fra gli altri argomenti, sul riferimento contenuto nel d.lgs. n. 28 del 2010 sulla mediazione (v. par. 3). A mio avviso, peraltro, il negozio di accertamento e i tre contenuti della transazione (regolamentare, innovativa, novativa) sono in grado di coprire l'intero ambito di soluzioni possibili, senza necessità di ricorrere ad una nuova figura di non facile configurazione giuridica.

3. *Segue.* L'intervento del terzo nella formazione dell'accordo transattivo o di accertamento: mediazione, negoziazione assistita, conciliazione in sede giudiziale e arbitrale.

Al raggiungimento di una transazione o di un contratto di accertamento possono collaborare uno o più terzi soggetti.

Ciò può avvenire in modo informale: è frequente che le parti si facciano assistere da professionisti o che un terzo (ad esempio il notaio in sede di stipula di un contratto) si faccia parte attiva per facilitare la soluzione di un conflitto. Vi sono alcuni casi, però, in cui l'intervento del terzo è disciplinato dalla legge, con regole procedurali il cui rispetto permette alle parti di ottenere effetti particolarmente convenienti, come l'esecutività dell'accordo di soluzione della lite.

a) *Il mediatore (o conciliatore).* Il mediatore assiste le parti nel raggiungimento dell'accordo, non imponendo alcuna soluzione, ma limitandosi a facilitarla in modo più o meno attivo. Talvolta, nella prassi, il terzo è denominato "conciliatore", ma già nel 2002 la legge modello *Uncitral* sulla conciliazione commerciale chiariva che la figura deve intendersi una soltanto, a prescindere dal nome utilizzato. Il d.lgs. n. 28 del 2010 segue la medesima linea, disciplinando un procedimento strutturato e generalista, cioè adatto ad ogni tipo di controversia su diritti disponibili e definito come "attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"; mentre la conciliazione è "la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione", cioè il risultato sperato dell'attività di mediazione ed è subito esecutivo.

In alcune materie il tentativo di mediazione è obbligatorio, costituendo una

condizione di procedibilità della causa davanti al giudice che, se non adempiuta, impone a quest'ultimo di non decidere la lite nel merito. Deve però ritenersi che il tentativo obbligatorio di mediazione non operi se le parti abbiano previsto l'arbitrato: benché, infatti, il comma 5 dell'art. 5, d.lgs. n. 28 del 2010 contenga un generico richiamo alla condizione di procedibilità, manca una previsione espressa ed anzi il precedente comma 1-*bis* fa esclusivo riferimento alla domanda giudiziale. D'altra parte, la *ratio* della disposizione sta nel favorire un effetto deflattivo del contenzioso statuale, effetto che la scelta arbitrale ha già conseguito.

Al di fuori dei casi in cui è obbligatoria, la mediazione può altresì essere delegata dal giudice ed anche in questa ipotesi diviene condizione di procedibilità del processo. Quanto all'arbitrato, nulla toglie che gli arbitri invitino le parti a rivolgersi ad un mediatore, ma la disciplina sulla mediazione delegata dal giudice non sarà applicabile in difetto di espressa volontà delle parti medesime: pertanto, la prosecuzione del procedimento arbitrale non potrà essere condizionata all'esperimento del tentativo di conciliazione.

Esistono poi alcuni strumenti conciliativi speciali regolati da apposite disposizioni, come quello in materia di telecomunicazioni (l. n. 249/97).

Sotto il profilo internazionale, va menzionata la recentissima entrata in vigore della Convenzione di Singapore *on International Settlement Agreement Resulting from Mediation* su iniziativa delle Nazioni Unite.

b) L'avvocato nella negoziazione assistita. Il d.l. n. 132 del 2014 conv. in l. n. 162 del 2014 ha introdotto la negoziazione assistita, cioè una trattativa svolta con la presenza dell'avvocato, che funge da stimolo per la ricerca di un assetto amichevole del conflitto. La legge non struttura in dettaglio il procedimento, limitandosi ad assicurare che l'avvocato assista le parti nella reciproca cooperazione "in buona fede e lealtà" ed assicurando valore di titolo esecutivo all'accordo rispettoso dei crismi previsti dall'art. 5 della l. citata. Con la negoziazione assistita i coniugi possono separarsi o divorziare anche quando vi siano figli minori o non autosufficienti, purché ottengano il *placet* del pubblico ministero (*funditus* cap. VI, par. 9).

c) Il giudice e l'arbitro in sede processuale. Il giudice può farsi parte attiva nell'incentivare il componimento spontaneo del conflitto: oltre al giudice di pace, che ha un generale potere conciliativo a prescindere dalla pendenza di un processo (art. 322 c.p.c.), il giudice incaricato della lite può sempre tentare la conciliazione *ex art.* 185 c.p.c. e formulare addirittura una proposta conciliativa ai sensi dell'art. 185-*bis* c.p.c. L'accordo raggiunto in sede giudiziale ha valore di titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, comma 2, n. 1 c.p.c.

Anche gli arbitri possono tentare la conciliazione e, in caso di successo, ne prendono atto nel verbale dell'incontro con le parti. Tuttavia, in difetto di previsione normativa, l'accordo non sarà esecutivo, a meno che la firma delle parti sia autenticata da un pubblico ufficiale, e, comunque, limitatamente alle obbligazioni di pagamento delle somme ivi contenute ai sensi dell'art. 474, comma 2, n. 2 c.p.c. Le conseguenze sul procedimento sono esaminate nel cap. XI, par. 5.

In alcuni ordinamenti stranieri e regolamenti arbitrali è previsto che le parti possano chiedere agli arbitri di recepire l'accordo nel lodo, al fine di ottenere i maggiori effetti che la decisione arbitrale accorda, come l'esecutività e la trascrivibilità: si suole parlare di *award by consent*.

4. I contratti che predispongono uno strumento per risolvere la lite: convenzione di mediazione, convenzione di negoziazione assistita, convenzione arbitrale.

L'autonomia negoziale può poi esplicarsi nella scelta di un metodo di soluzione della lite: il contratto non serve per risolvere la controversia, ma per individuare lo strumento che la risolverà o la potrà potenzialmente risolvere.

a) *La convenzione di mediazione o di conciliazione*. Con questo contratto, spesso sotto forma di clausola contenuta in un altro contratto, le parti si impegnano a tentare la via di un eventuale accordo conciliativo per una o più liti. Esse possono vincolarsi a tentare la via della mediazione regolata dal d.lgs. n. 28 del 2010, ma non è vietato fare ricorso a forme e modalità diverse, secondo i loro desideri.

Poiché le parti si obbligano soltanto ad una trattativa, la mediazione non è un'alternativa al processo davanti all'autorità giudiziaria, bensì ne costituisce un ostacolo temporaneo. A termini del d.lgs. n. 28 del 2010, infatti, ove il convenuto eccepisca nella prima difesa la clausola di mediazione, il giudice deve fissare la successiva udienza tenendo conto dei tempi necessari per procedere al tentativo (tre mesi) e dando alle parti termine di quindici giorni per presentare la domanda al mediatore.

Esempio. “Tutte le controversie che dovessero sorgere in relazione al presente contratto saranno sottoposte al tentativo di conciliazione, presso l'organismo di mediazione xy”.

b) *La convenzione di negoziazione assistita*. Essa consiste nell'accordo “mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere

in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati" (d.l. n. 132 del 2014, conv. in l. n. 162 del 2014). Anche in questo caso, il vincolo è a tentare la conciliazione e non a conciliarsi.

In alcune materie la legge prevede che la parte, prima di agire in giudizio, debba obbligatoriamente formulare una proposta di contratto di negoziazione assistita, pena l'improcedibilità del processo. Naturalmente, il convenuto è libero di accettare o meno: in caso positivo, scatterà l'impegno a tentare la conciliazione entro un determinato tempo; in caso negativo, l'attore potrà iniziare o proseguire la causa davanti al giudice e dal rifiuto di aderire potranno scaturire conseguenze negative, per esempio sulle spese del giudizio. Ritengo che l'obbligo di proposta non operi quando le parti abbiano optato per l'arbitrato, per gli stessi motivi già visti al par. 3, lett. a).

Esempio. Un fac-simile di convenzione si può trovare nel sito *web* del Consiglio nazionale forense: www.consigionazionaleforense.it.

c) *La convenzione arbitrale per arbitrato rituale o irrituale* (cap. VII, par. 1). Le parti possono scegliere l'arbitrato come mezzo di soluzione delle loro liti presenti o future e si vincolano, ora per allora, anche al risultato finale, cioè alla decisione degli arbitri. Il risultato della scelta operata con la convenzione arbitrale è un accertamento eteronomo, proveniente da un terzo. Poiché, a differenza del contratto di accertamento, la soluzione è imposta alle parti, è naturale ritenere che detta imposizione valga soltanto a condizione che siano rispettate le fondamentali garanzie di un processo, quali l'imparzialità del giudicante ed il contraddittorio delle parti. Inoltre, non sarà dato ricorso al giudice dello Stato, se non in via di impugnazione del lodo.

Le parti potranno optare per un arbitrato rituale od irrituale (*amplius* cap. XVII, par. 1 ss.).

5. *Segue. Le clausole contrattuali multi-step.*

Si parla di clausole *multi-step* quando, nello stesso contratto, la convenzione arbitrale si combina con una convenzione relativa ad altri strumenti di soluzione della lite: sovente si tratta di una clausola di mediazione, che obbliga le parti a rivolgersi ad un mediatore prima di adire gli arbitri.

Ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010, nel caso in cui le parti non rispettino l'obbligo di mediazione e si rivolgano direttamente all'arbitro, questi deve, su eccezione di una parte da proporsi nella prima difesa successiva all'accettazione dell'incarico, rinviare la prosecuzione del procedimento per il tempo dei tre mesi previsti per la durata della mediazione, assegnando alle parti il termine di quindici giorni per il deposito della domanda di mediazione. Poiché gli arbitri debbono a loro volta emettere il lodo arbitrale in un dato termine, deve intendersi che quest'ultimo venga conseguentemente allungato: nel caso in cui le parti non concedano la proroga, gli arbitri potranno rivolgersi al giudice competente per ottenerla (cap. XI, par. 9). Lo stesso vale se il tentativo di mediazione sia stato iniziato ma non concluso. Se invece la parte instauri previamente la via conciliativa, la comunicazione della relativa domanda all'altra parte sarà in grado di sospendere la prescrizione e interrompere eventuali decadenze: i termini reinizieranno a decorrere dal deposito del verbale con il quale viene dato atto del fallimento del tentativo.

Esempio. Il socio che vuole impugnare una delibera nel termine decadenziale previsto dalla legge, ove lo statuto preveda l'esperimento di un tentativo di conciliazione preventivo, depositerà e comunicherà la relativa istanza, con la quale otterrà l'interruzione del termine: in caso di fallimento della conciliazione, dovrà notificare la domanda d'arbitrato entro il termine che ricomincia a decorrere dal deposito del verbale dal quale risulta il mancato raggiungimento dell'accordo. Sul momento in cui possa dirsi fallito il tentativo, v. l'importante sentenza del Trib. fed. svizzero 16 marzo 2016 (4A_628/2015)

Se le parti non ottemperino all'ordine arbitrale di rinvio al mediatore, le conseguenze non sono chiare (a meno che, ovviamente, non vi sia l'accordo di tutti per estinguere l'obbligo di mediazione). Al di là di eventuali danni, la soluzione che mi pare preferibile è inquadrare la fattispecie nel *pactum de non petendo*, suscettibile di dare luogo ad un lodo con il quale gli arbitri chiudono il processo senza pronunciarsi nel merito della controversia. Altri invece inquadrano il patto in un presupposto di merito, la cui inosservanza dà luogo ad un vero e proprio rigetto della domanda per insussistenza del diritto.

6. I contratti che deferiscono al terzo la determinazione del contenuto negoziale: l'arbitraggio.

Occorre ora tracciare il confine fra arbitrato ed arbitraggio, essendo entrambi caratterizzati dall'intervento di un terzo finalizzato a dettare regole vincolanti per le parti.

L'arbitraggio consiste nell'incarico affidato ad un "arbitratore" di determinare una "prestazione dedotta in contratto" (art. 1349 c.c.): di riempire, in altri termini, uno spazio contrattuale in bianco. Gli arbitri, invece, come si è già visto, decidono una controversia accertando l'esistenza o il modo di essere di una situazione giuridica soggettiva.

Derivano due sostanziali differenze: *a)* l'arbitratore determina fatti, mentre l'arbitro accerta diritti; *b)* nell'arbitraggio, a differenza dell'arbitrato, l'esigenza di determinazione non nasce da una controversia giuridica su diritti soggettivi, bensì dalla mancanza di un elemento contrattuale; si suole dire, cioè, che non c'è lite intesa in senso giuridico.

Se sul piano teorico le differenze tra i due istituti sembrano chiare, non altrettanto vale sul terreno dell'applicazione concreta: infatti, capita spesso che le parti entrino in conflitto sulla determinazione di un elemento del contratto. A ben vedere, la difficoltà nasce dalla circostanza che la differenza fra conflitto sul fatto (cioè sull'elemento negoziale) e conflitto sul diritto (cioè su una situazione giuridica soggettiva) è molto sottile.

Ciononostante, a me pare che la distinzione possa mantenere una sua utilità per due ragioni; in primo luogo, perché la distinzione fra fatto e diritto, seppur ardua, rimane comunque possibile; in secondo luogo, perché in arbitraggio, a differenza dell'arbitrato, la controversia non è un elemento indispensabile. Spesso, infatti, le parti inseriscono nel loro contratto una clausola di arbitraggio non per deferire a terzi la soluzione di un eventuale futuro conflitto, bensì per eliminare in radice, o comunque prevenire il conflitto prima ancora che sorga, attraverso la determinazione eteronoma dell'elemento negoziale incerto; talvolta, più semplicemente, non sono in grado di determinare l'elemento negoziale e manca quindi una divergenza tale da poter parlare di *res dubia*. Con la convenzione arbitrale contenuta in un contratto, invece, le parti danno per presupposto che l'arbitro interverrà a lite sorta (impegnandosi ora per allora), dato che è sua propria funzione accertare la *res dubia* o *litigiosa*.

Esempio. Le parti di un contratto di cessione del pacchetto azionario di maggioranza deferiscono ad un terzo la fissazione del prezzo del suddetto pacchetto. È una clausola di arbitraggio, che le parti potrebbero aver voluto non per un litigio, ma più semplicemente perché non sono in grado di determinare il prezzo e si affidano al giudizio di un terzo di fiducia. In tal caso il prezzo non costituisce neppure una *res dubia*, in quanto non vi è contestazione circa il *quantum*. Peraltro, anche nel caso in cui le parti si rivolgano all'arbitratore perché hanno delle difformità di vedute circa l'ammontare della giusta somma, il terzo è chiamato a risolvere una controversia che, a differenza dell'arbitrato, verte su un fatto e non su un diritto. Vi sono, per la verità, visioni differenti. Per una parte degli interpreti, il conflitto sul *quantum debeat* verterebbe, in realtà, sul modo d'essere di un diritto soggettivo e, dunque, su una controversia giuridica; così ritenendo, peraltro, non si potrebbe più parlare di arbitraggio bensì di arbitrato, tanto è vero che, per una dottrina, l'arbitrato, a differenza del processo statale, potrebbe avere ad oggetto anche frammenti di situazioni giuridiche soggettive piene, cioè mere "questioni" (e la quantificazione del prezzo potrebbe essere una di queste). A me sembra, però, la funzione alternativa dell'arbitrato rispetto al processo statale sia meglio garantita dal fatto che entrambi abbiano lo stesso oggetto, cioè un diritto soggettivo: pertanto, resta a mio avviso valida la differenza fra arbitrato ed arbitraggio, imperniata sulla distinzione fra fatto e diritto.

La questione si complica quando al terzo venga deferita la formazione di un intero contratto fra le parti: in particolare gli si dà mandato di trovare una soluzione transattiva della lite (arbitraggio nella transazione) o di accertare i diritti (arbitraggio nel negozio di accertamento). La differenza fra arbitrato ed arbitraggio si fa qui particolarmente sottile, specie quando l'arbitrato sia irrituale e dia perciò luogo ad una decisione di natura contrattuale: anche in questo caso, tuttavia, le tre figure non vanno confuse (*amplius* nel cap. XVIII).

Talvolta, arbitrato e arbitraggio convivono: ad esempio, le parti devolvono a terzi il potere di risolvere le liti derivanti da un contratto e anche quello di integrare, se lo ritengono opportuno o necessario, eventuali lacune, oppure di rinegoziare i patti negoziali in caso di mutamento delle circostanze.

L'art. 1349 c.c. stabilisce che la determinazione contrattuale può avvenire secondo mero arbitrio, oppure con equo apprezzamento: nel primo caso essa sarà impugnabile solo per mala fede, nel secondo caso anche per manifesta erroneità o iniquità.

Per il resto, il procedimento non è compiutamente regolato e non è richiesto

all'arbitratore il rispetto del principio del contraddittorio, elemento invece contratturato all'arbitrato. Infine, se sia necessario sostituire l'arbitratore, occorre l'accordo delle parti, pena la nullità del patto.

7. *Segue*: La perizia contrattuale.

Si definisce perizia contrattuale la determinazione di natura tecnica effettuata da un perito facendo uso delle proprie specifiche competenze: la valutazione, cioè, non è pienamente discrezionale, ma è condotta secondo parametri tecnico-scientifici. Le parti si vincolano alla futura perizia con un patto autonomo o tramite clausola inserita in un contratto.

L'istituto non trova specifica regolamentazione nella legge e la sua natura non è pacifica fra gli interpreti. La questione si pone specialmente quando le parti controvertono circa un fatto di natura tecnica, perché ci si domanda se la perizia sia un istituto autonomo rispetto all'arbitraggio o all'arbitrato, o sia una sottospecie di uno dei due: chi la vede come un arbitrato su questioni e non su diritti; chi un arbitraggio di natura tecnica; chi un *tertium genus*, disciplinato dalle norme generali del contratto.

È difficile dare una risposta univoca perché, mentre la funzione dell'arbitraggio è quella di integrare un elemento contrattuale mancante e quella dell'arbitrato è di accertare l'*an* o il modo d'essere di un diritto soggettivo, la perizia contrattuale può svolgere una varietà di funzioni.

Può infatti aversi *a)* quando sia necessario integrare il contratto con un elemento negoziale mancante, per il quale occorrono nozioni di natura tecnica; *b)* quando il contratto sia già perfetto, se sia necessario individuare un dato tecnico indispensabile per la sua esecuzione, nel qual caso non può rigorosamente parlarsi di elemento mancante nell'atto-contratto, bensì di elemento mancante nell'obbligazione contrattuale che nasce dall'atto; *c)* infine, quando il fatto tecnico riguardi obbligazioni di natura non contrattuale, nel qual caso manca lo stesso presupposto, il contratto, al quale la legge correla la funzione dell'arbitraggio.

Esempi. Caso *a)*: in una compravendita, le parti deferiscono ad un perito la stima dei beni, per la determinazione del prezzo. Caso *b)*: nei contratti assicurativi contro i danni o contro gli infortuni, è sovente previsto che la determinazione del danno astrattamente individuabile sia affidata ad un collegio di periti. In questo caso l'intervento del

perito è indispensabile ai fini della liquidazione dell'indennizzo dovuto dall'assicurazione, cioè con riguardo alla determinazione della sua obbligazione. Caso c): in caso di illecito extracontrattuale, il danneggiante e il danneggiato deferiscono ad un perito la stima dell'entità del danno.

Per tentare di fare chiarezza, va precisato che anche per la perizia contrattuale non è decisiva l'esistenza, sullo sfondo, di una controversia giuridica o di una controversia sul fatto: la costante è, piuttosto, la necessità di determinare un fatto di natura specialistica rilevante per la determinazione di una obbligazione giuridica contrattuale o extracontrattuale.

Quando l'obbligazione è contrattuale, sono per ricondurre l'istituto all'arbitraggio dell'art. 1349 c.c., a prescindere dal fatto che la perizia riguardi l'atto o il rapporto (benché, secondo una dottrina, nel secondo caso si otterrebbe un'attività accertativa più simile a quella dell'arbitro o del giudice su questioni prodromiche a diritti). Nel caso di obbligazioni extracontrattuali, l'art. 1349 c.c. non è, a rigore, applicabile, ma la comunanza di funzione autorizza analogo trattamento.

In ogni caso, ritengo che l'istituto dell'arbitrato non sia richiamabile, poiché il perito non accerta l'*an* o il *quomodo* di un diritto soggettivo, ma un fatto caratterizzato da specialità tecnica: tuttavia, non è sempre semplice nel concreto capire se le parti, nel prevedere una certa clausola, abbiano voluto una perizia contrattuale o un arbitrato.

Esempi. Un problema, ad esempio, si è posto con riguardo alla c.d. collegiale medica nei contratti di assicurazione. Infatti, “quando le parti demandino a terzi la soluzione di questioni prettamente giuridiche (come l'interpretazione del contratto, l'accertamento della sua validità, la valutazione della sua efficacia), tale patto va qualificato come arbitrato”; “ove, invece, le parti abbiano inteso demandare a terzi il mero accertamento e rilievo di dati tecnici (esistenza del danno, valore delle cose danneggiate, stima dell'indennizzo), tale patto va qualificato come ‘perizia contrattuale’” (Cass., 16 febbraio 2016, n. 2996 [1]; Cass., 10 maggio 2007, n. 10705). Problematica è anche la qualificazione della decisione del *Dispute Resolution Board* – invalso nella prassi degli arbitrati di appalti internazionali – vincolante per le parti a meno che una di queste non la contesti, nonché del Collegio consultivo tecnico negli appalti pubblici introdotto dall'art. 6 d.l. 76/20, a cui la legge dà valore di lodo irrituale a meno che le parti non abbiano previsto diversamente. Un altro problema si pone con riguardo alla domanda di autenticità di un'opera d'arte, che per la giurisprudenza dominante

(ma non per parte della dottrina) non può essere chiesta al giudice in quanto attinente ad un fatto e non ad un diritto, sicché solo se si fosse disposti a ricondurre la perizia nell'arbitrato su fatti (questione assai dibattuta come si è visto), potrebbe ritenersi ammissibile quest'ultimo.

Sentenze



1. Cassazione civile sez. III, 16/02/2016, n. 2996

Bibliografia essenziale



CAPITOLO III

LE FONTI DELL'ARBITRATO

1. Le convenzioni internazionali e la normativa europea.

L'arbitrato è regolato, prima di tutto, dalle convenzioni internazionali, che si occupano prevalentemente degli arbitrati caratterizzati da elementi di estraneità rispetto a un dato territorio, ma hanno notevoli ricadute interpretative anche sulla disciplina interna data la loro autorevolezza. Fra le altre vanno ricordate, specialmente, le convenzioni di New York del 1958, di Ginevra del 1961, di Washington del 1965.

La convenzione di New York del 1958 è la più importante, essendo stata ratificata dalla stragrande maggioranza dei paesi nel mondo. Peraltro, essa disciplina solo alcuni profili dell'arbitrato: la convenzione arbitrale, al fine di assicurarne il rispetto negli Stati contraenti (compreso, si ritiene, quello di appartenenza dell'arbitrato), nonché il riconoscimento e l'esecutività dei lodi arbitrali resi in un altro territorio, per favorirne la circolazione. È bene sottolineare fin d'ora che, sebbene la convenzione internazionale superi in gerarchia la legge nazionale ordinaria, è previsto che quest'ultima prevalga quando contenga disposizioni più favorevoli all'arbitrato.

La convenzione di Ginevra del 1961 opera in un contesto europeo, ma aspira a dettare una disciplina più completa rispetto alla convenzione di New York. Si rivolge in particolare agli arbitrati riguardanti controversie “arising from international trade” fra parti aventi la sede o la residenza in differenti Stati aderenti.

La convenzione di Washington (convenzione *Icsid*) del 1965 si occupa di un

particolare settore di scambi commerciali, quello degli investimenti dei privati nei Paesi in via di sviluppo ed istituisce un peculiare strumento arbitrale, gestito da un ente denominato *Icsid* (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), per la soluzione delle relative liti.

In ambito europeo, ci si è chiesti se sia applicabile all'arbitrato la Carta europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 6 detta i canoni del "giusto processo", che si deve svolgere in tempi ragionevoli, davanti ad un giudice imparziale, nel contraddittorio delle parti. Mentre la dottrina è divisa fra chi afferma la diretta applicabilità dell'art. 6 e chi invece la esclude assumendone l'applicabilità soltanto indiretta, la Corte di Strasburgo si è più volte pronunciata sul punto, ritenendo che quando l'arbitrato è frutto di scelta consapevole delle parti (come è nel nostro ordinamento), alcuni canoni dell'art. 6 sono rinunciabili (ad es. l'udienza pubblica), mentre altri no (ad es. l'imparzialità ed il contraddittorio): trattandosi di un vero e proprio processo alternativo alla giurisdizione statale, esso non può infatti prescindere dalle garanzie che vi sono intrinsecamente connesse.

Quanto al legislatore europeo, vanno segnalati la direttiva n. 11 del 21 maggio 2013 (2013/11/Ue), che regola l'arbitrato nelle liti di consumo (cap. VI, par. 7), nonché il regolamento n. 1215 del 2012, modificativo del precedente n. 44 del 2001, che si occupa della competenza giurisdizionale e della circolazione delle decisioni nell'Unione. Quest'ultimo regolamento, pur continuando ad escludere dal proprio ambito applicativo l'arbitrato, dedica un intero "considerando" a disciplinare i rapporti fra giudice e arbitro appartenenti a diversi ordinamenti e fa specifica menzione della convenzione di New York, rendendola così una vera e propria fonte normativa europea (cap. X, par. 6).

Va infine menzionata, sul piano sovranazionale, la legge modello elaborata dall'*Uncitral*, un organismo costituito in seno all'Organizzazione delle nazioni unite allo scopo di uniformare le legislazioni statali attraverso l'adozione delle norme che l'ente propone. Detta legge (elaborata nel 1985 e modificata da ultimo nel 2006) non ha, ovviamente, valore vincolante, ma è stata presa a modello integrale o parziale di riferimento in molti ordinamenti, compiendosi in tal modo una importante opera di armonizzazione delle rispettive discipline. Così hanno fatto, per esempio, Germania, Spagna, Austria, Svezia e Danimarca; il legislatore italiano ha invece scelto di non utilizzarla.

2. La legge nazionale: la Costituzione.

Nella Costituzione italiana la parola arbitrato non compare formalmente, ma questo non significa che l'istituto le sia totalmente indifferente. La sua ammissibilità si desume, in primo luogo, dall'art. 42 Cost., che sancisce la libertà di iniziativa economica privata: poiché l'arbitrato nasce da una scelta negoziale, vietarlo significa violare la Costituzione, ove manchino valori contrastanti di pari o superiore dignità da soppesarsi secondo il principio di ragionevolezza.

L'art. 102 Cost. prevede poi che “la legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia”. La norma è stata per lo più riferita alla partecipazione di privati ai collegi giudicanti, ma, cogliendo una suggestiva idea di una dottrina, si ataglia perfettamente all'arbitrato, che, come si è detto, rappresenta una forma di legittimazione dal basso della giustizia.

Anche il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. può essere utilmente invocato: non v'è dubbio, infatti, che la funzione di giustizia rientri in quelle “attività di interesse generale” alle quali il privato può attivamente contribuire.

Vi sono poi gli artt. 111, sulle regole del giusto processo e 24 Cost., sulla garanzia del diritto di azione e di difesa: si discute se siano direttamente applicabili all'arbitrato. In proposito, si può dire che i principi ivi contenuti sono espressione di una *ratio* richiamabile anche nell'arbitrato, che porta alla decisione sul diritto controverso attraverso un processo strutturato al quale sono dunque connaturate le relative garanzie. D'altro canto, però, ho già detto che l'arbitrato non può essere attratto nell'alveo della giurisdizione statale, vivendo in un mondo diverso seppur parallelo; di conseguenza, non si applicano criteri quali la limitazione delle risorse disponibili o la proporzionalità fra costi e benefici, che spesso vengono invocati per interpretare le norme del processo statale (cap. I, par. 3).

È preferibile, pertanto, ritenere che le disposizioni della Costituzione siano direttamente applicabili soltanto al processo davanti all'autorità giudiziaria, ma che costituiscano ad un tempo preziosi riferimenti da richiamare in via indiretta o analogica, ogniqualvolta siano espressione della funzione di “giudizio” tramite un “processo”, funzione che contraddistingue l'attività arbitrale al pari di quella pubblica.

La Corte costituzionale, dal canto suo, è intervenuta più volte sul rapporto fra arbitrato e giurisdizione dello Stato. L'analisi delle decisioni mostra chiaramente una evoluzione interpretativa che va di pari passo con le alterne fortune dell'arbitrato nel nostro ordinamento. Le pronunce più risalenti, infatti, concludevano in favore della sua legittimità soltanto grazie alla previsione per la quale il lodo

doveva obbligatoriamente essere recepito nell'alveo della giurisdizione statale, attraverso il deposito in tribunale: centralità assoluta assumeva il c.d. monopolio della giurisdizione in favore dello Stato, di cui all'art. 102, comma 1, Cost.

Venuta meno l'obbligatorietà del deposito, la Corte ha giustamente abbandonato questa prospettiva e, nel riconoscere piena dignità ed autonomia all'arbitrato, è passata a tratteggiarne la condizione essenziale di compatibilità con la garanzia del diritto di azione di cui all'art. 24 Cost.: le parti debbono poter liberamente scegliere se assoggettarsi o meno al rimedio arbitrale. Di conseguenza, un arbitrato obbligatorio, che non sia frutto di una scelta libera e consapevole dell'individuo, è costituzionalmente illegittimo.

Oggi, la Corte costituzionale ragiona in positivo e non soltanto in negativo, con riguardo alla legittimità costituzionale dell'arbitrato: si tratta di un rimedio "potenzialmente fungibile" e sostitutivo, rispetto all'attività giurisdizionale pubblica, sicché gli vanno assicurate le garanzie necessarie affinché sia in grado di pervenire ad "un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del *dictum* del giudice statale".

3. Il codice e le leggi speciali.

Al gradino immediatamente successivo delle fonti si trova la legislazione nazionale. L'arbitrato italiano è compiutamente disciplinato dagli artt. 806-832 e 839-840 c.p.c., più volte riformati (l'ultima, radicale, modifica risale d.lgs. n. 40 del 2006). Vi sono poi norme sparse, sia nel codice di procedura civile (ad esempio, in materia cautelare, gli artt. 669 *octies*, *novies* e *decies*, o con riguardo all'arbitrato del lavoro su cui *infra*) sia nel codice civile (con riguardo, ad esempio, agli effetti della domanda d'arbitrato e alla trascrizione dei lodi: artt. 2943, 2945, 2652, 2653, 2690, 2691).

Negli ultimi anni, si è assistito ad una proliferazione di leggi speciali, che prevedono regole parzialmente o totalmente derogatorie della disciplina generale in determinate materie. La necessità di riservare regole *ad hoc* che tengano conto della peculiarità di alcune materie è indubbia (ad esempio, quando vi è uno squilibrio fra le parti), ma sarebbe meglio unificarle in un solo testo, perché la frequente incompletezza delle leggi speciali ed il mancato coordinamento con il modello generale creano incertezza sullo schema processuale di riferimento. Di seguito elenco le disposizioni speciali più importanti.

a) *L'arbitrato societario*: è disciplinato dagli artt. 34-36 d.lgs. n. 5 del 2003, che riguardano esclusivamente le clausole compromissorie contenute negli statuti delle società, con riferimento alle liti endosocietarie, cioè alle liti nascenti all'interno della vita dei gruppi organizzati, spesso caratterizzate da particolare complessità oggettiva e soggettiva. Se ne tratterà con dettaglio negli specifici profili man mano affrontati, ma qui occorre precisare che la clausola statutaria è esclusivamente disciplinata dal modello "speciale" che non si affianca ma sostituisce quello ordinario, secondo l'orientamento oggi maggioritario.

b) *L'arbitrato di lavoro pubblico e privato*: poiché gli artt. 806 c.p.c. (per l'arbitrato rituale) e 5 della l. n. 533 del 1973 (per l'arbitrato irrituale) condizionano l'arbitrabilità della materia a specifiche previsioni nella legge o nei contratti collettivi, sono state emanate specifiche disposizioni, sia nel c.p.c. (artt. 412, 412-ter e 412-quater) sia in leggi speciali (cap. XVIII, par. 5).

c) *L'arbitrato sportivo*: si segnala in particolare il d.l. n. 220 del 2003 e successive modificazioni, a cui si affianca il codice della giustizia sportiva Coni 2014 e successive modificazioni (cap. VI, par. 16).

d) *L'arbitrato con gli enti pubblici*: una disciplina assai articolata è contenuta nel codice dei contratti pubblici, con l'art. 209 s. d.lgs. n. 50 del 2016 (cap. VI, par. 12); le liti fra le imprese private e l'Agea (Agenzia per le erogazioni in agricoltura) possono essere risolte da un arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale dell'agricoltura (d.m. 20 dicembre 2006).

e) *L'arbitrato marittimo*: il codice della navigazione, all'art. 619, regola il "chirografo di avaria" e vi applica le norme sull'arbitrato, se le parti esprimano volontà in tal senso.

4. La volontà delle parti. La c.d. *soft law*.

Fonte di particolare importanza, seppur non imposta, è la volontà delle parti, che può essere manifestata nella convenzione arbitrale o anche successivamente, purché prima dell'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri; dopo occorre anche il consenso di questi ultimi.

Una particolare modalità di espressione della volontà negoziale è il rinvio a regolamenti arbitrali preconfezionati. Il richiamo si inquadra di regola nella scelta dell'arbitrato amministrato da appositi enti (cap. V, par. 1), ma è anche possibile far uso di regolamenti che prescindano dalla presenza di un amministratore, come le *Uncitral rules* (cap. V, par. 1).

La volontà delle parti prevale sulla disciplina normativa di riferimento dell'arbitrato, ma non può derogare a norme di ordine pubblico: non può cioè attenuare o peggio sopprimere il diritto al contraddittorio, o il principio *nemo iudex in causa propria*, o ancora il canone dell'imparzialità dell'arbitro.

Negli arbitrati internazionali (cap. IV, par. 2), la volontà delle parti è ancora più rilevante, perché più forte è l'esigenza di svincolarsi dalle rigidità delle discipline nazionali. Pertanto, il ricorso ai regolamenti arbitrali è frequente, permettendo di contare su una disciplina procedimentale precostituita, uniforme e condivisa. L'aspirazione a distaccarsi dagli ordinamenti nazionali ha spinto verso la creazione di una vera e propria *lex mercatoria arbitralis* (*processualis*), che può essere così definita quando le regole nascenti dalla volontà privata assurgono al ruolo di consuetudini accettate e recepite dalla comunità internazionale (cap. IV, par. 3).

In quest'ottica, svolgono un ruolo sempre più importante le fonti definite, con un vero e proprio ossimoro, come *soft law*: linee guida dettate da enti, istituzioni, o rappresentanze di categorie, prassi rese pubbliche, codici di condotta. Si tratta di regole con valenza isonomica, una sorta di "raccomandazioni" fra pari.

Ove le parti decidano di recepire le linee guida all'interno del loro arbitrato, la *soft law* si trasforma in *hard law*, intesa come legge stabilita dalle parti. Le parti possono anche prevedere che le suddette regole, pur non vincolanti, rappresentino una via preferenziale per gli arbitri, quando non vi siano particolari motivi per discostarsene: gli arbitri saranno così tenuti a motivare la ragione del distacco.

In caso di mancato richiamo, dette fonti possono comunque svolgere un duplice ruolo: in primo luogo, sono un'utile guida per gli arbitri su come risolvere un *impasse* senza irrigidire il processo arbitrale, permettendo alle parti di conoscere in anticipo la soluzione. In secondo luogo, rappresentano un prezioso strumento interpretativo delle regole dettate dalle parti o dalla legge, quando il loro tenore sia incerto od elastico, o incerta sia l'applicabilità al caso concreto: suppliscono dunque alle lacune, totali o parziali, delle fonti vincolanti.

Esempi. Può trattarsi di linee guida elaborate dagli enti amministratori di arbitrati (es. *Case Management Technique*, dell'Icc); curate da organismi non amministratori (le *Iba Guidelines*, le *Uncitral Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, il *Protocol for E-Disclosure in Arbitration* del *Chartered Institute of Arbitrators*); ma anche di strumenti maggiormente operativi, come la *Redfern schedule* o il *Sachs protocol* sulla consulenza tecnica. La codificazione è spesso preceduta da prassi di comportamento diffuse, c.d. *best practices*.

Sentenze



1. CEDU, IV Section, Decision as to the admissibility of Application No. 31737/96 by Osmo Suovaniemi and others against Finland
2. CEDU, III Section, Décision, Requête no 41069/12, Nouredine Tabbane c. Suisse
3. CEDU, III Section, Requêtes nos 40575/10 et 67474/10, Affaire Mutu et Pechstein c. Suisse
4. Corte Costituzionale, 14/07/1977, n. 127
5. Corte Costituzionale, 09/05/1996, n. 152

Bibliografia essenziale



CAPITOLO IV

ARBITRATO INTERNO ED ESTERO; ARBITRATO DOMESTICO E INTERNAZIONALE

1. L'appartenenza dell'arbitrato ad un ordinamento: *lex arbitri*.

Determinare a quale ordinamento appartiene un arbitrato è importante, perché significa individuare la legge applicabile, cioè la c.d. *lex arbitri*: la nazionalità dell'arbitrato serve a identificare le regole di svolgimento del procedimento, o a sapere quale sia il giudice davanti al quale si può impugnare il lodo, oppure il giudice a cui rivolgersi per ottenere assistenza in caso di *impasse* durante le attività processuali.

Quando un arbitrato può dirsi “interno” (“nazionale”), oppure “straniero” (“estero”)?

Premettendo che si tratta di una definizione relativa, in quanto dipende dall'ordinamento nel quale l'osservatore si trova, una prima risposta ci viene data dalla convenzione di New York del 1958: l'art. I, comma 1 definisce come estraneo ad un dato ordinamento, cioè straniero, l'arbitrato il cui lodo sia stato reso (nella lingua inglese, ufficiale, “made”) in uno Stato diverso da quello considerato.

Il criterio del luogo di pronuncia del lodo non è di facile applicazione, dato che la sequenza procedimentale per pervenire alla decisione, caratterizzata dalla delibera, dalla stesura e dalla sottoscrizione, può avvenire in luoghi diversi, o addirittura in più luoghi contemporaneamente, come nella videoconferenza. Nel corso del tempo, quindi, si è fatto strada un criterio diverso, più sicuro, da utilizzare per attribuire una nazionalità: la sede dell'arbitrato.

La legge italiana non è esplicita in proposito: l'art. 839 c.p.c. si occupa di regolare il riconoscimento di un lodo straniero, ma non dice quando possa ritenersi

tale; l'art. 4 della l. n. 218 del 1995 (legge di diritto internazionale privato), a sua volta, si limita a permettere la deroga della giurisdizione italiana a favore di un "arbitrato estero". Il criterio della sede è però desumibile dall'art. 816 c.p.c., nel quale si legge che "le parti determinano la sede dell'arbitrato nel territorio della Repubblica...", mostrando così di considerare l'arbitrato con sede in Italia come italiano, cioè soggetto alla disciplina italiana.

Lo stesso art. 816, comma 3, chiarisce che l'arbitrato con sede in Italia rimane di nazionalità italiana anche se gli arbitri appongono la firma del lodo all'estero.

Molti altri ordinamenti utilizzano il criterio della sede dell'arbitrato, accolto dall'art. 1 della legge modello dell'*Uncitral*. Tuttavia, in qualche caso, è permessa l'applicazione di tutte o determinate norme interne anche quando la sede dell'arbitrato sia all'estero, o per valorizzare la scelta delle parti in favore della legge processuale di quello Stato nonostante la sede estera, o per evitare che si formino vuoti di giustizia, o ancora per offrire comunque una tutela in situazioni di incerta collocazione normativa (ad esempio nei casi in cui, al momento in cui vi è necessità di assistenza giudiziaria, la sede non sia stata ancora stabilita).

Per sede si intende il luogo formale scelto dalle parti o, in difetto, dagli arbitri e non il luogo dove materialmente si svolgono le udienze o le attività dell'arbitrato che, potrà trovarsi anche all'estero.

La convenzione di New York aggiunge che sono salve tutte le ipotesi in cui, sulla base della legge di un dato Stato, l'arbitrato non sia da considerarsi nazionale nonostante il fatto che il lodo sia stato reso in detto Stato. La norma va intesa nel senso che, ad esempio, se le parti abbiano indicato una *lex arbitri* diversa dall'ordinamento dello Stato in cui il lodo è stato reso, quest'ultimo ordinamento potrà considerare l'arbitrato come straniero. Si delineano dunque due prospettive dalle quali si può esaminare la questione della nazionalità: un lodo "estero" perché reso in un altro ordinamento rispetto a quello di riferimento; un lodo "non interno" perché non appartenente all'ordinamento di riferimento a prescindere dal luogo in cui sia stato reso.

In Italia, peraltro, si discute se sia possibile per le parti stabilire una *lex arbitri* diversa da quella italiana per un arbitrato con sede nel nostro Paese; o se, al contrario, le parti possano scegliere la legge processuale italiana, senza aver stabilito la sede dell'arbitrato in Italia.

Come si vedrà meglio al par. 2, se la *lex arbitri* è in grado di delineare lo schema processuale di riferimento, non è da escludere che singoli aspetti siano retti da leggi diverse.

Infine, va precisato che le regole applicabili al processo arbitrale (*lex arbitri*) vanno tenute distinte dalle regole applicabili al merito della lite (*lex causae*). Mentre le prime riguardano il processo arbitrale e, a monte, la convenzione arbitrale, le seconde rappresentano la base per il giudizio sul merito (cap. XI, par. 11). La loro determinazione si fonda su criteri tutt'affatto differenti, per cui è ben possibile che gli arbitri siano chiamati a giudicare su un sistema normativo di un dato ordinamento, pur dovendo applicare le regole processuali di un altro sistema.

Esempio. Se l'arbitrato ha sede in Italia, gli arbitri saranno tenuti ad applicare la legge processuale italiana, per regolare le attività arbitrali; se la lite abbia ad oggetto un contratto, al quale, per espressa dizione delle parti, sia applicabile la legge inglese, gli arbitri dovranno applicare quest'ultima, per verificare chi abbia torto e chi abbia ragione. La legge applicabile al merito della lite, infatti, come si dirà oltre (cap. XI, par. 11), non è quella della sede dell'arbitrato, ma va individuata, se la sede del lodo è in Italia, sulla base della disciplina di diritto internazionale privato (l. n. 218 del 1995 e fonti convenzionali prevalenti).

2. Arbitrato internazionale. Arbitrato degli investimenti.

Occorre ora introdurre la nozione di arbitrato "internazionale", da contrapporre all'arbitrato "domestico".

L'arbitrato si definisce internazionale quando siano presenti taluni elementi di estraneità rispetto all'ordinamento a cui appartiene, come, ad esempio, la residenza delle parti in Paesi diversi: l'arbitrato internazionale mantiene dunque una sua nazionalità, questa intesa come appartenenza ad un dato ordinamento, da determinarsi sulla base della sede.

Si capisce, dunque, che l'arbitrato internazionale non costituisce una terza tipologia di arbitrato, a fianco dell'arbitrato straniero e di quello interno: più semplicemente si tratta di un arbitrato appartenente ad un dato ordinamento (in tal senso, appunto, nazionale) che mostra punti di contatto con una molteplicità di ordinamenti ed è, pertanto, a maggior rischio di incertezza circa la sua disciplina.

Si scontrano, in proposito, due esigenze: da un lato, è importante favorire l'aspirazione degli operatori nel settore degli scambi commerciali internazionali a disporre di un foro neutrale ed equidistante evitando, per quanto possibile, di sot-

toporsi ai meccanismi di giustizia degli Stati di riferimento; d'altro lato, occorre dotare questo foro di regole chiare ed univoche.

La convenzione di New York del 1958 si concentra più che altro sul riconoscimento dei lodi all'estero, limitandosi a dettare alcune regole sulla convenzione arbitrale da valere negli arbitrati internazionali. Per sapere, quindi, quando si ha di fronte un arbitrato internazionale ed individuarne la disciplina, occorre ancora una volta fare riferimento alla *lex arbitri*.

Si evidenziano, in proposito, due linee di tendenza. In alcuni paesi, come la Francia, il legislatore riserva all'arbitrato internazionale una disciplina diversa, di solito più liberale rispetto all'arbitrato domestico (approccio dualistico); in Svizzera è però possibile applicare il regime internazionale ad un arbitrato domestico e viceversa (art. 176 l.d.i.p. e art. 353 c.p.c.). In altri ordinamenti, come l'Italia, si sceglie invece di regolare in modo uniforme l'arbitrato, a prescindere dal fatto che presenti o meno elementi di estraneità (approccio monistico).

Prima del 2006, la legge italiana aveva scelto l'approccio dualistico, dettando una disciplina più favorevole nel caso di arbitrato italiano con elementi di estraneità. Dopo il 2006 e la completa abrogazione del titolo relativo all'arbitrato internazionale, la disciplina è la stessa di quello domestico, eccetto alcune particolarità, come la decisione circa la lingua dell'arbitrato (art. 816-*bis* c.p.c.) e l'esclusione del giudizio rescissorio, cioè del giudizio sul merito, a seguito di annullamento del lodo internazionale (art. 830, comma 2, c.p.c.).

Tuttavia, la differenza resta con riguardo ai criteri di interpretazione delle norme. Talvolta, infatti, accade che della stessa norma si diano due diverse letture a seconda che l'arbitrato sia domestico o internazionale: ad esempio, si è ritenuto che il concetto di ordine pubblico a cui fare riferimento per l'annullamento del lodo internazionale con sede in Italia debba essere più ristretto rispetto a quello per l'annullamento di un lodo domestico.

È bene precisare che, quando l'arbitrato con sede in Italia verta su liti derivanti dal commercio internazionale, fra soggetti residenti in Paesi europei diversi, che abbiano sottoscritto la convenzione di Ginevra del 1961, si applica quest'ultima e solo in via sussidiaria la legge interna.

Resta ora da capire che cosa si intenda per "elementi di estraneità".

Anche in questo caso la risposta varia da ordinamento ad ordinamento. Dalla legge italiana riformata nel 2006 si ricava che la caratteristica rilevante per definire l'arbitrato internazionale è la residenza di almeno una delle parti all'estero (art. 830). Pertanto, un arbitrato con sede in Italia, fra parti che risiedono

in Stati diversi, o delle quali una sola risieda all'estero, sarà un arbitrato internazionale italiano.

Non in tutti gli ordinamenti vige il solo criterio della residenza delle parti in paesi differenti; talvolta rilevano anche altre circostanze, per lo più in alternativa, come ad esempio il luogo in cui debba essere eseguita una parte rilevante della prestazione, ovvero il luogo con il quale la vicenda litigiosa abbia il collegamento più stretto (cfr. all'art. 1, comma 3, legge modello *Uncitral*), o più genericamente l'attinenza della controversia al commercio internazionale (cfr. art. 1504 *c.p.c.* francese), o ancora la volontà delle parti di applicare la normativa dell'arbitrato internazionale, piuttosto che quella interna, quando l'ordinamento di riferimento distingue fra le due discipline.

La libertà delle parti di determinare la *lex arbitri*, unitamente al *favor* verso la libera circolazione dei lodi all'estero, permette ai contendenti di scegliere l'ordinamento più in linea con le proprie esigenze e con lo spirito di autonomia del commercio internazionale: un vero e proprio "arbitration shopping".

Con questo, non può però essere esclusa l'applicazione di altri sistemi normativi, su determinati aspetti dell'arbitrato: poiché, come si è già detto, gli elementi di estraneità dell'arbitrato internazionale importano riferimenti ad ordinamenti diversi, può accadere che, nonostante la scelta di un dato ordinamento come *lex arbitri*, per taluni aspetti dell'arbitrato si debba fare riferimento ad altre leggi: ad esempio, quella del contratto che si instaura fra le parti e gli arbitri, quanto all'espletamento dell'incarico dietro corrispettivo (cap. VIII, par. 14); o quella del rapporto fra le parti e l'istituzione che amministra l'arbitrato (cap. V, par. 1 ss.); oppure quella della convenzione arbitrale per i profili di validità di quest'ultima (cap. VII, par. 3 ss.). Talvolta, sono le convenzioni internazionali e le leggi nazionali a prevedere che determinate questioni insorgenti in arbitrato debbano essere risolte non alla luce della *lex arbitri*, bensì di una legge differente, collegata con la specifica questione. L'art. 840, comma 3, n. 1, ad esempio, sulla falsariga della convenzione di New York, stabilisce che, affinché un lodo con sede all'estero possa essere riconosciuto in Italia, il giudice deve valutare la validità della convenzione arbitrale alla luce della legge che le parti hanno scelto espressamente per quest'ultima (legge che non è necessariamente quella del contratto principale) e solo in mancanza sulla base della *lex arbitri* (*amplius* cap. XIX, par. 2).

Un settore nel quale l'arbitrato internazionale ha assunto una particolare importanza, per i notevoli riflessi sulla collettività, è quello degli investimenti dei privati in Paesi diversi da quello di appartenenza: si parla di "arbitrato sugli in-

vestimenti”, da molti considerato come una tipologia a sé stante di arbitrato, con peculiarità sue proprie.

Si è già detto dell’*Icsid* (cap. III, par. 1) creato proprio allo scopo di risolvere le liti fra investitori privati e Paesi in via di sviluppo.

I trattati di investimento stipulati fra Stati (*Bilateral investment treaties* – c.d. *Bits* –, o *Multilateral* e *International investment treaties*) contengono, nella stragrande maggioranza, apposite clausole per la soluzione delle liti.

Sono di regola individuate due categorie di conflitti, da tenere ben distinte: liti fra gli Stati per la violazione delle norme dei trattati e liti fra uno Stato contraente ed un investitore privato di un altro Stato contraente, con riferimento ad un determinato investimento che si collochi nell’ambito del trattato. Con riguardo alla seconda tipologia di liti, si fa spesso richiamo all’arbitrato gestito dall’*Icsid*, o da altre Camere arbitrali, ovvero ad arbitrati *ad hoc* retti dalle regole *Uncitral* (cap. V).

L’arbitrato degli investimenti non perde la sua origine contrattuale, per cui occorre pur sempre il consenso di tutte le parti: la peculiarità sta nel fatto, però, che, mentre lo Stato si può vincolare all’arbitrato ancor prima che sia determinato l’investitore (o con il trattato, o addirittura con una legge interna), quest’ultimo deve, se vuole, esprimere il consenso o attraverso una clausola contenuta nel contratto individuale con lo Stato ospite, o con altre modalità, come lo stesso avvio dell’arbitrato.

3. Arbitrato senza nazionalità?

Ci si deve ora domandare se sia possibile prescindere dalle discipline statuali per regolamentare l’arbitrato. Come si è già detto, infatti, nel settore del commercio internazionale è forte l’esigenza di staccarsi dagli ordinamenti interni per adire un foro realmente sovranazionale, tanto da elaborare una vera e propria *lex mercatoria* arbitrale, costituita da principi generali, tratti dalle convenzioni, dalla prassi arbitrale, nonché dall’interpretazione delle norme ad opera di dottrina e giurisprudenza: canoni universalmente accettati nelle liti del commercio internazionale a formazione non autoritativa (cap. III, par. 4).

Esempio. Si ritiene faccia parte della *lex mercatoria* arbitrale e vada perciò universalmente riconosciuto, a prescindere dalle previsioni dei singoli ordinamenti, il principio di autonomia della clausola compromissoria, ai sensi del quale la validità di quest’ultima deve essere valutata separatamente rispetto a quella del contratto (cap. VIII).

Un ruolo importante, in questo senso, rivestono i regolamenti arbitrali richiamati dalle parti nella convenzione compromissoria, perché, dettando una disciplina esaustiva, permettono uno sganciamento dalle leggi nazionali. Taluno ha addirittura configurato l'arbitrato internazionale come un vero e proprio ordinamento autonomo transnazionale (in applicazione della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano), con funzione pubblicistica, come rimedio generalizzato per le liti del commercio internazionale.

È davvero possibile immaginare un arbitrato “flottante”, vale a dire privo di qualunque legame con gli ordinamenti nazionali e dotato di una propria disciplina, traente legittimazione sul piano esclusivamente internazionale?

Per dare una risposta, si può innanzitutto osservare come le convenzioni internazionali favoriscano l'autonomia dell'arbitrato, dettando regole uniformi. La convenzione di New York, ripresa testualmente dal nostro art. 840 c.p.c., dà ampio spazio alla volontà delle parti nel regolare la procedura arbitrale, tanto da permettere il riconoscimento del lodo reso conformemente alle regole stabilite dalle parti, indipendentemente dal fatto che dette regole siano o no conformi alla legge dello Stato di nazionalità dell'arbitrato (art. V, par. 1, lett. d)). D'altro canto, la convenzione di Ginevra del 1961 contiene una disciplina assai articolata degli arbitrati sul commercio internazionale, dettando una serie di criteri specifici per individuare volta per volta i giudici statuali competenti ad intervenire in ausilio o per determinare le regole applicabili al procedimento arbitrale (art. 4).

Rimangono però profili che la volontà delle parti o la normativa internazionale non sono in grado di coprire. Anche se si ammettesse la possibilità di un arbitrato in grado di svolgersi in modo autosufficiente, sulla base delle determinazioni delle parti, senza alcun riferimento o ricorso a leggi nazionali, una volta emesso il lodo, la mancata ottemperanza spontanea del soccombente costringerebbe il vincitore a chiedere l'ausilio dell'autorità nello Stato nel quale la pronuncia arbitrale dev'essere eseguita, e, giocoforza, detta pronuncia passerebbe attraverso il vaglio di quell'ordinamento. La *lex mercatoria* arbitrale potrebbe, in questi casi, conservare una importante valenza nella interpretazione delle norme, anche da parte della giurisprudenza chiamata ad applicarle, ma non sarebbe comunque decisiva.

In altri termini, non v'è dubbio che i legislatori nazionali abbiano sempre l'ultima parola. Se mai, spetta a loro valutare se o in che termini allentare, il controllo sull'arbitrato: in tal senso, vanno positivamente segnalati i tentativi di ridurre quanto più possibile l'intervento del giudice nazionale della sede dell'arbitrato.

Secondo alcuni, la possibilità di riconoscere un lodo annullato nel Paese di

origine andrebbe nella direzione del riconoscimento di un arbitrato senza nazionalità: sulla dibattuta questione rinvio però al cap. XIX, par. 2.

Di arbitrato veramente anazionale si può parlare, forse, in un solo caso, vale a dire con riferimento all'arbitrato gestito dall'*Icsid* (cap. III, par. 1): si tratta infatti di un vero e proprio sistema autoportante, anche per quanto riguarda l'impugnazione del lodo, che viene gestita esclusivamente all'interno dell'ente; inoltre, gli Stati aderenti si impegnano a riconoscere e a dare esecuzione ai lodi come se fossero sentenze domestiche.

Merita un cenno anche la Corte comune di giustizia e arbitrato istituita con il trattato di armonizzazione *Ohada* (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*), stipulato da gran parte dei Paesi africani allo scopo di uniformare la disciplina in campo commerciale. L'arbitrato svolto sotto la sua egida dà luogo ad un lodo immediatamente esecutivo in tutti gli Stati firmatari del trattato, dietro *exequatur* concesso dallo stesso ente amministratore, il quale si occupa altresì di eventuali impugnazioni contro la pronuncia arbitrale (v. art. 27 ss. del regolamento d'arbitrato davanti alla Corte).

Bibliografia essenziale



CAPITOLO V

ARBITRATO *AD HOC* E ARBITRATO AMMINISTRATO

1. L'arbitrato gestito da enti amministratori.

Un'importante distinzione è quella tra arbitrato *ad hoc* e arbitrato amministrato. La convenzione di Ginevra del 1961 prevede infatti che le parti possano rivolgersi ad istituzioni arbitrali permanenti, nel qual caso il procedimento arbitrale sarà svolto in conformità con il regolamento dell'ente; altrimenti l'arbitrato sarà *ad hoc*.

L'arbitrato *ad hoc* è la forma “ordinaria”: le parti definiscono in autonomia tutte le caratteristiche che lo contraddistinguono, dalla nomina degli arbitri, alle regole procedurali, con il limite dei precetti inderogabili fissati dalla disciplina normativa applicabile.

L'arbitrato amministrato è gestito da enti o istituzioni a struttura permanente, che non decidono la lite, ma offrono tre tipi di servizi:

a) logistico-amministrativo: mettono a disposizione il luogo per lo svolgimento delle adunanze arbitrali e la segreteria, che assume il compito di tenere i contatti con le parti e con gli arbitri;

b) controllo e assistenza in caso di *impasse* nello svolgimento dell'arbitrato: ad esempio, intervengono nella nomina degli arbitri, determinano il costo o il tempo di durata dell'arbitrato e così via;

c) regolamentare: predispongono regole dettagliate per lo svolgimento dell'arbitrato.

Esempi. Fra gli enti più significativi, a livello internazionale, possono menzionarsi (ma l'elenco non è certo completo) la Camera arbitrale di Milano (Cam), l'*International Chamber of Commerce* di Parigi (Icc), la *London Court of International Arbitration* (Lcia), le Camere arbitrali presso le Camere di commercio svizzere, con il regolamento uniforme detto *Swiss rules*, l'*American Arbitration Association* (Aaa), la *China International Economic and Trade Commission* (Cietac), l'*Hong Kong International Arbitration Centre* (Hkiac), il *Singapore International Arbitration Centre* (Siac), la Camera arbitrale di Stoccolma, il *Centro Internacional de Arbitraje de Madrid* (Ciam). Alcuni enti amministratori offrono regolamenti tagliati su misura per specifiche materie: la AAA, ad esempio, ha predisposto regolamenti differenziati su un amplissimo ventaglio di materie; in Italia, si segnala fra gli altri il regolamento arbitrale per l'arte della Camera arbitrale di Venezia o le camere arbitrali istituite per determinate categorie merceologiche (ad esempio la Camera arbitrale italiana del caffè). Quanto alla derivazione, molte camere arbitrali sono gestite da camere di commercio, ma anche da associazioni di categoria, ordini professionali (come le camere arbitrali forensi) ed enti privati.

L'arbitrato amministrato ha alcuni vantaggi.

I costi sono spesso contenuti e sempre prevedibili: i regolamenti degli enti arbitrali contengono tariffe, calibrate in base al valore della lite, con riguardo al compenso degli arbitri e dell'ente. La stessa predisposizione, ad opera dell'istituzione, di un regolamento dettagliato permette una maggiore prevedibilità delle modalità di svolgimento del processo, utile specie nell'arbitrato irrituale (cap. XVIII, par. 1 ss.). Le parti beneficiano dell'assistenza e dell'esperienza di un organismo specializzato, in grado di risolvere gli ostacoli che si presentano via via nel corso del procedimento arbitrale e di vigilare sul rispetto dei canoni del giusto processo, come l'imparzialità degli arbitri (cap. VIII, par. 7).

Gli aspetti negativi sono una minore flessibilità dello strumento ed il maggior costo rappresentato dai servizi dell'istituzione arbitrale.

Dal punto di vista giuridico, l'ente amministratore, attraverso la pubblicità delle sue prestazioni, compie, propriamente, una offerta al pubblico (art. 1336 c.c.; si è anche richiamato l'istituto della promessa al pubblico: art. 1989 c.c.). Detto inquadramento, più convincente rispetto a quello che vede nella proposta un mero invito ad offrire, fa sì che l'ente sia vincolato al servizio non appena le parti portino a sua conoscenza l'intenzione di usufruirne, di regola attraverso la trasmissione all'ente della domanda d'arbitrato per l'attore e della memoria di risposta per il convenuto.

Con l'accettazione, si perfeziona un vero e proprio contratto fra le parti e l'ente gestore per l'organizzazione del procedimento arbitrale: il c.d. contratto di amministrazione.

Rimane, a fianco di quest'ultimo, il rapporto diretto fra le parti, da un lato e gli arbitri, dall'altro, per lo svolgimento della funzione giudicante (c.d. contratto di arbitrato, cap. IX, par. 10); l'ente amministratore si limita ad integrarne il contenuto con il proprio regolamento e a fornire l'assistenza necessaria affinché l'esecuzione del rapporto si svolga nel modo più efficiente.

Secondo l'interpretazione che ritengo preferibile, non si instaura un terzo rapporto diretto ente-arbitri, quanto alla gestione dell'arbitrato e ai compensi: potranno forse configurarsi obbligazioni o fonti di responsabilità dirette quanto all'iscrizione o alla tenuta di eventuali liste di arbitri, ma si tratta, con evidenza, di questioni che fuoriescono dall'arbitrato in senso stretto.

In molti casi, il legislatore incoraggia l'arbitrato amministrato, prevedendo l'istituzione di camere arbitrali per la gestione di determinate controversie. Vanno ricordati in proposito: la l. n. 580 del 1993, art. 2 lett. g), poi modificato dal d.lgs. n. 219 del 2016, che tuttora prevede la possibilità di istituire enti arbitrali presso le camere di commercio, a particolari condizioni; l'arbitrato amministrato nella subfornitura di cui all'art. 10, l. n. 192 del 1998; l'attività arbitrale delle autorità amministrative indipendenti (cfr. par. 3); la possibilità per gli ordini degli avvocati di istituire camere arbitrali (l. n. 247 del 2013, art. 29, comma 1, lettera n).

Un'utilissima raccolta di dati si trova nei rapporti periodici sullo stato dell'arbitrato in Italia curati da Isdaci.

Poiché la forma amministrata appare la più idonea alla gestione dei conflitti che involgono interessi pubblici o riguardano parti in squilibrio contrattuali, in certi casi l'arbitrato è da ritenersi "obbligatoriamente amministrato" (v. ad es. cap. VI, par. 12).

Esiste anche un terzo tipo di arbitrato, a metà strada fra quello amministrato e quello *ad hoc*: il c.d. arbitrato regolamentare, che viene così definito quando le parti di un arbitrato *ad hoc* rinviando ad un regolamento precostituito e formato *aliunde* per disciplinare il processo arbitrale. Il caso più importante è quello delle *Uncitral rules*, elaborate dall'organismo internazionale e messe a disposizione di tutti i contendenti che desiderino una disciplina dettagliata senza rivolgersi ad enti amministratori. In Italia, si possono ricordare alcuni tipi di arbitrati dello sport, come quello del lavoro fra atleti e società di calcio appartenenti alla Lega di serie A; anche l'arbitrato dei contratti pubblici presenta caratteristiche ibride (cap. VI, par. 12).

A ben vedere, l'arbitrato regolamentare non è altro che una forma di arbitrato *ad hoc*, con la peculiarità di un dettagliato regolamento processuale di formazione eteronoma. Talvolta, però, si aggiungono ulteriori elementi, come l'intervento di un ente a specifici fini, che rendono più arduo il *discrimen* fra arbitrato *ad hoc* e amministrato (ancora una volta richiamo l'arbitrato degli appalti pubblici).

Va comunque precisato che, spesso, gli enti amministratori prevedono nei loro regolamenti che il rinvio delle parti a questi ultimi importi anche il richiamo alla gestione amministrata dell'ente (ad esempio art. 6 del regolamento *Icc*): nel qual caso, l'arbitrato non sarà più *ad hoc* ma amministrato, anche se le parti non l'abbiano specificato.

2. La disciplina: art. 832 c.p.c.

La norma di riferimento dell'arbitrato amministrato è l'art. 832 c.p.c. Essa, per la verità, si occupa soltanto di alcuni aspetti dell'arbitrato amministrato, lasciando il resto alla libera autonomia delle parti, degli arbitri e dell'ente e, dall'altra parte, contiene disposizioni applicabili anche all'arbitrato *ad hoc*. Vediamo uno per uno i punti affrontati dalla norma.

a) È previsto innanzitutto che, nel caso di contrasto tra quanto disposto dal regolamento e quanto specificato dalle parti nella convenzione arbitrale o in atto successivo, la volontà pattizia prevalga sempre.

La regola è condivisibile, ma può nascondere delle insidie, quando il regolamento mira a correggere eventuali scelte compiute dalle parti che sarebbero altrimenti *contra legem*. Vi è infatti il rischio che la stessa convenzione arbitrale sia ritenuta invalida.

In questo caso, è opportuno che lo stesso regolamento contenga un criterio per coordinare la difformità e permettere all'arbitrato di svolgersi regolarmente. Poiché le disposizioni delle parti vanno interpretate secondo buona fede e nel senso più favorevole alla loro operatività, ritengo che, di fronte a due previsioni confliggenti, debba ritenersi prevalente quella che salvaguarda il regolamento come fonte della volontà delle parti; così ragionando, l'art. 832 non viene neppure in gioco, perché la contraddizione viene risolta a monte, tramite un'accorta attività interpretativa del dettato negoziale.

Esempio. Una clausola compromissoria contenuta in uno statuto sociale rinvia al regolamento della Camera arbitrale di Milano, ma stabilisce, con previsione illegittima (in quanto contraria all'art. 34 d.lgs. 5/03, che impone, a pena di nullità dell'intera clausola, che l'arbitro sia designato da un terzo estraneo alla società) che la nomina degli arbitri sia effettuata dalle medesime parti; il regolamento richiamato prevede all'art. 2 che "Il procedimento arbitrale è retto dal regolamento, dalle regole fissate di comune accordo dalle parti sino alla costituzione del tribunale arbitrale in quanto compatibili con il regolamento medesimo o, in difetto, dalle regole fissate dal tribunale arbitrale" e, all'art. 17 che "Se la clausola compromissoria inserita in atto costitutivo o statuto di società regolata dal diritto italiano non conferisce il potere di nomina di tutti gli arbitri a un soggetto estraneo alla società, il Consiglio Arbitrale nomina il Tribunale Arbitrale". Seguendo alla lettera il disposto dell'art. 832, la previsione delle parti dovrebbe prevalere sulla disposizione regolamentare, ma la norma, a mio avviso, si applica solo se il regolamento non contenga alcuna regola di coordinamento della difformità, mentre nella specie detta regola sussiste ed è dunque applicabile (in coerenza con l'art. 1367 c.c., secondo cui, nel dubbio, una previsione contrattuale deve interpretarsi nel senso della sua efficacia).

b) L'art. 832 prevede poi che le "istituzioni di carattere associativo" e quelle "costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionali" (ordini professionali, sindacati, associazioni di imprese e così via) non possano nominare arbitri nelle liti che contrappongono associati a terzi: ad esempio, la nomina di un arbitro da parte del Presidente di un ordine degli avvocati, nella lite fra un avvocato iscritto e un cliente. La regola, pur rientrando nella rubrica dedicata all'arbitrato amministrato, si applica anche all'arbitrato *ad hoc*.

La *ratio* della disposizione risiede nell'esigenza che il collegio arbitrale sia equidistante rispetto alle parti e la mancanza di indipendenza in capo al terzo designatore può minare questo indispensabile requisito (cap. VIII, par. 1).

Ne segue che, quando entrambe le parti si rivolgano alle rispettive associazioni di categoria per nominare gli arbitri, l'equidistanza è garantita e deve ritenersi che il divieto di cui all'art. 832 non operi. In materia di lavoro, è lo stesso art. 412 c.p.c. a prevedere che l'incarico arbitrale possa essere conferito alla commissione di conciliazione, a composizione paritetica. Inoltre, la direttiva n. 11 del 2013, con riferimento all'arbitrato fra consumatori e professionisti, permette ed anzi impone, in taluni casi, che il collegio arbitrale sia espressione equilibrata delle rispettive associazioni di categoria.

È stato giustamente notato che il termine “istituzioni di carattere associativo” è troppo generico, perché è in grado di comprendere enti che non hanno alcuna derivazione da una categoria professionale specifica, come le camere di commercio e per i quali il rischio della mancanza di equidistanza è sostanzialmente insussistente. Occorrerà dunque valutare caso per caso.

c) Sempre l'art. 832 permette ai regolamenti arbitrali di ampliare i motivi di ricasazione degli arbitri previsti dall'art. 815 c.p.c. (cap. VIII, par. 9 ss.). Quest'ultima norma contiene infatti un elenco tassativo dei casi in cui l'arbitro può essere ricasato in quanto carente dei necessari requisiti di indipendenza, ma non copre tutte le possibili ipotesi in cui la questione può astrattamente porsi.

In molti regolamenti si usa una espressione generica (ad es. “ogni motivo idoneo a porre in dubbio la loro indipendenza o imparzialità”), dando così spazio per altre fattispecie non previste dalla norma codicistica, come, per esempio, eventuali rapporti fra arbitri, nomina ripetuta di arbitri e così via.

d) Vi è una opportuna previsione di carattere intertemporale secondo cui, se nelle more fra la conclusione della convenzione arbitrale e l'inizio dell'arbitrato il regolamento sia cambiato, prevale la versione più aggiornata. Spesso, infatti, accade che la lite insorga molto tempo dopo la stipula della convenzione arbitrale e diventa indispensabile individuare la fonte regolamentare a cui fare riferimento, in caso di successione di diversi testi nel tempo. Talvolta, è lo stesso regolamento a determinare la successione temporale di applicazione.

e) Infine, è presa in considerazione l'ipotesi in cui l'ente rifiuti per qualche motivo di amministrare l'arbitrato.

Di regola, il rifiuto è illegittimo, essendosi l'ente impegnato con l'offerta al pubblico; tuttavia, può accadere che le parti, pur richiamando il regolamento arbitrale, prevedano deroghe corpose, che finiscono per stravolgere lo schema delineato dell'organismo arbitrale o che riguardano previsioni ritenute inderogabili da quest'ultimo (penso, ad esempio, al potere dell'ente di confermare l'arbitro nominato dalla parte, che costituisce una garanzia difficilmente sopprimibile). In questo caso, l'offerta al pubblico non è stata accettata e il rifiuto deve ritenersi legittimo.

Accade più di frequente che il rinvio all'ente amministratore non risulti chiaramente dalla convenzione arbitrale: quando l'attore deposita l'istanza di arbitrato, molte istituzioni si riservano una valutazione *prima facie*, al fine di decidere se prestare o meno il servizio. Ove però dovesse applicarsi la convenzione di Ginevra del 1961, nel caso di incertezza circa la determinazione dell'ente amministratore,

le parti possono richiedere detta determinazione al Presidente della camera di commercio della sede dell'arbitrato; addirittura, potranno rivolgersi a detta autorità per determinare, a monte, la natura amministrata o meno dell'arbitrato.

Comunque sia, l'art. 832 prescinde dal motivo di rifiuto, stabilendo che in ogni caso la scelta arbitrale non viene meno: più semplicemente l'arbitrato diviene *ad hoc* con conseguente applicazione della disciplina degli artt. 806 ss. Naturalmente, se l'ente rifiuta di amministrare senza giusta causa, pur operando la regola della trasformazione in arbitrato *ad hoc*, sarà dovuto il risarcimento dei danni.

3. L'autorità amministrativa indipendente come ente gestore di arbitrati.

Occorre ora esaminare brevemente il rapporto fra arbitrato e autorità amministrative indipendenti.

La l. n. 481 del 1995 aveva previsto (art. 24, lett. b) che presso le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità fosse possibile istituire una camera arbitrale per le liti fra utenti ed esercenti il servizio. La norma, tuttavia, ha avuto scarsa applicazione. Per quanto riguarda l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, ad esempio, mentre la direttiva Ce n. 72 del 2009 aveva invitato gli Stati a predisporre apposite discipline di soluzione extragiudiziale delle liti nei riguardi dei consumatori, la legge attuativa n. 93 del 2011 si è limitata a regolamentare i reclami e le eventuali procedure di conciliazione, e solo con la delibera n. 42 del 2005 l'autorità ha introdotto timidamente l'arbitrato con riguardo "alle controversie in materia di accesso alle reti dell'energia elettrica e del gas". La Consob, dal canto suo, aveva istituito un servizio di amministrazione di arbitrati, con clausola compromissoria vincolante solo per il professionista, attraverso la Camera di conciliazione e arbitrato (d.lgs. n. 179 del 2006) poi abrogata (in forza della l. n. 208 del 2015).

Al di là di queste esperienze, il ruolo delle autorità si muove su piani radicalmente differenti rispetto all'arbitrato.

L'attività più significativa nella gestione dei conflitti è rappresentata dalla tutela amministrativa, che l'autorità svolge nella sua veste autoritativa, pronunziando un provvedimento decisorio che non può escludere il ricorso alla autorità giurisdizionale – benché sia in grado di influenzarlo, con problemi di non poco rilievo, che non è qui possibile affrontare.

Successo crescente riscuote poi un peculiare strumento di soluzione delle liti

affidato ad organismi presso le autorità che vengono denominati “arbitri”, ma che, nonostante il nome, non pronunciano un lodo vincolante, bensì una “raccomandazione” autorevole, il cui inadempimento da parte del professionista è soggetto a sanzione reputazionale: mi riferisco in particolare all’ Arbitro bancario e finanziario e all’Arbitro per le controversie finanziarie.

Bibliografia essenziale



CAPITOLO VI

L'ARBITRABILITÀ DEI DIRITTI

1. L'arbitrato ha ad oggetto situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento.

L'arbitrato, proprio perché fungibile rispetto alla giustizia statale, ha ad oggetto l'accertamento di situazioni giuridiche soggettive. Più esattamente, ogniqualvolta sia dato ad un soggetto un diritto alla tutela (diritto di azione) di una propria situazione giuridica soggettiva e quest'ultima non sia indisponibile, sarà dato pari diritto a scegliere l'arbitrato.

Per situazione giuridica soggettiva si intendono non solo i diritti, ma anche gli interessi legittimi contro la pubblica amministrazione, o altre situazioni rilevanti e tutelabili da parte del privato, come, ad esempio, interessi legittimi di diritto privato, ove se ne riconosca l'ammissibilità. Non mi convince, invece, la diversa ricostruzione prospettata da una dottrina, secondo cui agli arbitri potrebbe essere richiesto anche l'accertamento di semplici questioni, cioè frazioni di diritti o, meglio, singoli fatti giuridicamente qualificati (se ne è già parlato a proposito dell'arbitraggio).

È pacifico, dunque, che gli arbitri non possano accertare reati, mentre saranno senz'altro devolvibili ad arbitrato le conseguenze risarcitorie derivanti da reato, negli stessi limiti in cui ciò è possibile davanti al giudice civile.

Non sono neppure compromettibili le questioni di volontaria giurisdizione, poiché questa attività non consiste nell'accertamento di diritti, bensì nell'amministrazione di interessi.

2. L'incompromettibilità dei diritti e l'art. 806 c.p.c.

Non tutti i diritti soggettivi possono essere devoluti in arbitrato. L'art. 806 c.p.c. contempla infatti due categorie di divieti: i diritti indisponibili per natura o per legge e i diritti disponibili sui quali l'arbitrato è vietato dalla legge.

Il capitolo sarà dedicato per la gran parte alla prima categoria, cioè quella dei diritti indisponibili per legge o per natura.

Non è facile dare un'esatta definizione di disponibilità, data l'influenza di una serie di fattori, come il periodo storico, i valori culturali ed il contesto nel quale il diritto viene in rilievo; in altri ordinamenti (cfr. l'art. 1030 *ZPO* tedesca) si è preferito fare riferimento a criteri più oggettivi, come la "patrimonialità". Ad ogni modo, si possono fissare due utili premesse:

a) non v'è coincidenza tra disponibilità del diritto soggettivo sostanziale e principio dispositivo della domanda: il fatto che un soggetto sia libero di non tutelare il suo diritto davanti al giudice non implica necessariamente che detto diritto sia disponibile;

Esempio. La tutela di diritti personalissimi quali la *privacy* spetta alla parte, che può scegliere di non tutelarsi, ma il diritto, come si vedrà oltre, è da ritenersi indisponibile, salvo le conseguenze risarcitorie. D'altro canto, la nullità del contratto può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e d'ufficio, sicché può rilevare a prescindere dall'iniziativa della parte titolare della situazione soggettiva originante dal negozio: si dirà però oltre che l'impugnativa per nullità è disponibile.

b) quando la disponibilità del diritto, intesa come potere di alienarlo o rinunciarvi (c.d. disponibilità in senso stretto, contrapposta alla disponibilità in senso ampio, intesa come potere di autonomia negoziale), è soltanto parzialmente compresa, si dovrà parlare di disponibilità relativa, per cui il diritto rimane arbitrabile, pur, talvolta, con limitazioni.

Esempio. La legge prevede un divieto temporaneo di alienazione in materia di edilizia residenziale pubblica, ma ciò non importa l'indisponibilità del diritto di proprietà.

Ciò posto, prima di verificare che cosa si intenda per diritto arbitrabile, conviene intrattenersi su due fattori, che molti hanno ritenuto indici di non arbitrabilità delle liti e che invece, a mio avviso, non sono decisivi a tal fine: specialità del rito e intervento del pubblico ministero.

3. L'arbitrabilità non può essere influenzata dalla specialità del rito (in particolare le liti sulla liquidazione giudiziale per insolvenza).

Si potrebbe essere tentati di ritenere che le materie soggette a rito speciale non siano compromettibili, data l'impossibilità di trasporre le relative regole processuali in arbitrato, che trova la sua disciplina unicamente negli artt. 806 ss.: si pensi, ad esempio, al procedimento per ingiunzione o per convalida di sfratto. In realtà, per valutare l'incompromettibilità, bisogna avere esclusivo riguardo ai diritti soggettivi sostanziali in gioco ed il rilascio di un immobile locato o il pagamento di somme di denaro sono diritti pienamente arbitrabili. Altro problema sarà quello di verificare se resti salvo il ricorso ai procedimenti speciali e sommari davanti al giudice o se l'arbitro possa applicare il rito speciale previsto per il processo statutale: rimando a quanto dirò al cap. XI, par. 14.

Caso a sé è l'arbitrabilità delle controversie riguardanti la procedura di liquidazione giudiziale. Volendo sintetizzare, si può dire che, quando vi sono in gioco debiti a sfavore della massa, è necessario applicare il rito speciale; diversamente, quando oggetto della lite sono crediti a favore della massa, non vi è alcun ostacolo alla giustizia privata.

4. L'intervento o l'azione del pubblico ministero non è di per sé motivo di indisponibilità.

Si ritiene comunemente che non possano essere devolute ad arbitri le liti in cui si prevede l'azione o l'intervento obbligatorio del pubblico ministero. Secondo l'orientamento di gran lunga maggioritario, infatti, l'azione del p.m. sarebbe sicuro indice di indisponibilità del diritto, mentre l'intervento obbligatorio, pur mantenendo inalterata la disponibilità ove tale sia a prescindere, modificherebbe il diritto di azione, impedendo comunque l'arbitrato.

L'assunto non mi convince: a mio avviso, il ruolo del pubblico ministero non è in grado, di per sé solo, di precludere il percorso alternativo dell'azione arbitrale, dato che il solo parametro resta la disponibilità del diritto sostanziale sottostante. Anche quando il pubblico ministero ha il potere di iniziativa processuale, l'alterazione, a ben vedere, riguarda l'azione e non il diritto: occorre dunque dimostrare l'ulteriore passaggio, cioè che l'affiancamento dell'azione

del pubblico ministero a quella della parte comporta anche il divieto di incidere sul diritto sostanziale. È un'ardua dimostrazione, dato che in molti altri casi in cui la legittimazione ad agire è data a chi non è titolare del diritto, quest'ultimo non è per ciò stesso indisponibile.

Per approfondire il problema, si deve altresì tenere conto dell'evoluzione del ruolo del pubblico ministero, dovuta, in larga parte, alla difficoltà pratica di gestire la mole di contenzioso civile. Per un verso, il diritto vivente ha ridotto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero alla mera comunicazione degli atti presso il suo ufficio; per altro verso, il legislatore, in tempi più recenti, tende a restringere la sua partecipazione al processo civile (v. ad esempio la modifica dell'art. 70 c.p.c., che ha limitato il suo ruolo in cassazione ai soli casi previsti dalla legge).

Soprattutto, è stata interrotta la necessaria correlazione fra azione ed intervento: l'art. 122 del codice della proprietà industriale stabilisce infatti che il pubblico ministero ha azione per dichiarare la nullità del titolo industriale, ma, se il processo viene avviato dalla parte, non deve necessariamente intervenire. Qui la legge si preoccupa solo che la protezione sia garantita anche in caso di inerzia della parte, dopo di che lascia a quest'ultima la gestione della propria iniziativa. Si assiste, così, ad una netta attenuazione del valore pubblicistico della tutela e non è dunque più possibile fondare il divieto di arbitrato sul solo fatto della titolarità dell'azione in capo al pubblico ministero: infatti, in casi come quello esaminato, non v'è motivo di sottrarre alla parte il diritto all'arbitrato, ove decida di tutelarsi.

A maggior ragione, nei casi in cui al p.m. è concesso solo l'intervento, non mi pare che i limitati poteri probatori rappresentino indici decisivi di indisponibilità del diritto, tendendo piuttosto ad una più incisiva salvaguardia della ricerca della verità in controversie particolarmente delicate o a rischio di squilibrio fra le parti. Del resto, se l'intervento del p.m. fosse sicuro indice di indisponibilità, l'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 non avrebbe avuto motivo di vietare la clausola compromissoria nelle liti endosocietarie che prevedono la partecipazione obbligatoria del p.m.

Se quanto detto è vero, la compromettibilità si misura a prescindere dall'azione o dall'intervento del pubblico ministero. Rimane però un ostacolo "tecnico", in quanto l'arbitrato può svolgersi in concreto solo se la legge preveda un coordinamento fra potere pubblico ed azione privata e, ad oggi, detto coordinamento non c'è, benché qualche passo avanti sia riscontrabile nella materia della separazione e del divorzio (cfr. par. 9). Pertanto, l'arbitrato nelle cause a partecipazione obbligatoria del pubblico ministero non è attualmente praticabile.

Sulla querela di falso, date le sue specificità, rinvio al cap. XII, par. 5.

5. Il diritto è arbitrabile quando il legislatore ne permette l'accertamento tramite processo privato.

Iniziamo ora a ragionare sul concetto di incompromettibilità, indagando sulla relazione fra disponibilità ed ordine pubblico.

a) *L'inderogabilità della normativa non importa incompromettibilità del diritto.* Mentre i diritti indisponibili sono sempre regolati da norme imperative, il fatto che un dato diritto sia regolato da norme imperative non implica, per ciò solo, la sua indisponibilità. Vale a dire, l'inderogabilità della legge che disciplina un diritto soggettivo non importa necessariamente il divieto di arbitrato (v. per es. Cass., 28 settembre 2020, n. 20462 [1]).

Prova di questa indebita sovrapposizione sono le liti di lavoro: pur dominati da norme inderogabili, i relativi diritti sono arbitrabili a determinate condizioni, vale a dire su previsione della legge o dei contratti collettivi.

Parimenti, nessun ostacolo può derivare dall'inderogabilità della normativa, in materie quali la concorrenza, il libero mercato, il consumo, la proprietà industriale, le locazioni abitative (dopo l'abrogazione dell'art. 54 l. n. 392 del 1978), i contratti agrari e così via. Piuttosto, gli arbitri, come il giudice, saranno tenuti ad applicare la legge e, in caso negativo, il lodo sarà annullabile, quanto meno in caso di violazione dell'ordine pubblico. In pratica, il legislatore preferisce predisporre apposite garanzie affinché l'arbitro sia tenuto a decidere conformemente alla legge imperativa, piuttosto che vietare a monte l'arbitrato.

Esempi. 1. *Il diritto alla concorrenza.* Un contratto con il quale due società si accordano per la licenza di un marchio e per la commercializzazione di un dato prodotto può porre in gioco norme *antitrust*, anche di natura europea; tuttavia, la materia non è per ciò solo indisponibile, ben potendo le parti devolvere ad arbitrato le liti nascenti dal contratto; gli arbitri saranno però tenuti ad applicare le norme europee imperative. È il caso *Ecoswiss/Benetton* (C-126/97) [2] deciso dalla Corte di giustizia Ue: i giudici hanno indirettamente affermato la possibilità per gli arbitri di decidere una lite che involga la disciplina europea sulla garanzia della concorrenza. Prima ancora, di fondamentale importanza nel panorama internazionale è stato il caso *Mitsubishi*, risolto dalla Corte suprema americana, 473 US 614 (1985), nel senso dell'arbitrabilità. Oggi, il d.lgs. n. 3 del 2017 dimostra la piena arbitrabilità della normativa sulla concorrenza (v. art. 2, lett. s) e t)). 2. *Settore agricolo.* Il d.lgs. n. 20 del 2018, 3, nel settore dell'agricoltura biologica (d.lgs. n. 20/18), prevede che gli operatori del settore siano assoggettati a controllo da parte di organismi riconosciuti dal Ministero e che nel contratto di as-

soggettamento al controllo sia inserita una clausola compromissoria per il deferimento di eventuali liti ad un apposito organismo collegiale, indipendente dall'organismo di controllo, le cui decisioni hanno valore di lodo (all. 2, comma 8): un esempio di compromettibilità delle liti, in un settore agricolo fortemente permeato da interessi pubblici, nascente da un patto compromissorio inserito in un contratto fra enti privati (quali sono gli organismi di controllo secondo un orientamento giurisprudenziale). Sempre nel campo agricolo v. anche il ruolo dell'Agea, di cui al cap. III, par. 3.

b) La lite è compromettibile quando l'arbitrato, inteso come accertamento del diritto tramite un processo privato, permette l'attuazione della funzione posta dal precetto inderogabile. Il discorso, però, non finisce qui, perché indisponibilità del diritto e ordine pubblico rimangono due termini strettamente correlati. Per proseguire nell'indagine, è utile fare ricorso alla contrapposizione, prospettata in dottrina, fra (in)disponibilità del diritto astratto e disponibilità del diritto in concreto, già sorto in capo al titolare. Si distingue infatti fra momento genetico del diritto, che, mettendo direttamente in gioco la norma inderogabile, non può essere oggetto di rinuncia e momento funzionale, che, riferendosi alla gestione del rapporto concreto sorto dalla norma inderogabile, sarebbe viceversa disponibile.

La questione si è posta nei più disparati campi, dalla retribuzione lavorativa al diritto agli alimenti. Con riguardo al credito alimentare, ad esempio, se ne è ritenuta la disponibilità una volta sorto: l'intenzione, cioè, non è di impedire all'alimentando di disporre del suo diritto, ma di proteggerlo da scelte di cui, al momento dell'atto di disposizione, non è in grado di comprendere tutte le conseguenze. È dunque naturale che l'esigenza venga meno quando, una volta maturato il diritto, sarà possibile effettuare la scelta a ragion veduta.

Si arriva allora ad una conclusione essenziale per quanto si dirà subito appresso. In molti casi la norma inderogabile non ha la funzione di impedire al titolare di disporre del suo diritto; piuttosto, la disponibilità del diritto è ammessa nei limiti in cui permette il realizzarsi della funzione della norma inderogabile posta a protezione delle parti, secondo un giudizio di meritevolezza dell'atto dispositivo. Vale a dire, dall'"indisponibilità" si passa alla "disponibilità vincolata".

Cosa deve intendersi, dunque, per "disponibilità vincolata" con specifico riferimento all'arbitrato?

L'arbitrato consiste nell'accertamento dei diritti tramite un processo privato: è pertanto logico ritenere che sia compromettibile solo ciò che l'ordinamento permette che sia sottoposto a dette modalità di accertamento.

Altro è il compito svolto, ad esempio, dalla transazione, che non accerta ma supera la lite tramite reciproche concessioni; per l'arbitrato, invece, non può valere la massima *transigere est alienare* perché esso non importa disposizione e non consiste in una rinuncia, neppure parziale, del diritto. A dimostrazione dell'assunto, si possono menzionare ancora una volta le liti di lavoro, per le quali l'arbitrato è ammesso a particolari condizioni, mentre non è ammessa la procedura di negoziazione assistita.

Per determinare l'ambito delle materie arbitrabili, occorre dunque verificare non tanto se la legge permetta la disposizione parziale o totale del diritto, bensì se consenta su di esso l'esperimento di un accertamento tramite processo privato.

La riprova sta nella compromettibilità dell'azione di nullità del contratto (in tal senso Cass., 16 aprile 2018, n. 9344 [3]). Che quest'ultima sia arbitrabile, è dimostrato implicitamente dall'art. 808 c.p.c.: nello stabilire che la validità della clausola compromissoria va valutata in modo autonomo rispetto a quella del contratto principale, la norma dà per scontato che gli arbitri possano pronunciarsi sull'invalidità di quest'ultimo. Eppure, non v'è dubbio che la nullità, essendo imprescrittibile, rilevabile da chiunque vi abbia interesse o d'ufficio e non convalidabile, presenti chiari indici di indisponibilità: detta natura sarebbe confermata dall'art. 1972 c.c., secondo cui la transazione è nulla se verte su un titolo illecito. Tuttavia, ciò non implica il divieto di accertamento privato, quando quest'ultimo abbia determinate caratteristiche, cioè provenga da un terzo imparziale, a seguito di un processo nel contraddittorio delle parti, con una decisione annullabile quanto meno in caso di violazione dell'ordine pubblico. La convenzione arbitrale non dispone del diritto in modo illecito, né dispone dell'atto nullo, ma tende all'accertamento della sua illiceità, mentre l'eventuale contrarietà del lodo alla legge si converte nel suo annullamento. L'apertura all'arbitrabilità del diritto è, dunque, sufficientemente controbilanciata dalla garanzia di controllo del rispetto dell'ordine pubblico: gli arbitri sono pienamente in grado, alla pari dei giudici, di evitare che l'atto nullo produca effetti, o che nascano da esso altri rapporti giuridici.

c) *Vi sono diritti non compromettibili e diritti compromettibili a condizione che l'arbitrato presenti specifiche garanzie procedurali, potenziate rispetto al modello ordinario.* Occorre dunque chiedersi quando l'ordinamento non permetta l'accertamento di un diritto tramite processo privato ed in proposito è possibile delineare due diverse direzioni, cogliendo il prezioso spunto di Carnacini sulla distinzione fra tutela giurisdizionale e tecnica del processo.

In taluni casi, l'esigenza di garantire su determinati diritti individuali l'attuazione dell'interesse generale che vi sottende è tale da impedire in radice la "tutela

arbitrale”, lo svolgimento cioè, per iniziativa del titolare, di un processo privato per accertare il diritto; la lite non è dunque compromettibile.

In altri casi, invece, l'esigenza di assicurare su determinati diritti individuali l'interesse generale che vi sottende non è tale da impedire al titolare di scegliere un processo privato per l'accertamento del proprio diritto, ma vi è il timore che una parte, o un terzo, non ricevano sufficiente protezione dall'arbitrato; l'arbitrato deve perciò garantire alla parte debole la stessa tutela del processo statale e ciò è possibile solo se il procedimento si svolga con particolari modalità, a condizione cioè che sia rispettata una determinata “tecnica del processo arbitrale”.

Rileveranno a seconda del caso le seguenti circostanze: la piena consapevolezza della scelta, anche attraverso il divieto di determinati tipi di convenzione arbitrale; il costo dell'arbitrato e, più in generale, degli strumenti di *access to arbitration*; la specializzazione dell'arbitro; poteri istruttori particolarmente incisivi, rafforzati dall'ausilio dei tribunali statali per garantirne l'efficacia; la garanzia del rispetto della legge sostanziale anche non inderogabile, attraverso l'impugnazione del lodo; la garanzia di difesa dei terzi strettamente connessi alla lite; la trasparenza necessaria per assicurare l'interesse pubblico che sottostà al rapporto in lite.

In altri termini, il diritto sarà arbitrabile quando l'arbitrato costituisca una alternativa pari o addirittura “migliore” rispetto al processo statale.

È da segnalare una crescente tendenza a trasformare il divieto di arbitrato in arbitrabilità condizionata a tecniche del processo arbitrale idonee ad assicurare determinate garanzie, ulteriori rispetto a quelle del modello ordinario: si veda l'esempio dell'arbitrato di consumo (par. 7).

6. I casi in cui la materia è incompromettibile.

Vanno dunque ritenuti indisponibili i diritti assoluti e personalissimi, come ad esempio il diritto alla vita, all'integrità, alla riservatezza. Per contro, i diritti risarcitori, conseguenti alla violazione di tali diritti, debbono ritenersi pienamente compromettibili.

Rientrano anche, tra i diritti indisponibili, quelli relativi allo *status* e alla capacità delle persone. Così gli arbitri non potranno pronunciare lo stato di interdizione, di inabilitazione, la paternità di un figlio, l'adozione: sulla separazione personale e il divorzio fra i coniugi occorrerà invece fare dei distinguo (par. 9).

Sulla verifica di scrittura privata e sulla querela di falso rinvio a quanto dirò nel cap. XII, par. 5.

7. I casi in cui la materia è compromettibile, ma è necessaria una “tecnica differenziata”: le liti di consumo.

Le liti di consumo rientrano invece nella categoria dei diritti compromettibili a condizione che sia assicurata una particolare “tecnica del processo arbitrale”.

La disponibilità dei diritti patrimoniali dei consumatori non può essere messa in dubbio: anzi, il diritto europeo regola ed incentiva il ricorso a strumenti alternativi di soluzione delle liti di consumo e fra questi deve includersi anche l'arbitrato.

In particolare, la direttiva n. 2013/11/UE (emessa in modifica al regolamento n. 2006 del 2004 e alla direttiva n. 2009/22/CE, poi abrogata con la direttiva 2020/1828/UE) delinea un modello “a tecnica arbitrale differenziata”, che si basa su alcune caratteristiche dettagliatamente regolate: fra le altre, l'effettiva consapevolezza della scelta arbitrale, l'obbligo di arbitrato amministrato, stringenti garanzie di indipendenza degli arbitri, la trasparenza, la tendenziale gratuità, la prevedibilità delle regole.

L'Italia non ha ancora attuato la direttiva con riguardo all'arbitrato (a differenza di altri Paesi, come la Spagna) e la principale questione, ad oggi, riguarda la vessatorietà della clausola compromissoria inserita in un contratto di consumo.

La legge italiana non dà una risposta univoca in merito. Infatti, mentre la direttiva europea n. 1993/13/CEE definisce, con espressione di difficile interpretazione, abusiva la clausola che impone una forma di arbitrato non “disciplinato da disposizioni giuridiche”, il codice del consumo (e prima l'art. 1469-bis-sexies c.c.), nel recepire la direttiva, si è limitato a stabilire come vessatorie tutte le clausole che derogano alla “competenza dell'autorità giudiziaria”. Non è chiaro se l'arbitrato rientri in questa accezione: ad una attenta lettura della norma, infatti, il riferimento diretto è al riparto di competenza fra giudici statuali e solo in via estensiva si può ricomprendere la clausola compromissoria.

In dottrina tutte le tesi possibili sono state prospettate: da chi ritiene che la clausola compromissoria sia sempre vessatoria salva la trattativa privata, a chi, all'opposto, ne afferma la piena legittimità o, in applicazione della direttiva ricordata, limita la nullità alla sola clausola per arbitrato irrituale in quanto priva di una disciplina normativa dettagliata.

La Cassazione è da ultimo intervenuta sposando la tesi della vessatorietà della clausola compromissoria, ogni qualvolta il professionista non provi la trattativa privata (Cass., 13 febbraio 2017, n. 3744 [4], Cass., 21 dicembre 2018, n. 33163).

La giurisprudenza della Corte di giustizia Ue ha poi completato il quadro, pur non prendendo esplicita posizione sulla vessatorietà, ma, anzi, lasciando libero lo Stato membro di stabilire quando detta clausola sia vessatoria. Nel caso *Mostaza Claro* (2 ottobre 2006, C-168/05) [5] ha stabilito che la vessatorietà deve poter essere rilevata d'ufficio, anche per la prima volta in sede di impugnazione, in deroga all'art. 817 c.p.c. italiano, che prevede il rilievo *ex parte*. La rilevabilità officiosa è stata ribadita e rafforzata nel caso *Asturcom* (6 ottobre 2009, C40/08), che ha accordato detto potere anche al giudice dell'*exequatur*, persino quando il lodo non sia più impugnabile, purché la legge nazionale gli permetta di sindacare la contrarietà del lodo all'ordine pubblico (sindacato che nell'ordinamento italiano non è permesso per il lodo domestico: cap. XV, par. 7).

Deve invece ritenersi che il consumatore possa validamente stipulare compromessi, o clausole compromissorie unilaterali, cioè vincolanti per il solo professionista (come prevedeva l'arbitrato Consob *ex d.lgs. n. 179 del 2007*, poi abrogato e come prevedono molti ordinamenti europei), o ancora clausole compromissorie frutto di trattativa privata.

Per quel che riguarda il procedimento, sarà opportuno seguire le linee portanti individuate dalla direttiva n. 2013/11/Ue di cui sopra e fare ricorso ad un arbitrato amministrato.

Un tema molto dibattuto è l'ammissibilità di un arbitrato "di classe". Non si tratta tanto di un problema di compromettibilità, bensì di adattamento del processo arbitrale a complessità soggettive ed oggettive tali da rendere l'operazione assai difficoltosa, in assenza di una specifica normativa.

Altra e diversa questione è se la stipula di una clausola compromissoria importi la rinuncia all'azione giudiziale di classe: la questione, che in Italia può porsi solo quando la clausola sia frutto di trattativa privata, è tuttora oggetto di acceso dibattito, specie negli Stati Uniti.

8. *Segue*: Le liti di lavoro.

L'art. 806 stabilisce che le liti di lavoro possono essere devolute in arbitri a condizione che l'arbitrato sia regolato dalla legge o dai contratti collettivi.

Secondo la ricostruzione che preferisco, la legge detta due condizioni di legittimità dell'arbitrato: la lite di lavoro è arbitrabile, ma la sua arbitrabilità è vincolata a determinate condizioni (v. par. 5 sub *a*)), che si vedranno nel cap. XVIII, par. 5.

Ad esempio, per garantire un riequilibrio fra le parti, si dà preferenza al compromesso, piuttosto che alla clausola compromissoria su liti future, che non è vietata, ma è soggetta a controllo tramite certificazione.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, la lite di lavoro sarebbe indisponibile e dunque non arbitrabile, a meno che non ricorrano i presupposti previsti dalla legge. La scelta fra le due ricostruzioni non è irrilevante, in quanto, sposando la prima teoria il lodo sarebbe annullabile solo nei limiti dell'impugnazione per nullità, entro un determinato termine; per la teoria più rigorosa, invece, il lodo sarebbe sempre impugnabile con un'autonoma *actio nullitatis* (cap. XVI, par. 13).

Poiché la maggior parte dei modelli normativi e contrattuali di arbitrato di lavoro hanno natura irrituale, se ne parlerà diffusamente al cap. XVIII, par. 5.

9. Segue: Le liti familiari.

Nessun dubbio di arbitrabilità deve porsi con riguardo alle controversie in materia di successione e divisione di patrimoni fra familiari, salvo quanto si dirà a proposito della clausola arbitrale testamentaria (cap. VII, par. 6).

Non compromettibili debbono invece ritenersi le liti sullo *status* e sulla capacità, nonché in materia di filiazione (v. par. 6). Non è da escludere l'arbitrato sugli alimenti a patto che il diritto sia già sorto, non perché, come si è talvolta sostenuto, gli alimenti arretrati abbiano mera natura risarcitoria, ma per quanto detto a proposito del concetto di disponibilità vincolata (v. par. 5).

Il divorzio e la separazione fanno caso a sé: altri ordinamenti, infatti, praticano da tempo l'arbitrato.

In Italia si suole tradizionalmente ritenere che le questioni in materia di matrimonio siano indisponibili. L'assunto traeva espressa conferma dal tenore del pregresso art. 806, secondo cui le questioni di stato e di separazione personale fra coniugi non erano arbitrabili, ma oggi la norma fa esclusivo riferimento alla disponibilità del diritto, da intendersi nel significato visto nelle precedenti pagine: il tema è, dunque, aperto.

Per tentare una risposta occorre partire da una premessa di fondo: se, da un lato, le riforme più recenti evidenziano una crescente privatizzazione della crisi familiare fino ad arrivare alla separazione o al divorzio tramite negoziazione assistita e senza l'intervento del giudice, d'altro lato la legge mostra la presenza di un interesse superindividuale ancora forte. Il crescente impatto dell'autonomia negoziale opera sempre, infatti, nello spazio ridotto ed alle condizioni imposte dalla

legge. L'esegesi attuale dell'art. 160 c.c. lo conferma, richiedendo che l'autonomia negoziale dei coniugi sia esercitata nel rispetto della solidarietà ed assistenza morale e materiale all'interno della famiglia; solidarietà coniugale che si pone alla base, altresì, di una rinnovata riflessione sulla natura dell'assegno del coniuge.

Detta autonomia può dunque spingersi fino a legittimare un processo privato di divorzio o di separazione?

La disciplina sulla negoziazione assistita offre preziosi spunti per una risposta positiva, non tanto e non solo perché se le parti possono regolare autonomamente lo scioglimento del rapporto coniugale possono anche decidere di raggiungere un accordo sullo strumento di soluzione del loro contrasto, ma perché il nuovo assetto di strumenti extragiudiziali a disposizione dei coniugi porta verso l'ammissibilità di ulteriori strumenti negoziali che soddisfino gli *standards* di meritevolezza rinvenibili specialmente nel d.lgs. n. 132/14, conv. in l. n. 162/14. Essi sono: il trattamento uniforme per divorzio e separazione, l'esigenza che la crisi sia già sorta e la necessità di un controllo pubblico dell'accordo che, in mancanza di figli non autosufficienti, è inversamente proporzionale alla "procedimentalizzazione" del percorso di raggiungimento dell'accordo.

Ritengo che l'arbitrato sia in grado di soddisfare gli *standards* richiesti: è infatti uno strumento flessibile che permette di pervenire alla separazione, allo scioglimento del matrimonio e alla modifica dei patti di divorzio e di separazione con una decisione avente efficacia pari alla sentenza, eseguibile con il *placet* del giudice, annotabile negli atti di stato civile ai sensi del d.p.r. n. 396 del 2000 ed efficace *rebus sic stantibus*, perciò sempre modificabile. Dovrà però essere ammessa la sola convenzione arbitrale a crisi già sorta (mentre non è necessario che sia già sorta la controversia fra i coniugi su uno specifico diritto insorgente dalla crisi, come sarà più chiaro *infra*).

Inoltre, affinché siano assicurate le garanzie che l'interesse superindividuale esige occorre una particolare "tecnica arbitrale". In particolare, grazie al ricorso al modello amministrato da enti affidabili e ad un regolamento sufficientemente dettagliato, deve essere possibile ovviare allo squilibrio fra le parti che spesso caratterizza questo tipo di liti, attraverso una istruttoria efficace e specifiche previsioni in caso di patologie quali la violenza coniugale, assicurando altresì la nomina di un arbitro imparziale, equidistante e competente. Inoltre, deve essere garantita la conformità della decisione arbitrale alla legge, anche non inderogabile.

Potranno quindi essere devoluti ad arbitrato l'assegno di separazione o di divorzio (a maggior ragione dopo l'apertura in favore della disponibilità di Cass. 11 luglio 2018, n. 18287), l'eventuale assegnazione della casa familiare, voci di credito diverse

come il trattamento di fine rapporto, lo scioglimento della comunione legale e la conseguente divisione del patrimonio ed ogni condizione patrimoniale accessoria o connessa, compresi eventuali *trusts* o responsabilità civile da illecito coniugale; ai sensi dell'art. 819 (cap. XIV), poi, nulla vieta all'arbitro di conoscere dell'addebito.

Rimane il nodo del controllo pubblico. Non credo che l'intervento previsto dall'art. 70 c.p.c. possa costituire un ostacolo, sia perché esso è oggi di regola limitato alla presenza di minori e comunque è ritenuto non necessario nelle procedure consensuali, sia soprattutto perché la stessa legge permette un controllo pubblico con modalità diverse dall'intervento, quando le parti si accordino in negoziazione assistita: e poiché nulla impedisce loro di inserire una clausola compromissoria per le eventuali liti future scaturenti dal predetto accordo, dette modalità potranno essere impiegate anche per quel che riguarda l'arbitrato.

Il limite, almeno *de iure condito*, è rappresentato dalla presenza di minori o maggiorenni non autosufficienti. Sia nelle procedure di separazione consensuale e divorzio congiunto, sia nella negoziazione assistita, il vaglio pubblico si estende ad una valutazione di merito e di opportunità; in difetto dell'autorizzazione, il potere negoziale non può essere esercitato e, dunque, risulta fortemente compresso. Riterrei dunque l'arbitrato impraticabile poiché, da un lato, non è previsto un controllo del lodo nel merito, né sarebbe sufficiente il vaglio di regolarità della convenzione arbitrale; d'altro lato, non è neppure possibile prevedere la partecipazione del pubblico ministero al procedimento, in mancanza di regole *ad hoc*. Resta peraltro una certa incongruenza nel disegno normativo, che, da un lato, non permette la soluzione arbitrale della crisi con prole e, d'altro lato, consente alle parti di risolverla con la sola assistenza degli avvocati, lasciando il delicato compito di controllo ad un magistrato non specializzato, chiamato a vagliare un atto scritto *ex post* e senza aver sentito il minore.

10. Segue: Le liti endosocietarie.

Un settore in cui l'arbitrato è diffuso è quello delle controversie endosocietarie, cioè le liti fra soci, fra soci e società, da e contro gli organi sociali.

Tuttavia, non tutte le controversie sono ritenute pacificamente arbitrabili. Infatti, secondo un orientamento invalso soprattutto in giurisprudenza, non potrebbero essere devolute ad arbitri le controversie che coinvolgono diritti ed interessi estranei a quelli dei soci, come quelli della società, o di terzi, o più in generale

della collettività. Ancora, si sostiene che le impugnazioni di delibere assembleari sarebbero arbitrabili solo quando si lamenti l'annullabilità e non la nullità per illiceità, che avrebbe per contro natura indisponibile: l'esempio più caratteristico è l'impugnazione della delibera di approvazione del bilancio per falsità.

Il d.lgs. n. 5 del 2003 non aiuta a risolvere la questione perché, pur prevedendo la possibilità che le parti devolvano ad arbitri le impugnazioni delle delibere (art. 35), non precisa se siano tutte arbitrabili.

Gli argomenti su cui si fonda la tesi dell'inarbitrabilità non persuadono. Il fatto che siano coinvolti diritti ulteriori rispetto a quelli delle parti non è decisivo per escludere l'arbitrato, in quanto lo stesso problema si pone in molte altre controversie la cui compromettibilità non è in discussione: si pensi ad un accordo economico che mette in gioco l'interesse dei consumatori. D'altra parte, quasi tutti i casi di nullità delle delibere soggiacciono ad un regime attenuato rispetto a quello ordinario (ad esempio vi sono decadenze e sanatorie).

Vi sono invece due divieti espressamente posti dalla legge: l'incompromettibilità delle liti nelle quali è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero (art. 34, comma 5) e il divieto di arbitrato per le società che fanno ricorso al capitale di rischio (di solito quando siano quotate in borsa), all'evidente scopo di proteggere gli investitori non professionali (art. 34, comma 1).

L'arbitrato endosocietario rientra a pieno titolo in quelli che ho chiamato a tecnica arbitrale differenziata. Poiché la materia presenta varie complessità (alta densità di norme inderogabili, interessi di terzi estranei al gruppo sociale e della collettività, pluralità di parti), gli artt. 34-36, d.lgs. n. 5 del 2003 fissano alcune regole speciali, in deroga al modello generale degli artt. 806 ss., che si esamineranno via via che verranno in rilievo i singoli aspetti.

Qui basti evidenziare il *favor* normativo verso uno strumento efficace di soluzione del contenzioso societario: addirittura l'art. 2 d.m. 16 dicembre 2010 condiziona il riconoscimento ministeriale di alcuni consorzi all'inserimento di clausole arbitrali nei relativi statuti.

11. Diritti soggettivi e interessi legittimi nei riguardi della pubblica amministrazione.

Il solo fatto che le liti coinvolgano la pubblica amministrazione non è di per sé motivo per escluderne la arbitrabilità. Il parametro di riferimento rimane sempre

la natura disponibile della situazione soggettiva controversa e la circostanza che detta situazione sia riservata ad una giurisdizione speciale non può influire.

Lo conferma l'art. 12 del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010), ai sensi del quale le liti aventi ad oggetto diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo possono essere affidate ad arbitri, purché l'arbitrato sia "rituale, di diritto, ai sensi degli artt. 806 ss. c.p.c.". Debbono intendersi compresi sia i diritti devoluti in giurisdizione esclusiva, sia i diritti patrimoniali che conseguono alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo (v. *infra*).

A maggior ragione, dunque, potranno essere devolute ad arbitri le controversie con la pubblica amministrazione che spetterebbero alla giurisdizione del giudice ordinario. In più, se la lite sia devoluta al giudice ordinario, le parti potranno scegliere l'arbitrato irrituale ed autorizzare il giudizio secondo equità.

Nulla dice la legge in ordine alla compromettibilità degli interessi legittimi e la questione è aperta. Si afferma che l'indisponibilità non riguarda tanto la situazione soggettiva dell'individuo, quanto il potere amministrativo che vi sottostà: quest'ultimo sarebbe sempre vincolato all'interesse pubblico, sia nell'attribuzione, sia nell'esercizio e pertanto non potrebbe essere oggetto di disposizione da parte della pubblica amministrazione (per es. Cons. Stato, 14 aprile 2020, n. 2384).

Vi sono però margini per una diversa soluzione: si è infatti notato che, se è vero che il potere amministrativo è in astratto indisponibile, può viceversa non esserlo nel momento del suo esercizio, perché la pubblica amministrazione può decidere di vincolarsi ad una determinata modalità di attuazione. Per alcuni, un ostacolo sarebbe rappresentato dal fatto che l'amministrazione deve essere libera di poter scegliere la via migliore per il perseguimento dell'interesse pubblico. Talvolta, però, l'interesse pubblico è – come si è efficacemente detto – già "stato tutto prevalutato"; in altri termini, il margine di discrezionalità spettante alla pubblica amministrazione nello svolgimento della propria funzione è ridotto ai minimi termini, per cui l'esercizio del potere non lascia spazi di manovra quanto al contenuto e diviene più agevole ammettere la sua disponibilità ad opera dell'ente pubblico. In ogni caso, poi, l'arbitro interviene quando la scelta è già stata compiuta, dovendo limitarsi a valutarne la legittimità. Non si deve dimenticare, poi, che l'arbitrato non equivale a transazione, sicché non possono trarsi indici contrari alla compromettibilità dall'impossibilità di negoziare sulla posizione soggettiva.

Appartiene a mio avviso alla sfera dell'arbitrabilità il diritto al risarcimento per la violazione dell'interesse legittimo, data la sua derivazione dal danno

aquiliano e ciò anche se il codice del processo amministrativo (artt. 7 e 30) riserva al giudice amministrativo la relativa decisione. L'orientamento contrario si fonda su una diversa concezione della natura del risarcimento, visto non come un autonomo diritto soggettivo, ma come una più ridotta "forma di tutela" indistinguibile dall'interesse legittimo leso e proprio per questo affidato alla stessa giustizia amministrativa.

Una volta ammesso l'arbitrato, si pone la questione se l'arbitro possa sindacare l'atto amministrativo e se valga anche in questo caso la c.d. pregiudiziale amministrativa, cioè la necessità del previo annullamento dell'atto amministrativo da parte del giudice speciale.

Quanto al primo punto, si è sostenuto che gli arbitri non potrebbero né disapplicarlo né valutarlo incidentalmente, ma, a mio avviso, non vi è motivo per attribuire agli arbitri minori poteri di quelli spettanti al giudice ordinario, attesa la fungibilità delle due funzioni, per cui è ragionevole ritenere che spetti all'arbitro, quanto meno, la stessa possibilità di sindacato dell'atto che viene riservata al giudice, cioè la sua disapplicazione (art. 4 l. n. 2248 del 1865, all. E).

Quanto al secondo punto, il codice del processo amministrativo, all'art. 30, prevede la possibilità di una autonoma domanda risarcitoria senza necessità della pregiudiziale impugnazione dell'atto; tuttavia, la assoggetta ad un rigido termine decadenziale (centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato, o dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo) e la limita ai danni che non si sarebbero potuti evitare facendo ricorso ad altri strumenti di tutela, fra i quali, appunto, l'impugnazione dell'atto amministrativo. Deve dunque ritenersi che la stessa disciplina valga per l'arbitro investito di una eventuale domanda risarcitoria.

12. *Segue*: L'arbitrato nei contratti pubblici.

L'arbitrato degli appalti pubblici ha avuto ampia diffusione, fin dall'introduzione del capitolato generale delle opere pubbliche del 1967.

Il nuovo codice dei contratti pubblici di appalto e di concessione (d.lgs. n. 50 del 2016) disciplina l'arbitrato nell'art. 209, in relazione alle liti specificate nella medesima norma; il successivo art. 210 regola il funzionamento della "Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture", istituita presso l'Autorità nazionale anticorruzione (art. 213).

Il *favor arbitratus* esce assai attenuato. La clausola compromissoria deve essere specificamente autorizzata, con debita motivazione, dall'organo di governo dell'amministrazione, a pena di nullità del patto (e, deve ritenersi, del relativo arbitrato nel frattempo iniziato, con eccezione *ex parte*). Opportunamente, poi, è previsto che l'appaltatore possa rifiutare la clausola compromissoria preannunciata nel bando, nell'invito o nell'avviso, entro venti giorni dall'aggiudicazione. Addirittura, il compromesso viene vietato.

Il nuovo sistema abbandona il “doppio binario” vigente in precedenza, che permetteva l'avvio di un arbitrato *ad hoc*, salvo intervento della Camera arbitrale in caso di disaccordo sulla nomina degli arbitri, dettando una disciplina stringente.

Al centro vi è ancora la Camera arbitrale, anche se non è chiaro se ci si possa spingere a parlare di arbitrato obbligatoriamente amministrato. L'ente, infatti, assume unicamente due ruoli: autorità designante gli arbitri e terzo arbitratore per la determinazione del compenso degli arbitri. Presso di lei, inoltre, è stabilita la sede dell'arbitrato salva diversa volontà delle parti. Manca invece la formazione di un regolamento arbitrale da parte dell'ente, dato che l'art. 209 parla di un “regolamento processuale” predisposto dagli stessi arbitri.

Il collegio arbitrale è obbligatoriamente formato da tre membri, due nominati dalle parti, tra soggetti “di provata esperienza ed indipendenza” (i candidati arbitri debbono avere le caratteristiche di cui al cap. VIII, par. 5) ed il terzo, in funzione di presidente, dalla Camera arbitrale, fra gli iscritti ad un'apposita lista, dopo aver ricevuto dalle parti gli atti introduttivi.

Il procedimento è fortemente formalizzato, con diretto richiamo a tutte le norme del codice di procedura civile (per le sue caratteristiche, v. cap. XI, parr. 1 e 7, cap. XII, par. 7). Il lodo dovrà poi essere depositato anche con modalità informatica (delibera Anac 30 gennaio 2019 n. 48) presso la Camera, a pena di inefficacia; è precisato che il deposito non esclude quello in tribunale per l'esecutorietà, ma è necessario per ottenerla. Sempre nell'ottica di una maggior tutela, è previsto che il lodo sia sempre impugnabile per violazione di legge, anche derogabile, sul merito della lite.

Il costo è un punto nodale dell'arbitrato degli appalti pubblici: le spese dell'arbitrato, comprensive dei compensi sia degli arbitri, sia di eventuali ausiliari, come i segretari, sono liquidate dall'ente sulla base di apposita tariffa, assai calmierata (v. d.m. 31.1.2018). La pubblicazione dei dati relativi agli arbitrati in corso, con relative spese, *ex art.* 210 d.lgs. cit. garantisce la massima trasparenza.

13. L'arbitrato nello sport.

L'arbitrato è visto come uno strumento particolarmente idoneo a preservare l'autonomia dell'ordinamento sportivo. Si è parlato di "arbitrato dei gruppi", con riferimento ad un sistema di soluzione delle liti all'interno di una organizzazione, che assicuri l'uniforme rispetto delle sue regole interne allo scopo di mantenerne l'autonomia.

L'arbitrato entra nello sport soltanto con riguardo ad alcuni tipi di liti. Infatti, il contenzioso sportivo può essere distinto in tre categorie, secondo quanto previsto dal d.l. n. 220 del 2003, conv. in l. n. 280 del 2003 (confermato dall'art. 4 del Codice della giustizia sportiva Coni 2014).

a) *Liti a rilevanza interna*: l'"osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive", nonché i "comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive" (su queste ultime v. però *sub b*).

L'applicazione delle predette regole non importa violazione né di diritti soggettivi né di interessi legittimi, perché il suo raggio di efficacia opera unicamente all'interno del sistema sportivo: dunque, eventuali contestazioni sono devolute esclusivamente agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ed è per questo che si parla di materia a rilevanza interna. La giustizia sportiva non può essere inquadrata nel fenomeno arbitrale, ma deve essere vista come un rimedio "endo-gruppo", a disposizione di chi contesti la corretta applicazione delle regole sportive.

b) *Liti amministrative*: ogni altra controversia "avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive" che presenti rilevanza per l'ordinamento statale, perché lesiva di situazioni giuridiche soggettive, che siano diritti soggettivi o interessi legittimi.

Sono reputate liti "amministrative", ad esempio, quelle sull'affiliazione delle società alle federazioni e sull'ammissione ai campionati, "trattandosi di provvedimenti di natura amministrativa in cui le Federazioni esercitano poteri di carattere pubblicistico in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del Coni" (Cons. St., 9 luglio 2004, n. 5025). Oggi, le questioni inerenti l'ammissione ai campionati professionistici sono però devolute direttamente al Tar nei modi e limiti del nuovo testo dell'art. 3 d.l. n. 220 del 2003.

La difficoltà di delineare con esattezza il confine fra liti a rilevanza interna ed esterna ha stimolato l'intervento della Corte costituzionale per ben due volte (11 febbraio 2011, n. 49 e 25 giugno 2019, n. 160) con riguardo alle sanzioni disciplinari: la Corte, al fine di salvaguardare la riserva della giustizia sportiva, ha escluso che il giudice abbia il potere di annullare l'atto sanzionatorio, ma ha ad un tempo riconosciuto a chi venga sanzionato ingiustamente un vero e proprio diritto al risarcimento del danno da far valere avanti al giudice.

Quanto ai rimedi, è previsto un doppio passaggio: dapprima la giustizia sportiva (c.d. pregiudiziale sportiva) e poi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Vi è spazio per l'arbitrato?

Il d.l. n. 220 del 2003 non lo esclude, nella parte in cui fa salva la scelta arbitrale prevista dagli statuti sportivi, e prima del 2014, in effetti, l'arbitrato era ritenuto la via preferenziale, dapprima con la Camera di conciliazione ed arbitrato e poi con il Tribunale nazionale per l'arbitrato sportivo. Tuttavia, le riforme del 2014, in rottura con il sistema precedente, hanno preferito la via giurisdizionale pubblica, previo esperimento dei gradi di giustizia sportiva. In particolare, dopo il ricorso alla giustizia delle federazioni, è aperto il ricorso al Collegio di garanzia del Coni, che funge da "Cassazione sportiva" (art. 3, codice della giustizia sportiva del Coni) e pronuncia una decisione avente efficacia amministrativa, impugnabile a sua volta davanti al Tar.

Ciò non toglie che vi sia ancora un potenziale spazio per l'arbitrato, se il sistema sportivo dovesse prevederlo, almeno con riguardo alla violazione di diritti soggettivi (mentre per gli interessi legittimi la giurisprudenza appare contraria: es. il Cons. di Stato n. 5025 del 2004 cit.); alcune norme, come l'art. 54 del codice Coni, parrebbero mantenere una porta aperta.

c) Liti patrimoniali: "rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti" e ogni controversia rilevante per l'ordinamento statuale, che non rientri nel punto *b*).

L'arbitrato, senz'altro ammissibile, è il mezzo elettivo scelto dagli enti sportivi per la soluzione di queste controversie, altrimenti di competenza del giudice ordinario: l'art. 4 del codice Coni, infatti, prevede che "gli Statuti e i regolamenti federali possono prevedere il deferimento delle controversie su rapporti meramente patrimoniali a commissioni e collegi arbitrali".

Un esempio assai rilevante di arbitrato sportivo patrimoniale è quello dei contratti di lavoro subordinato sportivo, come previsto dall'art. 4, comma 5, l. n. 91 del 1981 (è in corso la sua completa revisione, al momento in cui si scrive, per effetto della legge delega n. 86 del 2019). Sono da menzionare, in particolare, gli

arbitrati del lavoro nel calcio professionistico, di regola irrituali, retti dai regolamenti predisposti dalla contrattazione collettiva (cap. XVIII, par. 5).

Lo stesso Collegio di garanzia si è riservato il peculiare ruolo di giudice sulle liti patrimoniali fra l'agente sportivo ed il suo assistito, definendo detta procedura come "arbitrale" (regolamento 17 dicembre 2019).

L'ente arbitrale più significativo nel mondo dello sport è la Corte di arbitrato per lo sport con sede a Losanna (*Tas* o *Cas*), che amministra gli arbitrati relativi al contenzioso sportivo a rilevanza internazionale. Ha competenza, in materia patrimoniale e non, in tre direzioni: rapporti giuridici devoluti alla Corte con convenzione arbitrale contenuta, ad esempio, in un contratto (*Ordinary arbitration division*); questioni di anti-doping, in primo od unico grado (*Anti-doping division*); impugnazione di provvedimenti di federazioni o altri organi sportivi (*Appeals arbitration division*). L'arbitrato, con sede in Svizzera, è disciplinato dalla legge svizzera sull'arbitrato internazionale dato che, di regola, le parti risiedono in Paesi diversi: il lodo è pertanto impugnabile davanti al Tribunale federale svizzero ed è riconoscibile all'estero secondo la Convenzione di New York.

Va anche ricordato, fra gli altri, il *Basket arbitration tribunal* in seno alla *Fiba*.

14. I diritti disponibili per i quali la legge vieta l'arbitrato.

Veniamo ora ai diritti per i quali l'arbitrato è vietato dalla legge: sono diritti pienamente disponibili, sui quali il legislatore interviene vietando l'arbitrato.

Tale divieto è legittimo solo quando risponde ad esigenze di ragionevolezza, perché altrimenti violerebbe il diritto costituzionale all'autonomia negoziale di cui l'arbitrato è espressione.

Ad esempio, è vietato l'arbitrato su liti in materia opere pubbliche "inerenti programmi di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali" (art. 1, comma 2-*quater*, d.l. n. 15 del 2003, convertito in l. n. 62 del 2003); opera il divieto di arbitrato anche con riguardo alle controversie di previdenza ed assistenza, non essendo abrogato l'art 147 disp. att. c.p.c., a termini del quale "nelle controversie in materia di previdenza ed assistenza obbligatoria, sono privi di qualsiasi efficacia vincolante, sostanziale e processuale, gli arbitrati rituali, gli arbitrati irrituali".

In alcuni casi, la legge proibisce soltanto un sotto-tipo di convenzione arbitrale (cap. VII, par. 1): qui non si vuole vietare l'arbitrato *tout court*, bensì si desidera orientare le parti verso un arbitrato con certe modalità e, pertanto, non si può

parlare di divieto di arbitrato, ma di piena compromettibilità, pur nel rispetto di particolari garanzie. Per fare degli esempi già visti, cito il divieto di compromesso di cui al d.m. 20 dicembre 2006 per le liti riguardanti l'Agea, quando sia già pendente un processo e non tutti i titolari di liti connesse fra loro accettino (cap. III, par. 3); o il divieto di compromesso nell'arbitrato degli appalti pubblici, *ex d.lgs. n. 50 del 2016* (par. 12); o ancora il divieto di clausole compromissorie negli statuti delle società c.d. aperte, ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 (par. 10).

Sentenze



1. Cassazione civile sez. VI, 28/09/2020, n. 20462
2. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 01/06/1999, *Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV*
3. Cassazione civile sez. VI, 16/04/2018, n. 9344
4. Cassazione civile sez. VI, 13/02/2017, n. 3744
5. Corte di Giustizia UE sez. I, causa C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro contro Centro Móvil Milenium SL*
6. Cassazione civile sez. VI, 30/10/2012, n. 18671
7. Cassazione civile sez. VI, 31/10/2018, n. 27736

Bibliografia essenziale



CAPITOLO VII

LA CONVENZIONE ARBITRALE

1. La convenzione arbitrale e i suoi sottotipi.

La convenzione arbitrale è un contratto con comunione di scopo, finalizzato a rendere operativo l'arbitrato per la soluzione di una o più liti, presenti o future, fra le parti. Detto contratto è esercizio del diritto (potestativo) di un soggetto alla scelta dello strumento arbitrale per la tutela dei propri diritti, come declinazione del diritto di autonomia negoziale.

La convenzione arbitrale, a sua volta, fa nascere in capo alle parti una serie dinamica di situazioni giuridiche soggettive (poteri, oneri, soggezioni, doveri) strumentali, cioè processuali, che rappresentano, viste nel loro insieme, il processo arbitrale. Per esigenza di sintesi, definisco questo fascio di situazioni giuridiche soggettive come “diritto al processo arbitrale” o, se si vuole, “diritto di azione arbitrale”.

Il diritto di azione arbitrale, proprio perché nasce dalla stipulazione della convenzione arbitrale, non trova fonte diretta in una norma, come accade per il diritto di azione giudiziale, ma in un atto di volontà. L'azione arbitrale si pone in concorso sostanziale alternativo con l'azione giudiziale: esse tendono infatti ad un risultato economicamente fungibile, l'accertamento del diritto.

La convenzione arbitrale è un contratto, disciplinato dalle regole generali del codice civile: l'utilizzo del termine “convenzione” deriva dall'esigenza di armonizzare la disciplina interna alle convenzioni internazionali.

Il codice distingue fra tre sotto-tipi di convenzione arbitrale: compromesso, clausola compromissoria e convenzione arbitrale non contrattuale. La distinzione

è influente sull'unità del tipo: la convenzione arbitrale rimane infatti un tipo contrattuale unitario e, pertanto, è possibile delineare uno schema-base, al quale uniformare i sotto-tipi ogni qualvolta la legge non disponga altrimenti; inoltre, ogni ambiguità normativa va risolta nel senso di uniformare le discipline dei tre sotto-tipi. Per esempio, è possibile, come si vedrà *sub b)* che un patto arbitrale funga ad un tempo da clausola compromissoria (per le liti derivanti da un dato contratto) e da convenzione arbitrale non contrattuale (per le liti extracontrattuali derivanti da quel contratto).

a) Compromesso (art. 807 c.p.c.): è il contratto con il quale le parti scelgono l'arbitrato quando la lite è già sorta. Esso, dunque, presuppone la specificazione sia del diritto (o dei diritti) sia della relativa lite.

Esempio: “Scrittura privata. I sottoscritti Tizio e Caio, rispettivamente proprietari del fondo Sempronio e Mevio, fra loro confinanti; premesso che tra loro è insorta controversia circa la determinazione del confine fra i due fondi; convengono di deferire la predetta lite ad arbitrato rituale, da svolgersi davanti ad un collegio di tre arbitri, nominato dal Presidente del Collegio dei periti agrari di [...]. Il collegio deciderà secondo equità”.

b) Clausola compromissoria (art. 808 c.p.c.): le parti che concludono un contratto inseriscono una clausola secondo cui eventuali liti che dovessero sorgere in relazione al medesimo contratto saranno devolute ad arbitrato. È il tipo di convenzione più diffuso nella prassi.

La clausola compromissoria può essere definita come una clausola-contratto: formalmente è una clausola, ma dal punto di vista sostanziale è un contratto autonomo in tutto e per tutto. La determinazione dell'oggetto, cioè dei diritti devoluti ad arbitri può risolversi, com'è di frequente, nel mero richiamo al contratto o al rapporto: in questo caso, la clausola compromissoria si estende anche ad eventuali diritti, derivanti da quel rapporto, che sorgano successivamente alla sua firma (per esempio, il diritto alla risoluzione per inadempimento).

Esempi. 1. *Arbitrato amministrato*: “Tutte le controversie derivanti dal presente contratto saranno risolte mediante arbitrato secondo il regolamento di [...]”. 2. *Arbitrato ad hoc*: “Qualsiasi controversia che dovesse insorgere in relazione al presente contratto sarà deferita al giudizio di un collegio arbitrale composto da tre arbitri, due scelti rispettivamente dalle parti e il terzo di comune accordo fra gli arbitri così nominati. Il lodo sarà impugnabile anche per violazione di norme di diritto.

c) *Convenzione arbitrale non contrattuale* (art. 808-bis): già prevista dall'art. II della convenzione di New York, è stata introdotta dalla novella del 2006 con riguardo a liti future riguardanti rapporti extracontrattuali.

È necessario che la convenzione abbia un ambito determinato o determinabile: non sembra dunque possibile che due soggetti, ad esempio due fratelli, decidano di devolvere ad arbitri tutte le liti che dovessero insorgere fra loro nel corso della vita.

Esempio. Due o più soggetti confinanti scelgono di devolvere ad arbitri eventuali future liti con riguardo ai rapporti di vicinato; oppure il testatore inserisce nel testamento una clausola con la quale dispone che le eventuali liti fra gli eredi siano devolute ad arbitri (par. 6).

La regolamentazione della convenzione arbitrale non contrattuale ha permesso la risoluzione di un problema che si era posto in precedenza: se gli arbitri, chiamati a risolvere una lite riguardante un contratto, possano decidere su rapporti che da quel contratto traggono ragione o occasione, ma che non possono essere qualificati come contrattuali, cioè strettamente nascenti dal medesimo. Se prima della riforma del 2006 non c'era una risposta certa, oggi, grazie all'art. 808-bis in combinato disposto con l'art. 808-quater c.p.c. (secondo cui, nell'incertezza, la convenzione va interpretata nel senso più ampio possibile rispetto al rapporto dedotto in causa) il patto arbitrale contenuto nel contratto sarà in grado di comprendere anche gli aspetti extracontrattuali o precontrattuali del contratto, salva volontà contraria delle parti.

Esempio. Viene stipulato un contratto di licenza di marchi e di distribuzione nel quale è inserita una clausola compromissoria. Nasce una lite sull'adempimento del contratto da parte del distributore, al quale viene altresì imputata una responsabilità da concorrenza sleale (extracontrattuale). Gli arbitri possono pronunciarsi anche su questa e lo stesso vale per l'azione di arricchimento indebito o per l'azione di responsabilità precontrattuale fatta valere dopo la stipula del contratto, ove la si ritenga extracontrattuale.

2. L'autonomia e la validità della convenzione arbitrale.

Un problema dibattuto, specie in passato, è quello dell'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto che la contiene. Per il vero non vi dovrebbero essere dubbi: la clausola è un contratto a tutti gli effetti ed in quanto tale è dotato di una propria autonomia.

Ciononostante, ci si è chiesti se, in caso di nullità del contratto principale, sia da ritenersi automaticamente nulla anche la clausola compromissoria. Il problema è risolto dall'art. 808, secondo cui la nullità della clausola deve essere valutata in modo autonomo rispetto a quella del contratto a cui accede. È una regola largamente riconosciuta sul piano internazionale, direi di *lex mercatoria* arbitrale.

Ciò non significa, ovviamente, che la convenzione arbitrale non possa mai essere nulla o annullabile, ma soltanto che il vizio dovrà essere inerente alla clausola, pur non potendosi ovviamente escludere che esso sia comune al contratto. Deve ritenersi che analoga soluzione valga anche in caso di inesistenza del contratto (per chi ammette questa categoria).

Dall'autonomia della convenzione arbitrale bisogna tenere distinto il principio della *Kompetenz-Kompetenz*, o principio della competenza sulla competenza (cap. X, par. 1).

Gli arbitri, come ogni giudice, hanno infatti il diritto di decidere sulla propria competenza, cioè sul proprio potere di decidere: in altri termini, possono e debbono poter valutare la validità ed efficacia della convenzione arbitrale, per verificare la propria legittimazione a risolvere la lite. Lo stabilisce il comma 1 dell'art. 817 c.p.c.: “Se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza”. L'autonomia della clausola compromissoria attribuisce invece agli arbitri una ulteriore prerogativa, quella cioè di decidere sull'esistenza e validità del contratto principale, una volta accertata la validità del patto arbitrale.

Esempio. Due parti stipulano un contratto di licenza in violazione delle norme comunitarie; se la nullità del contratto si estendesse automaticamente alla clausola compromissoria ivi inserita, gli arbitri non potrebbero giudicare sul contratto, in quanto sarebbero privi di *potestas iudicandi*, ma poiché la clausola compromissoria è autonoma rispetto al contratto e il vizio colpisce solo quest'ultimo, gli arbitri potranno pronunciarsi nel merito. Poniamo invece che una delle parti firmatarie del contratto contenente la clausola compromissoria fosse incapace al momento della stipula: gli arbitri, di fronte all'eccezione dell'incapace, dovranno prima di tutto valutare la propria legittimazione a giudicare secondo il principio della *Kompetenz-Kompetenz*, pronunciandosi sulla validità della clausola compromissoria per incapacità. Se la ritengano invalida, dovranno pronunciare un lodo di incompetenza; se la ritengano valida (perché ad es. vi è stata ratifica con riferimento alla sola clausola) potranno passare, in virtù del principio di autonomia, a valutare la validità del contratto principale.

3. Limiti oggettivi della convenzione arbitrale: il collegamento contrattuale fra le stesse parti.

Si è detto che la convenzione arbitrale dà luogo ad una serie di situazioni di natura processuale – in una sintesi efficace, al diritto d'azione arbitrale. Il diritto soggettivo sostanziale litigioso, invece, rappresenta un presupposto esterno alla convenzione arbitrale ma la sua determinazione rimane indispensabile, al fine di delineare con esattezza i limiti oggettivi e soggettivi del patto compromissorio.

Partiamo dai limiti oggettivi: le parti sono sovrane nel determinare l'ambito di competenza degli arbitri e, tuttavia, non è sempre facile delimitarne gli esatti contorni, o perché la volontà pattizia non è chiara, o perché le parti pongono in atto una operazione economica complessa. Sull'incertezza del tenore pattizio, rinvio al par. 13, mentre esamino qui la questione dei contratti collegati fra le stesse parti (in caso di parti diverse v. par. 8).

Per collegamento negoziale si intende di regola il caso in cui le parti, per propria volontà, pongono in relazione più contratti altrimenti autonomi ed indipendenti, al fine di realizzare una operazione economica unitaria. Sarà però preso in esame anche quello che è stato definito da autorevole dottrina collegamento “necessario”, cioè predeterminato dalla legge, fra più contratti, come ad esempio la relazione fra contratto di mutuo e contratto di fidejussione, fra contratto transatto e transazione.

Se le parti desiderano optare per l'arbitrato, la soluzione migliore è quella di devolvere ad arbitri l'intera operazione economica attraverso la stipulazione di una c.d. convenzione arbitrale “ad ombrello” (cfr. art. 1442 *c.p.c.* francese), cioè di un unico patto arbitrale, su documento separato, che si riferisca esplicitamente a tutti i contratti collegati; lo stesso risultato si può ottenere quando i contratti collegati facciano tutti esplicito rinvio ad una clausola arbitrale contenuta in uno di essi.

Tuttavia, la prassi mostra situazione più complicate.

a) In ogni contratto collegato è contenuta una clausola compromissoria: occorre capire se si possa instaurare un procedimento arbitrale unitario, o se siano necessari tanti processi quanti sono i contratti.

La risposta è senz'altro positiva solo se le convenzioni siano di tenore compatibili: la Cassazione ha in tal caso ritenuto che le parti siano tenute a nominare gli stessi arbitri per tutti i contratti collegati e che un diverso comportamento violi la buona fede contrattuale, a meno che non vi sia una contestazione sulla sussistenza stessa del collegamento contrattuale (Cass., 25 maggio 2007, n. 12321 [1]). Certamente, non deve emergere dai contratti una precisa volontà di frazionamento.

Se, invece, le clausole presentino elementi di incompatibilità (ad esempio diverse modalità di nomina, lingua o sede diversa ecc.), si può tentare un coordinamento attraverso un'attenta interpretazione del tenore delle clausole alla luce del comportamento delle parti pre e post-contratto: ad esempio, si può affermare la prevalenza della clausola con contenuto più ampio, oppure di quella contenuta nel successivo contratto modificativo, o di quella del contratto quadro. Altrimenti occorrerà instaurare processi separati, riunibili solo con il consenso delle parti.

La scelta di un arbitrato amministrato e di un regolamento che contempli questa eventualità può ovviare, almeno parzialmente, al problema.

b) La clausola arbitrale è inserita solo in uno o alcuni dei contratti collegati: per tentare l'estensione della clausola ai contratti esclusi, si potrebbe invocare l'art. 808-*quater*, nella parte in cui allarga la convenzione arbitrale al "rapporto", da intendersi come l'insieme dei contratti collegati. Tuttavia, l'assunto non è decisivo, perché si fonda su un assunto indimostrato, appunto il fatto che il rapporto di cui parla la norma consista nell'*ensemble* negoziale.

Nella giurisprudenza di legittimità si trovano spesso massime tralatizie che negano l'estensione della convenzione arbitrale ai contratti collegati: tuttavia, i casi affrontati sono talmente eterogenei da non permettere di estrapolare un criterio comune. Vediamone alcuni.

Un primo gruppo riguarda l'ambito oggettivo delle clausole compromissoria statutaria e va risolto sull'interpretazione dell'art. 34, d.lgs. n. 5 del 2003 (par. 9).

Un'automatica estensione della previsione arbitrale contenuta nel contratto principale al subcontratto va esclusa, in linea con le regole generali sul rapporto fra i due contratti.

Talvolta il patto arbitrato è contenuto in documenti "preparatori" (memorandum, *letter of agreement*), il cui contenuto non può vincolare le parti a meno che non siano talmente dettagliate da poter essere interpretate come contratto vero e proprio.

La convenzione arbitrale contenuta nell'accordo-quadro, o contratto normativo, viene di regola estesa ai contratti esecutivi, mentre non altrettanto vale per la convenzione contenuta nel contratto preliminare rispetto alle liti scaturenti dal definitivo, benché la Cassazione sia di parer contrario.

Infine, per quel che riguarda la modificazione e la transazione occorre distinguere a seconda del caso: di regola la modificazione (e dunque la transazione meramente modificativa) di un contratto non importa il venir meno del patto arbitrale originario, mentre, almeno secondo la Cassazione, la transazione novativa lo estingue.

Ancor più complicato è quando alcuni contratti collegati contengano clausole arbitrali ed altre clausole sul foro competente: rinvio al par. 13.

4. Limiti soggettivi della convenzione d'arbitrato: premessa metodologica.

L'efficacia soggettiva della convenzione arbitrale è un tema assai delicato, in quanto interferisce con il diritto di azione davanti al giudice statale di cui all'art. 24 Cost. e con il conseguente divieto di arbitrato obbligatorio. Per affrontare correttamente il problema, occorre distinguere fra terzo rispetto al patto compromissorio, terzo rispetto al processo arbitrale (cap. XI, par. 4) e terzo rispetto al lodo arbitrale (cap. XV, par. 6).

Può accadere infatti che il lodo arbitrale abbia effetto nei confronti di un soggetto estraneo al patto compromissorio ed al processo arbitrale (ad esempio il terzo subconduttore, investito degli effetti del lodo altrui sul rapporto di locazione); che una parte del patto compromissorio non partecipi al processo arbitrale e non risenta dunque del lodo (ad esempio nel caso di condebitori solidali); che un terzo partecipi al processo arbitrale e subisca gli effetti del lodo, senza aver stipulato il patto compromissorio (ad esempio, il creditore di una società che interviene nell'arbitrato sulla responsabilità dell'amministratore).

In questo capitolo mi concentro sulla figura del terzo estraneo alla convenzione arbitrale e la norma di riferimento è l'art. 1372 c.c., secondo cui il contratto ha forza di legge fra le parti e non ha effetto riguardo ai terzi, salvo i casi previsti dalla legge. Dunque, occorre prima di tutto sapere quali soggetti possano considerarsi parti della convenzione arbitrale.

5. Le parti della convenzione arbitrale. Capacità e rappresentanza.

Le parti del patto compromissorio sono coloro che manifestano il consenso al contratto. Data la forma scritta obbligatoria, si avrà riguardo alla parte che fa proprio il contenuto contrattuale attraverso la sottoscrizione, anche elettronica, o forme equipollenti di paternità.

Non sempre, però, la sottoscrizione del contratto contenente la clausola com-

promissoria equivale a consenso, come accade quando il terzo si limiti ad approvare (o “vistare”) il contratto altrui: la casistica internazionale riporta l'esempio dello Stato che appone il visto su un contratto contenente la clausola, stipulato da un ente pubblico con un privato di un altro Stato (come nel noto caso *Plateau des Pyramides*, risolto dalla Corte d'appello di Parigi del 12 luglio 1984). Lo stesso vale quando si chiede ad un terzo di firmare il contratto “per conoscenza”: ad esempio quando il subappaltatore dà atto di aver letto il contratto di appalto.

Il consenso deve essere esplicito. Tuttavia, dato che l'art. 808 c.p.c. precisa che la clausola compromissoria “deve risultare” da un atto scritto, si potrà dare rilievo, nella ricerca del consenso, a circostanze e comportamenti emergenti da documenti scritti: in questo caso, un soggetto, pur apparendo terzo, va ritenuto in realtà parte del patto. Altro è, tuttavia, parlare di consenso “presunto” o “implicito”: poiché la casistica si è per lo più concentrata sui contratti collegati, rinvio su questi punti al par. 8.

Veniamo ora alla capacità e alla rappresentanza. La parte, per poter stipulare validamente, deve essere capace d'agire ed il difetto è sollevabile ai sensi dell'art. 817 c.p.c. È parte anche colui che contratta tramite il proprio rappresentante, per effetto della spendita del nome derivante da procura in forma scritta.

Come precisa l'art. 808 (che, pur riguardando solo la clausola compromissoria, va esteso anche agli altri sotto-tipi), è sufficiente che il rappresentante abbia il potere di concludere il contratto principale a nome e per conto del rappresentato, affinché possa stipulare validamente la relativa clausola compromissoria. Prima della riforma del 2006, si riteneva che la conclusione della convenzione arbitrale richiedesse i poteri di straordinaria amministrazione. Oggi, invece, la capacità richiesta è “neutra”, vale a dire, ferma la capacità di agire in capo al soggetto stipulante, la convenzione arbitrale non è atto di ordinaria o straordinaria amministrazione, bensì la sua natura varia a seconda del rapporto giuridico a cui si riferisce. Così, l'amministratore di una società dotato di soli poteri di ordinaria amministrazione potrà vincolare la società ad un patto arbitrale riguardante un contratto che rientra nel suo ambito di manovra.

La falsa rappresentanza determina l'inefficacia del patto compromissorio nei confronti del falso rappresentato, a meno che questi non abbia ingenerato nel terzo contraente l'affidamento incolpevole circa l'esistenza della procura, secondo la teoria dell’“apparenza” (cfr. il caso *Orri*, risolto dalla Cassazione francese l'11 giugno 1991).

6. Il terzo titolare del diritto devoluto ad arbitri con il patto compromissorio.

È legittimato a compromettere solo il soggetto che si afferma titolare del diritto: la regola assicura che nessuno possa essere vincolato all'arbitrato su un proprio diritto, per altrui iniziativa. Vi sono però alcuni casi problematici, nei quali ad un soggetto è dato il potere di disporre di diritti altrui.

a) *Gestione del patrimonio altrui, sostituzione sostanziale.* Quando l'ordinamento conferisce a terzi il potere di gestire patrimoni altrui, questi soggetti sono in grado di imporre al titolare del patrimonio l'arbitrato per la risoluzione delle controversie riguardanti l'atto di gestione. Ove, infatti, sia dato ad un soggetto il potere di disporre di un diritto altrui, a questi è concesso di compromettere in arbitri quel diritto.

Un esempio è rappresentato dal contratto di cessione dei beni ai creditori, che potranno vendere i beni del debitore, pur non diventandone titolari e altresì compromettere in arbitri le controversie eventualmente derivanti dalla vendita. Altra ipotesi è il mandato senza rappresentanza, quando il mandatario disponga di un diritto del mandante ed inserisca, nell'atto di disposizione, la clausola arbitrale.

b) *Successioni e testamenti.* Può il testatore inserire una clausola arbitrale nel testamento, affinché gli eredi mandino in arbitrato eventuali future liti circa la successione, divisione, amministrazione ereditaria, *petitio haereditatis*, interpretazione od esecuzione del testamento?

Mentre in Spagna l'art. 10 della l. n. 60 del 2003 prevede l'*arbitraje testamentario*, in Italia la questione è dibattuta. La clausola testamentaria potrebbe essere inquadrabile come condizione o, meglio, come *modus* dell'attribuzione e come tale essere ammissibile.

Il problema più rilevante è quello dei limiti soggettivi perché il *de cuius* finirebbe per vincolare, ora per allora, i suoi successori. L'ostacolo mi pare superabile tenendo presente che la legge conferisce al testatore poteri di ingerenza, con riguardo alla sistemazione del proprio patrimonio fra gli eredi (v. gli artt. 733 e 734 c.c.): poiché alle attribuzioni, infatti, sottende anche l'interesse del disponente, non vedo motivo di impedirgli di stabilire lo strumento di soluzione delle relative liti. I dubbi maggiori sorgono sul diritto alla legittima, tenendo presente che l'art. 549 c.c. vieta di porre pesi o condizioni ai legittimari (caso a sé è rappresentato dal patto di famiglia, che apre peraltro a nuovi sviluppi).

Riterrei valida la clausola arbitrale testamentaria anche nei confronti dei lega-

tari, potendosi utilmente richiamare l'analogia con il contratto a favore di terzo di cui si dirà subito appresso, con riferimento al o ai beni oggetto del legato.

c) *Sostituzione processuale. Azione diretta.* Se sia data ad un soggetto l'azione in giudizio per un diritto altrui (c.d. legittimazione straordinaria), senza però poter disporre del suddetto diritto, questi non è legittimato a compromettere: ad esempio, il creditore che agisce in via surrogatoria non può compromettere in arbitri quella controversia. Non solo, ma il sostituto processuale sarà vincolato al patto compromissorio eventualmente stipulato dal titolare del diritto: se voglia esercitare l'azione, dunque, dovrà rivolgersi agli arbitri e non al giudice.

Poiché nella stragrande maggioranza dei casi il titolare del diritto è litisconsorte necessario, l'arbitrato si svolgerà fra più di due parti, con i conseguenti problemi in caso di nomina c.d. binaria (rinvio al cap. VIII, par. 3).

Il titolare dell'azione diretta, per contro, esercita un proprio diritto ad ottenere la somma dovuta direttamente dal *debitor debitoris*, perciò non è vincolato dal patto compromissorio che assista, in ipotesi, il credito del suo debitore.

d) *Contratto a favore di terzo.* Quando un soggetto costituisce una situazione vantaggiosa a favore di un terzo, quest'ultimo deve rispettare la scelta arbitrale eventualmente inserita nel contratto. Il terzo potrà decidere di non profittare del vantaggio, ma, se ne profitti, dovrà rivolgersi agli arbitri.

Così, se in un accordo di cessione delle quote sociali, si preveda che il venditore, nel caso in cui la società non sia *in bonis* all'atto del *closing*, versi denaro nelle casse del gruppo, la suddetta società sarà vincolata all'eventuale clausola compromissoria contenuta nel contratto.

Per contro, quando si prometta il fatto del terzo, quest'ultimo non è vincolato né al comportamento promesso, né all'eventuale patto compromissorio che lo riguardi.

e) *Diritti in contitolarità.* Residuano infine i diritti in contitolarità. Occorre a monte verificare se la lite riguardi un diritto unico a pluralità di parti (litisconsorzio necessario) o se si tratti di più diritti fra loro scindibili (litisconsorzio facoltativo: cap. III, par. 1).

Mentre nella seconda ipotesi il potere di compromettere è disgiunto e dunque ciascuno dei contitolari può validamente compromettere in arbitri senza estensione agli altri, nel primo caso il patto compromissorio stipulato da soltanto alcuni dei titolari è inutile (o inefficace, se si preferisce), ma i titolari pretermessi potranno, se lo vorranno, spontaneamente aderirvi: questa possibilità, a mio avviso, deriva dal principio di buona fede nell'esecuzione del contratto. Parimenti, sarà

possibile per il litisconsorte pretermesso intervenire nel giudizio arbitrale anche senza il consenso delle altre parti, ai sensi dell'art. 816-*quinquies*, comma 2, c.p.c. (cap. XIII, par. 3).

7. La successione nel patto compromissorio.

Se il diritto passa di mano dopo la stipula del patto compromissorio, quest'ultimo si estende al successore. La ragione sta nel fatto che, quando si succede in un diritto, si succede anche nel suo strumento di tutela: e poiché l'arbitrato offre uno strumento di tutela alternativo all'azione giudiziale, che non può più essere esercitata, il patto arbitrale passerà automaticamente in capo al successore. Esaminiamo più da vicino le diverse tipologie di successione.

a) Successione universale. Nella successione universale fra persone fisiche, il patto compromissorio vincola l'erede: così, l'erede di un socio di una società il cui statuto contenga una clausola arbitrale dovrà devolvere ad arbitri la lite sul credito derivante dalla liquidazione della quota sociale. La medesima soluzione vale per la successione delle persone giuridiche.

b) Successione a titolo particolare. Se si tratta di un legato *mortis causa*, il legatario, vero e proprio successore nel diritto attribuito dal defunto, sarà vincolato al patto compromissorio.

Più complessa è la successione per atto tra vivi. Quando la successione avviene nell'intero rapporto contrattuale, come accade per la cessione del contratto o per la successione *ex lege* nei contratti in caso di cessione di azienda, gli interpreti sono d'accordo nel ritenere che valga la regola di opponibilità della convenzione arbitrale al successore (Cass., 28 ottobre 2011, n. 22522). Naturalmente, è sempre possibile escludere il vincolo nei riguardi del cessionario, se vi è l'accordo di tutte le parti. La stessa regola vale anche quando opera la surrogazione, legale e del fideiussore.

Può però accadere che la successione operi in una sola coppia diritto-obbligo derivante dal contratto, vale a dire, dal lato attivo, la cessione del credito, dal lato passivo, l'accollo, l'espromissione o la delegazione (quando diano luogo a successione e non a novazione).

Anche in questo caso dovrebbe ritenersi operante l'estensione del patto arbitrale, ma la soluzione non è pacifica. Si scontrano infatti tre teorie: la prima esclude l'opponibilità al cessionario del credito, ritenendo indispensabile un consenso espresso; la seconda valorizza l'esigenza di tutelare il debitore che non partecipa

all'accordo di cessione, riconoscendo il vincolo compromissorio contro ed a favore del cessionario; la terza, sostenuta specialmente dalla Cassazione (21 marzo 2007, n. 6809 [2]), permette al solo debitore di avvalersi del patto compromissorio contro il cessionario, il quale non può, per contro, iniziare l'arbitrato invocando la convenzione arbitrale.

Quest'ultima soluzione è insoddisfacente, perché l'introduzione di una sorta di clausola compromissoria unilaterale (cioè invocabile soltanto dal terzo ceduto), oltre a non trovare un supporto né nella legge né nella volontà delle parti, comporta gravi problemi di tutela del cessionario, il quale deve necessariamente iniziare una causa davanti al giudice ordinario, rischiando di vedersi opporre la clausola arbitrale dal debitore ceduto e dovendo così sopportare i costi del processo già instaurato.

Propendo dunque per la piena operatività della convenzione arbitrale nei confronti del cessionario, con possibilità per quest'ultimo di intervenire nel processo arbitrale già pendente, in posizione adesiva rispetto al cedente.

8. I terzi titolari di rapporti diversi; contratti collegati.

Poiché la convenzione arbitrale copre unicamente i diritti ivi indicati, sono i limiti oggettivi, prima ancora di quelli soggettivi, ad impedire che il terzo titolare di un diritto non compreso possa essere coinvolto nell'arbitrato, anche quanto detto diritto sia connesso o addirittura dipendente da quello in contesa.

Si possono portare due esempi particolarmente rilevanti.

Nel primo, il subcontraente non è assoggettato alla convenzione arbitrale contenuta nel contratto principale, a meno che non l'abbia espressamente accettata anche per *relationem*.

Nel secondo, il fideiussore non è vincolato dal patto compromissorio inserito nel contratto di debito principale e l'inopponibilità vale a maggior ragione con riguardo al contratto autonomo di garanzia. L'assunto è peraltro contestato: secondo una dottrina, la soluzione opposta si fonderebbe sull'art. 1945 c.c., che consente al fideiussore di invocare le eccezioni di cui si potrebbe avvalere il debitore principale. Tuttavia, non è affatto chiaro se la norma si riferisca all'eccezione di compromesso, che è contratto autonomo rispetto a quello di fideiussione; e comunque, anche se fosse, il fideiussore potrebbe sempre scegliere se avvalersi o meno dell'arbitrato (dunque non vi sarebbe a rigore vincolato). Insomma, nel dubbio, ritengo debba prevalere la regola del consenso.

La clausola arbitrale non opererà neppure in caso di regresso del fideiussore nei confronti del debitore, a differenza della surrogazione.

Il tema più discusso, specie nell'arbitrato internazionale, è però quello del collegamento contrattuale fra più parti. Le operazioni economiche di una certa complessità sono spesso caratterizzate da una pluralità di contratti, che presentano intrecci soggettivi e/o oggettivi di vari tipi. Ad esempio, diversi contraenti appartengono ad un medesimo gruppo; oppure, accanto alla società, appare nell'operazione anche il socio di maggioranza o la persona fisica che ne è a capo; ancora, la parte di uno dei contratti partecipa attivamente alle trattative o all'esecuzione degli altri, pur non sottoscrivendoli; vi è uno stretto collegamento oggettivo fra i contratti (ad esempio contratto quadro e contratti esecutivi, oppure contratto modificativo o transattivo); infine, talvolta accade che il terzo titolare di un contratto collegato inizi l'arbitrato assumendo di essere legittimato ad esercitare un diritto nascente dal contratto che non ha sottoscritto.

Se la clausola "ad ombrello" (par. 3) firmata da tutti permette l'instaurazione di un unico processo arbitrale, la cosa si complica quando ciascun contratto contenga una clausola arbitrale, pur compatibile con le altre. Ancor più delicata è la questione quando solo alcuni contratti prevedano l'arbitrato.

In estrema sintesi può dirsi quanto segue.

Ogniquale sia possibile far uso degli schemi noti (surrogazione, teoria dell'apparenza, contratto a favore di terzo ecc.: v. par. 6) sarà possibile instaurare un unico processo arbitrale sull'intero *ensemble* contrattuale. Se, poi, sia il terzo a volersi avvalere dell'arbitrato, il consenso è dimostrato, ma occorre che anche le parti originarie vi assentano.

Negli altri casi, la via preferita dalla maggior parte degli ordinamenti rimane il consenso (c.d. *strict rule*): a meno che non sia possibile individuare sicuri indici a favore di una volontà compromissoria, il terzo non può esservi vincolato.

Benché la casistica sia quasi tutta internazionale, la mia impressione è che, nel nostro ordinamento, vi sia una netta tendenza a compiere l'indagine sul consenso con particolare rigore e che uno spiraglio possa aprirsi solo in casi di strettissima interdipendenza. Altri ordinamenti percorrono vie più scivolose, come quelle del consenso "implicito" o addirittura "presunto".

Ulteriore complicazione sorge quando i contratti collegati contengano anche clausole del foro: rinvio al par. 13.

9. Limiti oggettivi e soggettivi della clausola compromissoria statutaria.

I limiti oggettivi e soggettivi della clausola compromissoria contenuta nello statuto della società sono particolarmente problematici.

a) Limiti oggettivi. Il raggio massimo che la clausola può raggiungere comprende tutte le liti fra soci (ad esempio, le liti riguardanti il diritto di prelazione, o il risarcimento danni fra soci), le liti fra soci e società (ad esempio, le impugnazioni di deliberare assembleari, comprese quelle del consiglio di amministrazione; oppure quelle riguardanti la liquidazione della quota in capo al socio uscente), le liti da e contro gli organi sociali (ad esempio, l'azione di responsabilità dell'amministratore).

All'interno di questo campo le parti possono decidere di limitare l'operatività ad alcune soltanto delle controversie: ad esempio, possono escludere gli organi sociali, contro i quali si dovrà dunque agire davanti al giudice. La scelta di limitare è, però, spesso inopportuna, perché i processi davanti al giudice e davanti agli arbitri non sono coordinabili fra loro e possono dare luogo a giudicati logicamente contrastanti.

Ci si è chiesti se la clausola statutaria possa comprendere le liti derivanti da patti parasociali o da contratti di cessione delle quote. Secondo la tesi dominante, la risposta è negativa in entrambi i casi (sulla cessione quote, Cass., 31 marzo 2014, n. 7501 [3]). Sui patti parasociali occorre però una precisazione: quando essi, come talvolta accade, sono contenuti nel contratto sociale, la clausola statutaria opererà; quando invece sono esterni, come è sovente, il rapporto con lo statuto sociale va inquadrato in termini di collegamento contrattuale (v. dunque parr. 3 e 8).

b) Limiti soggettivi. La clausola statutaria si estende ai non sottoscrittori in tre ipotesi, ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003.

In primo luogo, vi sono vincolati non solo i soci fondatori, ma anche i soci sopravvenuti dopo la costituzione della società (richiamerei qui l'art. 1332 c.c. sul contratto aperto). Al socio va parificato l'usufruttuario (ma non lo Stato che subentra a seguito di confisca: Cass., 4 marzo 2021, n. 6068).

In secondo luogo, gli organi sociali prestano il consenso alla scelta arbitrale per effetto della sola accettazione dell'incarico e ciò anche quando, nell'accettare, non abbiano fatto esplicito richiamo allo statuto, purché la clausola statutaria li menzioni. Sarei per escludere i dubbi di costituzionalità da altri prospettati, poiché l'accettazione dell'incarico non può andare disgiunta dall'impegno di rispettare i patti fissati dai soci. Data la volontarietà dell'arbitrato, ritengo però che l'organo

sociale possa rifiutare il patto compromissorio, ma occorrerà ad un tempo consentire alla compagine sociale di riesaminare l'opportunità di conferire l'incarico. Più problematica, ma non da escludere, è l'estensione all'amministratore di fatto, ad esempio quando sia anche socio, o abbia accettato formalmente l'incarico in un momento successivo.

In terzo luogo, la clausola statutaria può essere imposta ai soci assenti o dissenzienti, se la maggioranza di almeno due terzi della compagine sociale deliberi l'introduzione o la modifica del patto; la stessa regola vale per la sua soppressione. Unica via per chi non voglia sottostare alla decisione è recedere dalla società entro i novanta giorni successivi. In questo caso è legittimo dubitare della costituzionalità della norma, perché il gruppo finisce per imporre la scelta arbitrale con riguardo a diritti soggettivi individuali dei soci dissenzienti, come l'impugnazione delle deliberazioni assembleari, realizzando così una sorta di arbitrato obbligatorio. Si suole però giustificare il sacrificio con l'esigenza di funzionamento del gruppo.

L'estensione della clausola statutaria ai soci comprende anche coloro "la cui qualità di socio è oggetto della controversia" (art. 34, comma 3, d.lgs. n. 5 del 2003). Il tenore letterale della norma sembra legittimare gli arbitri a pronunciarsi sempre nel merito, ogni qualvolta la parte richieda l'accertamento dello *status* di socio in capo ad un soggetto (non però quando la domanda verta su un diritto pregiudiziale, come l'invalidità del contratto di cessione quote). Tuttavia, così ritenendo, vi è il rischio che una parte proponga pretestuosamente una domanda di accertamento della qualità di socio al solo scopo di vincolare un terzo alla convenzione arbitrale. La dottrina ha dunque proposto diverse soluzioni tese escludere la competenza arbitrale: quando il soggetto, per accertamento degli stessi arbitri, non abbia rivestito la qualità di socio all'epoca dei fatti in causa e non sia vincolato per altra via al patto compromissorio; quando non risulti *per tabulas* un titolo idoneo all'acquisto della qualità di socio; quando l'oggetto della controversia non riguardi direttamente le norme statutarie (ad esempio vi rientrerebbe unicamente la lite sul gradimento dei soci all'ingresso del terzo); quando il terzo scelga di far valere la questione dello *status* solo ai fini della competenza degli arbitri.

Resta fermo che gli arbitri potranno occuparsi anche di fatti successivi alla perdita della qualità di socio, purché traggano diretta derivazione da quello *status*: ad esempio, la clausola statutaria coprirà le liti derivanti dalla liquidazione della quota del socio che abbia esercitato il diritto di recesso.

10. La convenzione arbitrale nei confronti del curatore nella liquidazione giudiziale.

Una questione molto discussa – connessa a quella sulla compromettibilità, già trattata al cap. 6, par. 3 e a cui si rinvia – riguarda il vincolo del curatore al patto arbitrale stipulato dall'imprenditore *in bonis*.

Secondo l'art. 83-*bis* l. fall. (rimasto invariato nel codice della crisi, all'art. 192) “se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito”. Sullo sfondo, sta l'art. 72, comma 1, l. fall., ai sensi della quale, in tutti i casi non previsti dalla legge, i contratti non ancora eseguiti all'epoca della liquidazione rimangono sospesi finché il curatore non abbia scelto se subentrare o sciogliersi dal vincolo (l'art. 172 codice della crisi si limita a precisare che si ha riguardo alle prestazioni principali).

L'art. 83-*bis* cit. (*alias* art. 192 codice della crisi) si occupa della ipotesi in cui il processo arbitrale sia già pendente all'atto della liquidazione (cap. XIII, par. 8), ma è sembrato logico dedurne un principio più generale, cioè l'automatica estinzione della clausola arbitrale insieme al contratto. L'assunto, tuttavia, non convince, perché manca una deroga espressa al principio di autonomia sancito dall'art. 808 (in tal senso Cass., 23 ottobre 2017, n. 25054 [4]; senza contare che si finirebbe per ledere l'aspettativa del terzo all'arbitrato, scelto a suo tempo in accordo con il contraente *in bonis* ed ancora attuale per le controversie che sopravvivano allo scioglimento del contratto).

Per risolvere il problema, occorre a mio avviso prendere posizione sul nodo pregiudiziale circa il rapporto fra curatore e debitore (nodo ancora irrisolto, come emerge in Cass., 22 giugno 2005, n. 13442).

L'impostazione da me preferita vede il curatore come amministratore della massa nell'interesse dei creditori, dotato di funzione autonoma rispetto all'imprenditore, di cui non è rappresentante legale, né sostituto processuale (in tal senso, sebbene in un caso peculiare, Cass., 23 gennaio 2013, n. 1543). La soluzione è coerente con il riconoscimento, in capo al debitore, della persistenza di un interesse a regolare i propri rapporti patrimoniali per l'eventualità di un ritorno *in bonis*: si pensi, ad esempio, alla ripetizione di indebito per un credito insussistente.

Ad un tempo, però, occorre tenere presente che l'art. 43 l. fall. (invariato sotto questo profilo nel codice della crisi all'art. 143) sembra attestare la perdita della

legittimazione a stare in giudizio, in capo al debitore, limitatamente ai beni compresi nella liquidazione giudiziale (v. cap. XIII, par. 8).

Da questi dati mi pare di poter dedurre che il curatore rimane sempre terzo rispetto alla convenzione arbitrale, che pure sopravvive fra il debitore e gli altri contraenti, a meno che non decida di succedere nel contratto principale, nel qual caso opererà anche la successione nel vincolo compromissorio (cfr. Cass., 26 maggio 2015, n. 10800 [5]).

Resta fermo che le pretese creditorie contro la massa debbono essere in ogni caso assoggettate alla procedura di liquidazione.

Che il legislatore non abbia ancora trovato un punto fermo nei rapporti fra arbitrato e procedure concorsuali è dimostrato dall'art. 169-*bis*, comma 3, l. fall. (art. 97, comma 8, codice della crisi), in tema di concordato preventivo: infatti, con evidente inversione di tendenza rispetto alla liquidazione giudiziale, la clausola compromissoria rimane vincolante anche in caso di scioglimento da un contratto in corso di esecuzione. Significativo è anche l'art. 18 del regolamento europeo n. 848 del 2015, secondo cui “gli effetti della procedura d'insolvenza su un procedimento giudiziario o arbitrale pendente relativo a un bene o a un diritto facente parte della massa liquidatoria di un debitore sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro in cui il procedimento è pendente o ha sede il collegio arbitrale”: si aprono così le porte, seppur limitatamente alle procedure transnazionali, ad ordinamenti meno restrittivi rispetto al nostro quanto all'operatività dell'arbitrato.

11. Il consenso alla convenzione arbitrale.

Di consenso ho già parlato nei paragrafi scorsi a proposito della distinzione fra parte e terzo: qui esamino i profili residuali, più strettamente attinenti alle sue modalità di manifestazione.

a) *Formazione progressiva; scambio di atti introduttivi.* La convenzione arbitrale si ha per conclusa quando vi sia il consenso contestuale, tramite sottoscrizione congiunta. Un'applicazione speciale sarà esaminata al cap. X, par. 8, nel caso in cui le parti scelgano l'arbitrato a lite pendente.

È possibile, anche ai sensi dell'art. II.2 della convenzione di New York, il consenso a formazione progressiva, quando emerga da una pluralità di atti in forma scritta, che si integrino a vicenda: ad esempio lo scambio di lettere firmate da ciascuna delle parti.

In giurisprudenza si discute se la produzione davanti al giudice di un documento contenente la convenzione arbitrale equivalga a sua accettazione (*pro* Cass., 26 giugno 2001, n. 8744; *contra* Cass., 17 marzo 2020, n. 7399): essa è comunque da escludere quando la produzione sia finalizzata a far valere l'inoperatività della convenzione.

Più problematico è verificare se, in mancanza di una precedente convenzione arbitrale, lo scambio fra domanda di arbitrato e comparsa di risposta implichi consenso all'arbitrato. Mentre la legge modello *Uncitral* risponde positivamente, l'art. 817 stabilisce che, nel caso in cui il convenuto in arbitrato non eccepisca l'inoperatività della convenzione arbitrale nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri, il lodo non è impugnabile per questo motivo: non è chiaro se la norma introduca una mera preclusione processuale, limitata all'impugnabilità del lodo, oppure comporti la ben più incisiva formazione negoziale della convenzione arbitrale. Le conseguenze applicative dell'una o dell'altra soluzione sono diverse: solo nel secondo caso si resterebbe infatti vincolati all'arbitrato se il giudizio si estinguesse prima del lodo di merito. Ritengo più convincente la prima tesi, sia per via del tenore letterale della norma, sia perché per la stipula di un compromesso non può essere sufficiente il mero silenzio nella prima difesa, ma occorre un consenso espresso dalla parte personalmente. A maggior ragione non vi sarà consenso nel caso in cui il convenuto decida di non difendersi (Cass., 28 febbraio 2019, n. 5824 cit. cap. X, par. 2).

Inoltre, la nomina dell'arbitro non può valere come stipula della convenzione, perché il convenuto può decidere di collaborare nella costituzione del giudice arbitrale proprio al fine di far valere l'inesistenza del patto compromissorio.

b) Doppia sottoscrizione. Se la convenzione arbitrale sia contenuta in contratti in serie o in formulari predisposti si pone la questione di applicazione dell'onere della doppia sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341 c.c.

Nell'arbitrato domestico la norma si applica senz'altro (Cass., 10 settembre 2018, n. 21942), mentre per l'arbitrato internazionale la questione è aperta.

Prima della riforma del 2006, infatti, il requisito della doppia sottoscrizione era espressamente escluso, ma la previsione è stata abrogata. Secondo una convincente dottrina, peraltro, la convenzione di New York, nel dettare i requisiti sufficienti al riconoscimento della convenzione arbitrale, è esaustiva e prevale sull'onere di doppia sottoscrizione. Altri hanno distinto a seconda della legge applicabile alla convenzione arbitrale, ma l'assunto non mi convince, perché il criterio della sede contenuto nell'art. 816 riporta alla legge italiana.

Se invece una delle parti abbia la veste di consumatore, vale il regime delle clausole vessatorie di cui si è già detto (cap. VI, par. 7).

c) *Convenzione arbitrale unilaterale; offerta al pubblico*. Deve ritenersi ammissibile una clausola arbitrale unilaterale che vincola una sola delle parti, lasciando libera l'altra di adire o meno l'autorità giudiziaria (Cass., 22 maggio 2015, n. 10679 con riferimento all'arbitrato irrituale), in applicazione del meccanismo del contratto di opzione di cui all'art. 1331 c.c.

La soluzione viene vista da molti Paesi come la più equilibrata nelle liti di consumo ed in linea con la legislazione europea: ritenendo sempre inopponibile al consumatore la clausola arbitrale, lo si lascerebbe libero di optare o meno per l'arbitrato a lite già sorta attraverso una sua iniziativa, o aderendo all'iniziativa del professionista (cap. VI, par. 7).

È parimenti ammissibile un'offerta pubblica, che vale come proposta di arbitrato, con conclusione del contratto compromissorio su accettazione o su inizio di esecuzione attraverso la proposizione della domanda; inoltre, le parti possono prevedere espressamente che la convenzione arbitrale sia aperta all'adesione di terzi (art. 1332 c.c.), dettando le relative modalità.

Esempi. 1. *I trattati di investimento*. Un esempio di impegno unilaterale a soggetti non identificati riguarda la prassi dei trattati bilaterali di protezione degli investimenti (*bit*), che spesso contengono una clausola con la quale gli Stati contraenti si impegnano alla scelta arbitrale ove insorga lite fra i medesimi e l'investitore dell'altro Stato; se l'investitore accetta la convenzione, quest'ultima si ha per perfezionata (v. per esempio il 2012 U.S. *Model Bilateral Investment Treaty*). Ancora, va ricordato l'arbitrato nell'ambito degli impegni presi ai sensi del regolamento europeo sulle concentrazioni (n. 139 del 2004: nei relativi atti sono spesso contenute clausole arbitrali a destinatari indefiniti, volte a tutelare i terzi che pretendano il rispetto dei suddetti impegni e che, se lo vorranno, potranno aderirvi); nonché il consenso incondizionato dello Stato contraente alla soluzione arbitrale con gli investitori di cui all'art. 26 dell'*Energy charter treaty*. Queste previsioni hanno peculiarità problematiche: in primo luogo, se lo Stato contraente intende revocare l'offerta prima dell'adesione dell'investitore (che può avvenire con il contratto "individuale" di investimento o successivamente, anche con il deposito della domanda d'arbitrato), rischia la violazione dell'obbligo assunto con il trattato. In secondo luogo, la connessione fra trattato e i successivi singoli contratti di investimento crea problemi nell'ipotesi in cui i secondi contengano previsioni di soluzione delle liti difformi da quella contenuta nel primo. 2. *Il sistema spagnolo di consumo*. Si segnala altresì l'"offerta pubblica de adhesion" al sistema arbitrale di consumo spagnolo, formulata dalle imprese nei

riguardi di potenziali consumatori (R.d. n. 231/08): tale offerta, dirigendosi verso soggetti non ancora determinati, vincola all'arbitrato ancor prima che il rapporto sia sorto, con possibilità o meno di revoca a seconda del caso.

12. La forma della convenzione arbitrale e la convenzione *per relationem*.

Il legislatore italiano prevede espressamente la forma scritta per tutti e tre i tipi di convenzione arbitrale, ma non è chiaro se sia sempre richiesta *ad substantiam* o *ad probationem*.

Mentre l'art. 807, con riguardo al compromesso, stabilisce la forma scritta a pena di nullità (dunque parrebbe *ad substantiam*), l'art. 808, con riguardo alla clausola compromissoria, richiede che la scelta arbitrale "risulti" da atto avente la forma richiesta per il compromesso (dunque parrebbe *ad probationem*).

Di fronte a questa discrasia a me sembra che debba essere valorizzata l'unità del tipo (v. par. 1) e che, pertanto, occorra dare una esegesi uniforme delle norme citate. La forma *ad probationem* è più convincente perché trova conferma nell'art. 4, commi 2 e 11 della l. n. 218 del 1995, che, nell'equiparare la convenzione arbitrale alla clausola di deroga alla giurisdizione italiana, richiede che "l'accettazione sia provata per iscritto". Conseguenza che è possibile provare la convenzione arbitrale facendo ricorso a circostanze e comportamenti emergenti da documenti scritti (v. par. 3); inoltre, l'inammissibilità della prova testimoniale non può essere sollevata d'ufficio (Cass., 5 agosto 2020, n. 16723).

Mentre la convenzione di New York, all'art. II.2, e la convenzione di Ginevra, all'art. 1, si attestano sulla forma scritta (pur con scambio di lettere, per telex, telescrivente e telegramma), l'art. 807 va oltre stabilendo che "la forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo, telescrivente, tele facsimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti teletrasmessi".

La norma va coordinata con il codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 82 del 2005 e successive modificazioni, di seguito cad), che trova applicazione anche ai privati ai sensi e nei limiti dell'art. 2. In particolare, occorre differenziare fra convenzione arbitrale sottoscritta elettronicamente e non sottoscritta (artt. 20, 21, 45 e 47 cad). La sottoscrizione telematica, purché con certe caratteristiche, per-

mette infatti di soddisfare la forma scritta, mentre tutti gli altri documenti informatici non danno altrettanta certezza.

La questione riguarda soprattutto le comunicazioni più frequenti nella prassi come le *e-mails* (ma anche *chat*, *socials*, *sms*): gli interpreti si dividono fra chi ritiene che il giudice possa valutare caso per caso, sulla base delle caratteristiche di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità del documento e chi invece le equipara alle mere riproduzioni informatiche (es. *files* o fotografie non analogiche) regolate dall'art. 2712 c.c.

Il consenso può essere espresso anche *per relationem*, cioè tramite rinvio ad altro documento contenente il patto arbitrale: secondo l'art. 808, infatti, la clausola compromissoria può essere conclusa con atto separato rispetto al contratto. Si pensi, ad esempio, ad un contratto di appalto che rinvia ad un capitolato separato contenente la convenzione arbitrale.

La giurisprudenza italiana esige però che la *relatio* sia *perfecta*, che, cioè, la convenzione arbitrale sia espressamente e specificamente richiamata, non essendo viceversa sufficiente un generico rinvio al documento che la contiene (proprio sul capitolato d'appalto, Cass., 31 ottobre 2018, n. 27764 [6]).

Quando l'arbitrato è internazionale, si registra, nella prassi, una tendenza ad un minor rigore, un tempo confermata dall'art. 833, comma 2, poi abrogato, ma tuttora coerente con l'art. II della convenzione di New York, che contiene una formula almeno apparentemente più favorevole.

13. L'interpretazione della convenzione arbitrale.

L'introduzione dell'art. 808-*quater* c.p.c., secondo cui “nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce”, ha permesso di superare numerosi problemi interpretativi che si erano posti prima della novella del 2006 nel caso di clausole compromissorie di tenore non chiaro.

È indispensabile premettere che le questioni di seguito esaminate possono essere prevenute con un'attenta redazione dei testi contrattuali e che, in ogni caso, si applicano i principi di interpretazione del contratto, compreso il comportamento tenuto dalle parti nel procedimento arbitrale (Cass., 27 gennaio 2015, n. 1498).

Ciò detto, la prima questione che si è posta è se la clausola riferita a solo alcu-

ne delle possibili liti derivanti da un contratto si estenda alle altre quando non vi siano elementi tali da far presumere che le parti abbiano voluto escluderle. L'art. 808-*quater* permette di rispondere positivamente.

Esempio. La clausola arbitrale si riferisce genericamente a tutte le liti che scaturiscono “dall'esecuzione del presente contratto”: potrà essere devoluta ad arbitri anche l'eventuale lite sulla nullità? Oppure, la clausola arbitrale contenuta in un contratto d'appalto menziona unicamente le liti riguardanti la “validità e l'esecuzione del presente contratto”: vi è compresa la responsabilità per rovina di edificio *ex art. 1669 c.c.*, che secondo l'interpretazione dominante è di natura extracontrattuale (sul problema della responsabilità extracontrattuale da contratto si è già detto al par. 1)?

In secondo luogo, la norma aiuta a risolvere l'ipotesi in cui, accanto alla scelta arbitrale, si trovino previsioni con essa contrastanti. Capita, infatti, che all'interno di uno stesso contratto coesistano una clausola arbitrale e una clausola di deroga alla giurisdizione o alla competenza. In questo caso, non si deve per ciò solo concludere per l'inconciliabilità assoluta delle due previsioni e dedurne automaticamente la prevalenza della scelta giurisdizionale. Occorre invece verificare che cosa le parti abbiano effettivamente voluto, interpretando tutte le circostanze rilevanti, alla luce dei criteri di esegesi del contratto e del netto *favor* per la scelta arbitrale esplicitato nell'art. 808-*quater*.

La questione si complica se le due clausole siano contenute in più contratti collegati fra loro (par. 3): a differenza, infatti, del caso in cui le parti abbiano scelto l'arbitrato in alcuni dei contratti e negli altri siano rimaste silenti, qui occorre fare i conti con una volontà negoziale espressamente divergente e l'obiettivo di armonizzazione si fa più arduo. La questione è ancor più grave quando le parti siano diverse. Specie in quest'ultimo caso è difficile sostenere la prevalenza della scelta arbitrale poggiandosi esclusivamente sull'art. 808-*quater*, ma la giurisprudenza internazionale riporta casi in cui una attenta ricostruzione della volontà delle parti ha spinto i giudici a preferire la soluzione dell'unicità del rimedio, nonostante i tenori contrattuali differenti.

14. Gli effetti, la durata e l'estinzione della convenzione arbitrale.

Vediamo ora alcune specificità della convenzione arbitrale, quanto ai suoi effetti e alla sua persistenza nel tempo.

a) *Gli effetti*. Poiché, con la scelta dell'arbitrato, le parti danno vita ad un rimedio che porta ad un risultato equivalente alla sentenza, il primo effetto della convenzione arbitrale è quello di provocare l'"incompetenza" del giudice sulla lite (cap. X, par. 3).

Poiché la convenzione arbitrale è a tutti gli effetti un contratto, non escluderei conseguenze risarcitorie per il suo inadempimento, benché la prova del danno non sia agevole: lo ha riconosciuto una sentenza del giudice inglese, secondo la quale gli arbitri stessi sono competenti a liquidare il danno (*High Court of Justice*, nel caso *West Tankers* del 4 aprile 2012). Come giustamente rilevato, non vi sono neppure ostacoli a prevedere, all'interno della clausola, una penale per l'eventuale inadempimento.

b) *La durata e l'estinzione*. L'art. 808-*quinquies* c.p.c. stabilisce che "la conclusione del procedimento arbitrale senza pronuncia sul merito, non toglie efficacia alla convenzione d'arbitrato". La regola è stata introdotta per contrastare un pregresso orientamento invalso in giurisprudenza, secondo cui la convenzione d'arbitrato si consumava con la fine del procedimento arbitrale a prescindere dal suo esito (anche quando, ad esempio, gli arbitri non avevano pronunciato il lodo nei tempi previsti), con conseguente necessità di rivolgersi al giudice. Oggi, invece, in ogni ipotesi in cui il procedimento arbitrale finisca senza un lodo di merito, le parti potranno e dovranno attivarne uno nuovo.

Ciò non è sempre possibile: se ad esempio gli arbitri abbiano pronunciato il difetto di legittimazione ad agire e la convenzione non vincoli il legittimato, o abbiano riscontrato un difetto di litisconsorzio necessario, oppure abbiamo dichiarato l'invalidità della convenzione, non potrà farsi luogo ad alcun nuovo processo arbitrale. Un'esplicita eccezione alla regola riguarda altresì il caso in cui le parti optino per un compromesso in fase di appello (cap. X, par. 8).

Se gli arbitri hanno pronunciato nel merito, invece, possono darsi due ipotesi: o il lodo diviene incontrovertibile perché non impugnato o perché l'impugnazione è stata respinta e non vi sarà più luogo a giudizio arbitrale, salva l'esperibilità delle impugnazioni straordinarie; oppure il lodo viene annullato, nel qual caso il merito torna agli arbitri solo se la nullità sia stata pronunciata per i motivi specificati

dall'art. 830 c.p.c., o se le parti lo abbiano espressamente stabilito; altrimenti, si resta davanti al giudice. Naturalmente, la convenzione continua a valere per le controversie diverse da quella decisa.

La convenzione arbitrale si estingue per espresso accordo (art. 1372 c.c.) e, nei casi previsti dall'art. 1373 c.c., anche per recesso unilaterale, nonché per *factum principis* (come l'embargo internazionale: Cass. 24 novembre 2015, n. 23893).

Si discute invece se la domanda giudiziale importi rinuncia alla convenzione arbitrale: poiché la rinuncia dev'essere esplicita e la legittimazione ad agire in giudizio è altro rispetto al potere di disporre, a me pare che l'iniziativa dell'attore concorra al realizzarsi del – più limitato – effetto che l'art. 819-ter accorda al silenzio del convenuto, cioè il venir meno della “competenza arbitrale” limitatamente a quella lite (Cass., 20 febbraio 2015, n. 3464; parla invece di abrogazione tacita della convenzione Cass., 15 luglio 2004, n. 13121). L'iniziativa potrà peraltro essere valutata dal giudice come violazione della buona fede nell'esecuzione del contratto, secondo quanto detto al par. 4 del cap. X.

Esempio. Tizio cita Caio davanti al giudice, per una lite coperta da una valida convenzione arbitrale. Se Caio non eccepisce il patto compromissorio nella prima difesa, la lite resta devoluta al giudice: la convenzione arbitrale rimane in piedi unicamente per liti diverse da questa. Peraltro, ove Tizio sia convenuto da Caio davanti al giudice per un'altra lite coperta dalla stessa convenzione arbitrale e sollevi tempestivamente l'eccezione di compromesso, il giudice potrà valutare questo comportamento come violazione della buona fede nell'esecuzione della convenzione arbitrale, ai fini delle spese, o addirittura ai fini della sussistenza stessa patto compromissorio.

15. Breve guida al contenuto facoltativo della convenzione arbitrale.

Accanto ai requisiti necessari per la validità ed efficacia della convenzione d'arbitrato, le parti possono inserire alcune previsioni facoltative.

a) Innanzitutto, i contraenti possono stabilire le regole del procedimento: l'art. 816-bis prevede questa possibilità, aggiungendo che, in difetto, detto potere spetta agli arbitri (cap. XI, par. 1). La modalità più diffusa è il rinvio ai regolamenti di enti amministratori di arbitrato.

b) Può essere determinata la sede dell'arbitrato, come stabilisce l'art. 816: in difetto la stabiliranno gli arbitri (cap. IV e cap. XI, par. 3).

c) Le parti possono fissare un termine per la pronuncia del lodo, che gli arbitri avranno l'obbligo di rispettare, pena il risarcimento del danno. Qualora le parti non ne facciano alcuna menzione, troverà applicazione l'art. 820 (cap. XI, par. 9).

d) Può altresì essere previsto che gli arbitri decidano il merito della lite secondo equità. Nel silenzio delle parti, varrà il metro di diritto, ai sensi dell'art. 822 (cap. XI, par. 11).

e) Sempre con riferimento alla decisione nel merito, le parti possono stabilire che il lodo sia impugnabile per violazione o falsa applicazione delle norme di diritto: in mancanza di espressa previsione, sarà possibile far valere unicamente la violazione delle norme di ordine pubblico, salvo casi eccezionali (cap. XVI, par. 8).

f) Infine, le parti possono prevedere che l'eventuale giudizio rescissorio, resosi necessario a seguito della pronuncia di nullità del lodo, sia sempre deferito ad arbitri. In difetto di previsione, il giudizio rescissorio verrà affidato alla Corte d'appello nei casi stabiliti dall'art. 830 (cap. XVI, par. 10).

Sentenze



1. Cassazione civile sez. I, 25/05/2007, n. 12321
2. Cassazione civile sez. I, 21/03/2007, n. 6809
3. Cassazione civile sez. II, 31/03/2014, n. 7501
4. Cassazione civile sez. VI, 23/10/2017, n. 25054
5. Cassazione civile sez. un., 26/05/2015, n. 10800
6. Cassazione civile sez. VI, 31/10/2018, n. 27764

Bibliografia essenziale



CAPITOLO VIII

GLI ARBITRI

1. I vantaggi della scelta dell'arbitro e il principio di eguaglianza delle parti.

L'art. 809, comma 2, c.p.c. prevede che “il compromesso o la clausola compromissoria deve contenere la nomina degli arbitri oppure stabilire il numero di essi e il modo di nominarli”: dalla convenzione arbitrale scaturisce dunque il potere di nominare o far nominare gli arbitri.

La stessa disposizione precisa altresì che gli arbitri possono essere uno o più di uno, purché sempre in numero dispari: il legislatore italiano non ha dunque ritenuto di adottare un sistema come quello previsto dall'*Arbitration act* inglese, che permette il numero pari, con la possibilità di ricorrere, se necessario, alla nomina di un “umpire”. In alcuni casi è addirittura imposto un determinato numero di arbitri, come ad esempio nell'arbitrato dei contratti pubblici *ex d.lgs. n. 50 del 2016*.

La libertà di scegliere il giudice, che non significa necessariamente diritto di nominare un proprio arbitro, bensì, in senso più ampio, di influire sulla determinazione dell'organo arbitrale imponendo determinate caratteristiche o scegliendo un soggetto designante, è uno dei vantaggi più considerevoli dell'arbitrato.

Il valore della scelta è innanzitutto ideologico, perché l'arbitro trova la propria legittimazione dal basso, cioè nella volontà diretta delle parti, senza interposizione di terzi o imposizione dello Stato. Sul piano della relazione umana, poi, viene incentivato il rapporto di fiducia fra le parti e l'arbitro, innescando un circolo virtuoso che favorisce l'efficienza del processo e il rispetto della decisione. Il drit-

to ad autodeterminarsi sul proprio giudicante emerge dalla giurisprudenza della Corte costituzionale ed è stato anche direttamente riconosciuto dal Consiglio di Stato, che ha ritenuto illegittima una previsione di legge finalizzata ad impedire alle parti di influire sulla scelta dell'arbitro (Cons. St., 17 ottobre 2003, n. 6335 [1] in materia di appalti pubblici).

Detto vantaggio, tuttavia, non può trasformarsi in abuso: l'arbitro e l'organo arbitrale nel suo complesso debbono avere le caratteristiche di imparzialità e terzietà che si convengono alla loro funzione, alla pari del giudice (par. 7).

A tal fine, è prima di tutto indispensabile che sia rispettata l'eguaglianza delle parti nella fase di costituzione dell'organo arbitrale, affinché quest'ultimo possa dirsi equidistante. È un principio di elaborazione interpretativa, immanente al sistema e di ordine pubblico internazionale (fin dal caso *Dutco*, risolto dalla Cassazione francese il 7 gennaio 1992).

Equidistanza significa diritto di una parte a contribuire alla nomina degli arbitri in modo eguale all'apporto dell'altra parte: se una parte ha diritto di nominare un arbitro, lo stesso diritto andrà accordato all'altra parte; se l'arbitro venga nominato da un terzo, quest'ultimo va determinato sulla base dell'accordo di tutte le parti.

In Italia non potrebbe dunque trovare applicazione il c.d. arbitrato *ex parte*, ovvero la possibilità che il collegio arbitrale sia composto esclusivamente dagli arbitri nominati da una parte, nel caso in cui l'altra parte ometta di effettuare la designazione (cfr. art. 17 *Arbitration act* inglese).

Il principio di equidistanza è posto a rafforzamento dell'imparzialità dell'organo arbitrale nel suo complesso, più che del singolo arbitro – che deve esserlo a prescindere dal fatto che sia stato nominato da una parte –: in altri termini, ai fini della decisione del lodo, la maggioranza degli arbitri deve poter essere raggiunta anche senza l'apporto preponderante di una delle parti.

Esempio. Se il collegio sia stato nominato con apporto eguale da tutte le parti, ad esempio, quattro arbitri siano stati nominati da quattro parti ed un quinto nominato da un terzo, ma tre di esse presentino una sostanziale identità di posizioni difensive il principio di equidistanza sarà comunque violato.

Il principio vale anche per i terzi designatori, che debbono presentare sufficienti caratteristiche di indipendenza rispetto a tutte le parti in causa. Lo si desume dall'art. 832 c.p.c., applicabile anche negli arbitrati *ad hoc* (cap. V, par. 2). Ciò è

particolarmente importante nell'arbitrato dei "gruppi": con riguardo alla clausola compromissoria statutaria, ad esempio, l'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 impone che l'arbitro sia designato da un terzo sia estraneo alla società a pena di nullità dell'intero patto compromissorio.

Benché la questione sia discussa e salvo il caso appena citato dell'arbitrato societario, la convenzione arbitrale che violi l'equidistanza non è, a mio parere, nulla nella sua interezza, ma solo nella parte relativa alle modalità di nomina: pertanto, la parte che intende avviare l'arbitrato può invocare, *ex art.* 1419 c.c., l'applicazione dell'art. 809, comma 3 e conseguentemente rivolgersi al Presidente del tribunale per una nomina suppletiva. Depone a favore di questa ricostruzione il combinato disposto degli artt. 832 e 829, comma 1, n. 2, con riguardo alla connessa questione di impugnazione del lodo, come si dirà meglio oltre (par. 5, cap. XVI).

2. La scelta degli arbitri e i modi di nomina.

Le modalità di scelta degli arbitri possono variare a discrezione delle parti.

a) Nomina diretta. La nomina può essere contenuta direttamente nella convenzione d'arbitrato. È una scelta rischiosa, in quanto può darsi che l'arbitro, nel momento in cui sorge la lite, non possa o non voglia assumere l'incarico: in tal caso, ove si dimostri che la scelta è stata fatta *intuitu personae* (ritenuta cioè essenziale dalle parti per la stessa legittimità dell'arbitrato) la convenzione arbitrale diverrebbe inoperante.

b) Nomina eterodeterminata. La nomina può essere devoluta ad un soggetto terzo, con le caratteristiche di indipendenza già viste: ad esempio un ente amministratore o un'altra autorità di nomina come il Presidente del tribunale, il Presidente di un ordine professionale, ecc.

c) Nomina binaria. Ciascuna parte provvede alla nomina di un arbitro e poi le parti insieme, o gli arbitri così designati, o ancora un terzo soggetto nominano l'ulteriore arbitro. Questa modalità si adatta perfettamente al caso in cui le parti siano soltanto due; in caso contrario è consigliabile adottare la modalità eterodeterminata (par. 3).

In alcuni casi, la legge non lascia libere le parti di individuare le modalità di nomina che preferiscono, come si è visto nell'arbitrato endosocietario (par. 1).

È bene ricordare che, in caso di contestazioni sulla regolarità della costituzione degli arbitri, questi hanno il potere-dovere di pronunciarsi *ex art.* 817, secondo il principio della *Kompetenz-Kompetenz* (cap. X, par. 1).

Come scegliere l'arbitro?

Benché l'individuazione del candidato giusto sia garanzia di un arbitrato ben riuscito, la legge non dà particolari indicazioni.

La prassi internazionale riporta invece interessanti spunti, come, ad esempio, l'intervista delle parti ai potenziali arbitri, al fine di valutarne l'idoneità al ruolo, sia con riferimento alle capacità di gestione di arbitrati (disponibilità di tempo, esperienza ecc.), sia con riguardo alle competenze sulla specifica materia in lite. L'unico limite invalicabile è la protezione della terzietà: non si può entrare nel merito della lite e si suggeriscono ulteriori cautele come, ad esempio, che l'intervista sia condotta congiuntamente delle parti e che non venga svelato chi di esse designerà il professionista. Vi sono apposite linee guida in proposito, come le *Chartered Institute of Arbitrators Guidelines for Interviews*.

Alcuni enti arbitrali, come la AAA, offrono specifici servizi per una oculata scelta degli arbitri.

Con l'avvento della rete, si stanno facendo strada nuove modalità di ricerca degli arbitri, con la creazione di piattaforme dalle quali trarre informazioni su eventuali candidati, o addirittura forme di scelta degli arbitri assai inusuali, come il ricorso ad un *software* in qualità di terzo designatore, o l'"arbitro anonimo" della *blockchain*. Tutte novità che vanno attentamente valutate per gli effetti distorsivi che possono provocare.

3. L'arbitrato multiparte.

Una complicazione sorge quando, a fronte di una clausola arbitrale che preveda la nomina binaria, le parti, all'insorgere della lite, siano più di due: la modalità scelta nella convenzione non è, infatti, in grado di operare.

Prima della riforma del 2006, la giurisprudenza cercava di preservare l'attualità del meccanismo binario richiedendo alle parti di raggrupparsi in due centri di interessi contrapposti ed omogenei, al fine di nominare un arbitro per ciascun centro. Il raggruppamento, però, doveva avvenire *ex post*, in modo spontaneo, per cui bastava una lieve differenziazione delle difese o anche solo il rifiuto di raggrupparsi per vanificare la scelta arbitrale.

Nel 2006 è intervenuto l'art. 816-*quater* c.p.c.

La norma ribadisce innanzitutto che, qualora una parte convenga in arbitrato una pluralità di soggetti, è possibile addivenire alla nomina degli arbitri senza al-

cun problema quando la clausola arbitrale preveda la nomina eterodeterminata. Altrimenti, per poter instaurare validamente un arbitrato multiparte, non restano che due opzioni:

a) le parti si accordano spontaneamente, *ex post*, sulla nomina degli arbitri, a patto, però, che l'accordo sia rispettoso del principio di equidistanza, cioè non porti ad uno squilibrio fra le parti in ordine alla costituzione dell'organo arbitrale;

Esempio. In una lite fra Tizio, Caio e Sempronio e Mevio, la convenzione arbitrale prevede il sistema binario: le parti si accordano, una volta sorta la lite, affinché detta previsione sia mutata in favore della nomina, per ciascuna parte, di un arbitro, stabilendo anche che il collegio arbitrale così composto sia integrato con un quinto membro nominato dai quattro arbitri. L'accordo è pienamente lecito, purché non emerga che tre delle quattro parti (Tizio, Caio e Sempronio) siano in realtà unite in un solo centro di interessi, tendano cioè al riconoscimento del medesimo diritto (in ipotesi, differenziando solo formalmente le loro difese): in tal caso, si determinerebbe uno squilibrio nella formazione del collegio arbitrale, poiché tre arbitri su cinque sarebbero nominati da un'unica parte in senso sostanziale.

b) i convenuti in arbitrato si accordano per nominare, tutti insieme, un eguale numero di arbitri rispetto a quello o quelli nominati dalla parte proponente la domanda. Si noti che non occorre che le parti abbiano difese comuni, tali da poterle raggruppare in un medesimo centro di interessi e neppure rilevano, in questo stadio, profili legati al diritto fatto valere, come eventuali litisconsorzi o la sostituzione processuale; è sufficiente che i convenuti si accorpino ai soli fini della nomina degli arbitri. La soluzione, ragionevole, ha come rovescio della medaglia l'inevitabile rischio che parti accomunate dagli stessi interessi non si accordino al solo fine di impedire lo svolgimento dell'arbitrato unitario.

Se entrambe le opzioni non sono possibili, la legge adotta una soluzione discutibile: l'arbitrato si scinde in tanti procedimenti quante sono le parti.

La soluzione presenta, in primo luogo, problemi di coordinamento tra i diversi arbitrati paralleli, che verteranno su questioni molto probabilmente connesse fra loro, oltre ad importare un aumento significativo dei costi. In secondo luogo, essa non è praticabile nel caso in cui la pluralità di parti dia luogo ad un litisconsorzio necessario e non sia perciò possibile scindere il procedimento (ad esempio è chiesta la divisione di un patrimonio ereditario fra più fratelli): in questo caso, la legge definisce l'arbitrato "improcedibile" e alle parti non resterà che rivolgersi al giudice statale.

Sarebbe stato a mio avviso meglio prevedere la nomina suppletiva dell'intero organo arbitrale ad opera del Presidente del tribunale (come stabilito dall'art. 1034, comma 2, *ZPO* tedesca, o dall'art. 1451 c.p.c. francese, o dall'art. 15 l. spagnola), ma la scelta italiana è stata diversa.

Pertanto, sia nel caso in cui il contratto contenente la convenzione arbitrale nasca già a pluralità di parti, sia quando la natura dell'operazione economica, pur svolgendosi fra due parti, induca a prevedere un possibile coinvolgimento di terzi, la scelta della modalità eterodeterminata è sicuramente da preferire. Si può anche pensare ad una soluzione mista, salvaguardando la nomina binaria ma prevedendo ad un tempo un criterio suppletivo in caso di multi-parti. Di norma, i regolamenti arbitrali prevedono un congegno di questo tipo, per cui il ricorso all'arbitrato amministrato risolve il problema.

Esempio. “Le controversie che dovessero insorgere tra le parti, dalla esecuzione del presente contratto, saranno deferite, qualora le parti siano due, alla decisione di tre arbitri, di cui due nominati dalle parti e il terzo, in qualità di presidente, su accordo degli arbitri così nominati. Nell'ipotesi in cui la controversia riguardi tre o più parti, e queste non si accordino sulla designazione dei tre arbitri, la nomina sarà effettuata dal [...], che provvederà altresì a precisare quale degli arbitri assumerà la veste di presidente del collegio”. Più dubbio è, invece se le parti possano prevedere, già in convenzione arbitrale, che, in caso di pluralità, dovrà esserci un raggruppamento delle parti in due centri di interessi; benché l'art. 816-*quater* non specifichi se l'accordo possa essere raggiunto anche prima del sorgere della lite, una tale previsione pattizia impedirebbe la spontaneità della decisione: sarei dunque per ritenerla illegittima.

4. Nomina suppletiva degli arbitri.

Le previsioni delle parti sulla nomina degli arbitri possono essere mancanti o incomplete, oppure, pur complete, possono creare problemi nella formazione dell'organo arbitrale.

In primo luogo, le parti potrebbero non aver previsto nulla circa la nomina degli arbitri, oppure potrebbero aver previsto modalità di nomina incomplete o un numero pari di arbitri. In questi casi soccorre l'art. 809 a termini del quale, se il numero indicato è pari, viene nominato un altro arbitro o su accordo delle parti (anche desumibile da previsioni della clausola arbitrale, per es. un'autorità

di nomina) o dal Presidente del tribunale; se manca il numero, gli arbitri sono tre; se mancano le modalità di nomina, ci si rivolge, in difetto di contrario accordo, di nuovo al Presidente del tribunale. Insomma, una applicazione ampia dell'art. 809 consente di coprire tutte le possibili manchevolezze.

Esempio. *Nessuna modalità di nomina:* le parti hanno inserito in un contratto una clausola compromissoria del seguente tenore: “Tutte le controversie che nasceranno dal presente contratto saranno devolute ad arbitrato”. La convenzione è pienamente valida, gli arbitri saranno tre e saranno tutti nominati dal Presidente del tribunale del luogo di stipula della convenzione (non avendo le parti determinato la sede dell'arbitrato). *Modalità incomplete:* le parti hanno inserito in un contratto una clausola compromissoria del seguente tenore: “Tutte le controversie che nasceranno dal presente contratto saranno devolute ad arbitrato e saranno decise da tre arbitri” (verranno nominati tutti dal Presidente del tribunale, in applicazione, seppur non chiarissima, dell'art. 809); oppure: “Tutte le controversie che nasceranno dal presente contratto saranno devolute ad arbitri da nominarsi ad opera del Presidente dell'ordine degli avvocati di Bologna” (gli arbitri sono tre); oppure: “Tutte le controversie che nasceranno dal presente contratto saranno devolute ad arbitri da nominarsi ad opera del Presidente dell'ordine degli avvocati” senza specificare il luogo dove risiede l'ordine richiamato (qui sarei comunque per l'applicazione dell'art. 809 c.p.c. – benché l'assunto sia controverso –, perché la mancata determinazione dell'organo terzo permette il subentro della nomina presidenziale).

Anche una convenzione arbitrale esaustiva può risultare non operativa in concreto, quando, ad esempio, una delle parti si astenga dal nominare il proprio arbitro, oppure l'autorità di nomina indicata dalle parti rifiuti la designazione richiesta. Entra così in gioco l'art. 810 c.p.c., che disciplina la nomina da parte del giudice, sia quando questi sia chiamato in via suppletiva, sia quando sia stato designato come primaria autorità di nomina. Volendo esemplificare, il giudice interviene:

a) quando, in caso di modalità binaria, la parte non nomini l'arbitro entro venti giorni dalla notificazione dell'invito formale alla designazione da parte dell'avversario che abbia già provveduto alla nomina (termine non perentorio secondo Cass., 20 giugno 2017, n. 15184, anche se la nomina giudiziale impedisce una designazione *ex parte* successiva);

b) quando, in caso di modalità eterodeterminata, il terzo designatore individuato dalle parti si astenga dalla nomina;

c) quando le parti abbiano previsto la nomina direttamente in capo al Presidente del tribunale, in veste di autorità designatrice;

d) quando le parti abbiano previsto la designazione di tutti gli arbitri o del terzo arbitro su loro accordo (o su accordo degli arbitri già nominati) e quest'ultimo non sia stato raggiunto.

L'art. 810 disciplina un procedimento snello, da svolgersi in camera di consiglio, davanti al Presidente del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato; nel caso di mancata indicazione della sede, provvede il Presidente del tribunale del luogo di stipula della convenzione o, se quest'ultima sia stata conclusa all'estero, di Roma (se le parti abbiano indicato un giudice diverso, la previsione va sostituita con quella di legge, secondo Cass. 28 maggio 2019, n. 14476 [2]).

Il giudice deve effettuare tre valutazioni: la sua competenza, l'esistenza di una convenzione per arbitrato di nazionalità italiana (escludendo la nomina solo se la convenzione sia manifestamente inesistente o per arbitrato estero) e infine la sussistenza delle condizioni per il suo intervento.

Quando l'arbitrato riguarda liti endosocietarie di società di capitali, l'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5 del 2003 prevede che il giudice competente alla nomina suppletiva sia il Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale. Per effetto della istituzione della sezione specializzata di impresa, peraltro, si dovrebbe intendere il Presidente della suddetta sezione; se, però, le parti abbiano inteso determinare il giudice della sede della società come primaria autorità di nomina, terrei ferma la volontà negoziale, pur con tutti i dubbi del caso.

Il convenuto in arbitrato, che rifiuti di nominare l'arbitro sul presupposto dell'invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale nei suoi riguardi, non può a mio avviso far valere tale motivo al fine di impedire la nomina. Il giudice, infatti, può astenersi dal nominare l'arbitro solo quando la convenzione arbitrale sia inesistente e non semplicemente nulla: spetta agli arbitri così nominati giudicare sulla loro *potestas iudicandi*. Non è neppure previsto che il tribunale debba obbligatoriamente sentire le parti prima di procedere alla nomina (benché debba ritenersi che possa farlo).

Il provvedimento giudiziale è ritenuto non impugnabile, neppure con ricorso straordinario in Cassazione, salva l'eventuale pronuncia sulle spese (Cass., 9 giugno 2020, n. 10985 [3]): nel silenzio della legge, va però ammesso il reclamo *ex* art. 739 c.p.c.

Se l'arbitrato rientra nell'ambito applicativo della convenzione di Ginevra del 1961, si applicherà l'art. 4, comma 2: se “entro trenta giorni dalla data della no-

tifica della richiesta d'arbitrato al convenuto" una delle parti non designa l'arbitro, "quest'ultimo verrà designato, salvo accordo contrario, su richiesta dell'altra parte, dal Presidente della Camera di commercio competente del paese in cui la parte in difetto ha la sua residenza abituale oppure la sua sede al momento della presentazione della richiesta di arbitrato".

5. Requisiti "formali" dell'arbitro.

Ogni arbitro deve possedere alcuni requisiti formali.

a) Incapacità. Può essere nominato arbitro solo colui che è capace di agire (art. 812 c.p.c.). A parte i casi di scuola del minore, dell'interdetto, o dell'inabilitato, ci si chiede se la norma si estenda al debitore assoggettato a liquidazione concorsuale, dato che nella nuova versione dell'art. 812 è scomparso il riferimento al "fallito". Poiché, secondo una tesi dottrinale, detto soggetto va ritenuto capace (cioè astrattamente idoneo ad agire) benché privo dei relativi poteri (cioè non legittimato), si potrebbe dubitare della perduranza del divieto.

b) Incompatibilità, divieti e autorizzazioni. Alcune leggi speciali prevedono una serie di incompatibilità, divieti, limiti all'assunzione dell'incarico, nonché obblighi di autorizzazione per determinate categorie professionali o in determinate materie (non mi riferisco qui alle incompatibilità dovute a legami con la lite o le parti, che si vedranno oltre).

Esempi. Per quel che riguarda i magistrati, vi è divieto ai sensi dell'art. 1, comma 18, l. n. 190 del 2012 (in precedenza vi era, per i magistrati ordinari, l'obbligo di autorizzazione); peraltro, l'art. 209 d.lgs. n. 50/2016 (comma 6 lett. *a*) e *b*)) sui contratti pubblici individua alcune categorie a cui è fatto divieto di assumere l'incarico e, fra questi anche i magistrati a riposo (e la norma sembra avere una applicazione generalizzata, come emerge dal precedente comma 5; v. però il precedente parere contrario n. 6 del 2013 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e il successivo d.m. n. 82 del 2017, per lo specifico arbitrato ivi disciplinato). I professori universitari a tempo pieno, in base all'art. 3, l. 118 del 1989, debbono essere autorizzati allo svolgimento dell'incarico, ma, in caso di violazione, il lodo rimane valido.

c) Requisiti professionali obbligatori. Vi sono poi casi in cui la legge prevede che gli arbitri debbano essere tratti da determinate categorie o liste di appartenenza.

Esempi. Nel d.l. n. 132 del 2014, conv. in l. n. 162 del 2014, nell'ipotesi in cui le parti convengano di deferire ad arbitri una lite già pendente davanti al giudice ordinario e scelgano la via tracciata dal citato decreto (cap. XI, par. 8), gli arbitri sono tratti da una lista, formata da iscritti all'albo degli avvocati da almeno tre anni, che non abbiano avuto condanne disciplinari definitive (ulteriori indicazioni si trovano nel d.m. n. 61 del 2016). Con riguardo all'arbitrato con la pubblica amministrazione (e non solo dunque nell'ambito delle materie individuate dal comma 1), l'art. 209 d.lgs. n. 50/2016 comma 5 impone limiti alla libertà nella scelta degli arbitri da parte dell'ente pubblico, nel rispetto dei criteri di pubblicità e rotazione. Quando la lite si svolge tra pubbliche amministrazioni, esse sono obbligate a nominare esclusivamente dirigenti pubblici, mentre nel caso in cui sia coinvolto un privato, l'obbligo diviene facoltà preferenziale, derogabile con decreto motivato, alla condizione però che gli arbitri siano scelti dall'albo tenuto dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (e dal quale quest'ultima deve trarre le nomine di sua competenza, per gli arbitrati sui contratti pubblici di cui al medesimo art. 209). La norma aggiunge che gli arbitri debbono essere "di provata esperienza". L'art. 412-*quater* c.p.c., in tema di lavoro, prevede che il presidente del collegio debba rivestire la qualità di professore universitario o di avvocato cassazionista.

d) Requisiti professionali pattizi. Gli stessi contendenti possono, nella convenzione arbitrale o successivamente, purché prima della nomina, esigere in accordo fra loro qualifiche speciali degli arbitri: in difetto, potrà essere chiesta la ricusazione ai sensi dell'art. 815.

Se la parte omette di nominare l'arbitro che gli spetta e l'altra parte si rivolge al Presidente del tribunale, questi dovrà tenere conto delle qualifiche poste dalle parti (Cass., 20 aprile 2016, n. 7956, mutando l'orientamento di Cass., 14 maggio 2012, n. 7450) e può essere opportuno sottolinearlo in sede di richiesta di nomina.

Naturalmente, è importante che le parti individuino requisiti sufficientemente formali da essere agevolmente riscontrabili.

Esempio. Le parti possono prevedere che l'arbitro abbia una specifica qualifica professionale (avvocato, ingegnere, ecc.). Nel celebre caso *Icc Campeon Bernard vs. Eurodisneyland* (in *Rev. arb.*, 1996, p. 516 ss.) era previsto che gli arbitri dovessero avere esperienza nel campo delle costruzioni e fossero in grado di parlare fluentemente l'inglese.

Se l'arbitrato è amministrato, gli enti gestori possono prevedere specifiche in-

compatibilità, o speciali requisiti: talvolta si tratta di condizioni indispensabili per poter essere inseriti nelle liste dalle quali l'ente trae i nominativi da designare volta per volta. In generale, è prevista una incompatibilità con gli organi ed i dipendenti della stessa Camera arbitrale. Specifiche incompatibilità sono previste per le Camere arbitrali forensi dal d.m. 14 febbraio 2017.

6. Requisiti “sostanziali” dell’arbitro.

Si suole giustamente dire che *arbitration is only as good as the arbitrators*. Vi sono alcune caratteristiche che sono intimamente connesse alla funzione di arbitro e sono dunque imprescindibili:

- a) l'imparzialità, l'indipendenza e la neutralità (par. 7 ss.);
- b) l'etica nel comportamento e la correttezza professionale (par. 13);
- c) la riservatezza nei limiti di quanto si dirà al cap. XVII, par. 7;
- d) la professionalità, la preparazione e la competenza, sia per quanto concerne lo strumento arbitrale, sia con riferimento alla materia della lite. Queste ultime sono caratteristiche particolarmente delicate negli arbitrati internazionali, che richiedono la conoscenza approfondita di lingue (cap. XII, par. 10) e di regole spesso appartenenti ad ordinamenti diversi da quello di derivazione dell'arbitro (cap. XII, par. 11).

Uno dei mezzi maggiormente efficaci per garantire la qualità dell'arbitro è la sua formazione preventiva e permanente: un ruolo importante è svolto, in proposito, dagli enti amministratori, che talvolta basano sul percorso di formazione l'inserimento dei candidati nelle liste arbitrali.

7. L'imparzialità, l'indipendenza e la neutralità.

Sebbene la legge italiana non lo sancisca espressamente (a differenza, per esempio, dell'art. 24 l'*Arbitration act* inglese, o dell'art. 1036 *ZPO* tedesca) nessuno può dubitare che l'arbitro debba essere imparziale, indipendente e neutrale: sono requisiti connaturati alla funzione giudicante.

Il dovere di imparzialità è comunque deducibile dall'art. 815 c.p.c., che contiene un elenco di casi in cui l'arbitro è ricusabile.

- a) L'imparzialità è il bene primario da garantire per assicurare una decisione

giusta e consiste in uno stato mentale libero da pregiudizi e predisposto alla neutralità nel giudizio; tuttavia, proprio in quanto dipende esclusivamente dall'arbitro, non può essere indotta forzatamente.

La parzialità può rimanere interna all'arbitro, senza segni esteriori (ed è il caso più grave), oppure può manifestarsi in comportamenti scorretti nel corso del procedimento (par. 13). Se la condotta dell'arbitro dà luogo a veri e propri vizi procedimentali, di regola in termini di violazione del contraddittorio, il lodo sarà annullabile e potrà anche farsi ricorso alla sostituzione dell'arbitro riotto (par. 16).

b) L'indipendenza rispetto alle parti e alla lite, invece, è una condizione obiettiva e, essendo controllabile in base a circostanze di fatto, può essere direttamente assicurata dalla legge.

La garanzia di indipendenza ha una doppia valenza.

Per un verso, presenta un'utilità indiretta, perché è più facile che un giudice indipendente sia anche imparziale, anche se non si può escludere un giudice indipendente ma parziale. Per altro verso, assicura, questa volta in via diretta, l'"apparenza di imparzialità": secondo la nota massima di Lord Hewart (*Rex vs. Sussex Justices, 1 King's Bench Reports* 256, at 259, 1924), infatti, "it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done". Gioca dunque un ruolo a sè stante, rispetto all'imparzialità.

c) La neutralità, da alcuni chiamata terzietà, è di più difficile inquadramento: secondo la tesi che preferisco, consiste nella equidistanza dell'arbitro rispetto agli interessi ed ai valori giuridici, culturali, politici e sociali delle parti.

È un requisito diverso dall'imparzialità: si può essere imparziali ma non equidistanti, come accade, ad esempio, per la pubblica amministrazione, che deve agire in modo imparziale, ma non è terza perché è tenuta a perseguire l'interesse pubblico.

Questioni di neutralità si pongono specialmente nell'arbitrato internazionale, quando le parti appartengono a diversi ordinamenti. La scelta dell'arbitro diviene così particolarmente delicata: da un lato, un'eccessiva lontananza giuridico-culturale dell'arbitro rispetto alle parti può creare pregiudizi o incomprensioni: occorre cioè che gli arbitri siano in grado di comprendere il *way of thinking* delle parti. D'altro lato, occorre tenere conto, nella scelta dell'arbitro, della condizione giuridica, politica e sociale degli Stati o delle comunità di provenienza delle parti, nel momento storico di riferimento. Occorre insomma valutare caso per caso: un

ruolo prezioso viene di regola svolto dagli enti amministratori che abbiano maturato competenze ed esperienze tali da consentire una scelta avveduta ed attenta a tutte le circostanze del caso concreto.

Quando l'organo è collegiale, la questione vale specialmente per il terzo arbitro, mentre si tende ad ammettere la possibilità che gli arbitri nominati dalle parti appartengano al Paese di provenienza di queste ultime: ciò che più conta, in questi casi, è che entrambe le parti abbiano avuto le medesime *chances* nella designazione degli arbitri.

8. L'imparzialità dell'arbitro nominato dalla parte.

L'imparzialità è un valore da garantire sempre, a prescindere dal fatto che l'arbitro sia stato nominato dalla parte.

La legge italiana parifica l'arbitro nominato dalla parte e l'arbitro nominato da terzi, quanto al rigoroso rispetto dell'imparzialità e non ammette il c.d. arbitro non neutrale, un arbitro, cioè, che riserva alla parte che l'ha nominato un trattamento di favore, conformandosi, così, alla tendenza decisamente maggioritaria sul piano internazionale.

Il vantaggio insito nella possibilità di scelta del proprio arbitro non sta dunque nella vicinanza fra questi e la parte, bensì nella possibilità di optare per un soggetto le cui caratteristiche di competenza, qualità e professionalità siano previamente acclamate. La stessa qualità può dunque essere garantita, e talvolta maggiormente assicurata, quando si affida la scelta ad un ente amministratore di esperienza.

Se dunque l'arbitro designato dalla parte (e non "di parte") non è trattato diversamente rispetto all'arbitro terzo, si ritiene che egli non possa avere esclusivi contatti con la parte che l'ha nominato circa la vertenza in atto nel corso dell'arbitrato, bensì soltanto nella fase precedente all'insediamento del collegio arbitrale: sono ammesse, come già visto, le interviste ai candidati arbitri (par. 2), o comunque si ritiene possibile un confronto sulla nomina del terzo arbitro (v. art. 2 del codice deontologico della Camera arbitrale di Milano).

Sulla neutralità (e non imparzialità) dell'arbitro internazionale, invece, come si è già visto al par. 7, l'atteggiamento è meno rigoroso.

9. I casi di mancanza di indipendenza.

Il legislatore italiano ha predisposto, all'art. 815 c.p.c., un elenco tassativo di casi in cui gli arbitri sono ritenuti non indipendenti.

Sono i casi “minimi”, ampliabili dalle parti ai sensi dell'art. 832 c.p.c.: molti regolamenti arbitrali, infatti, utilizzano formule elastiche, come ad esempio “tutti i casi in cui sia posta in ragionevole dubbio l'indipendenza o l'imparzialità dell'arbitro”.

Le ipotesi contemplate sono le seguenti:

- 1) se l'arbitro non abbia le qualifiche stabilite dalle parti;
- 2) se egli stesso, o un ente, associazione o società di cui sia amministratore, abbia interesse nella causa (attuale, secondo Cass. 15 novembre 2010, n. 23056); come per il giudice, l'interesse può essere diretto o indiretto, ma deve sempre essere personale; inoltre, estenderei l'interesse anche all'ipotesi di “altra causa ver-tente su identica questione di diritto”, menzionata dall'art. 51 c.p.c. per il giudice;
- 3) se egli stesso o il coniuge sia parente fino al quarto grado o sia convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori;
- 4) se egli stesso o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori;
- 5) se sia legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza; inoltre, se sia tutore o curatore di una delle parti;
- 6) se abbia prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi abbia deposto come testimone.

Leggi speciali prevedono ipotesi aggiuntive, come il codice dei contratti pubblici (n. 50/2016) all'art. 209, comma 6 (divieto di assumere l'incarico da parte di progettisti, collaudatori ecc.) e all'art. 210, comma 10 (per gli arbitri iscritti alla lista della Camera arbitrale dei contratti pubblici). Non è chiaro se sia aperta la via della ricsuazione, ma sicuramente il lodo sarà nullo ai sensi dell'art. 209, comma 7.

Il codice deontologico forense detta a sua volta regole rilevanti in via disciplinare (par. 10).

La prassi pone spesso casi dubbi: per aiutare l'arbitro e le parti a chiarirli, ampio rilievo assumono, specie sul piano internazionale, i codici di comportamento

e le linee guida, di valore non normativo ma assai persuasivo. L'esempio più significativo è rappresentato dalle *Iba (International Bar Association) Guidelines on conflict of interest in international arbitration* (2014), precedute dalle *Rules of ethics for international arbitration* (che restano in vigore per quanto non regolato dalle *Guidelines*).

Le linee guida, oltre a contenere alcuni principi generali, riportano anche una utile classificazione dei casi pratici che possono presentarsi, dividendoli in quattro liste: *a)* la lista rossa, “irrinunciabile”, dei casi in cui si viola il principio *nemo iudex in causa propria*; *b)* la lista rossa, rinunciabile, in cui il vizio di indipendenza può essere superato solo se le parti abbiano espressamente acconsentito alla nomina dell'arbitro, che abbia previamente dichiarato la circostanza; *c)* la lista arancione, dei casi che possono determinare dubbi agli occhi delle parti e che perciò debbono essere rivelati tempestivamente dall'arbitro, per dar modo alle parti, se lo ritengono, di sollevare l'eccezione, in mancanza della quale egli potrà proseguire; *d)* la lista verde, dei casi in cui non è riscontrabile alcun conflitto di interessi oggettivo, per cui non vi è l'obbligo di farne apposita dichiarazione.

Un altro efficace strumento di orientamento dell'arbitro e delle parti è rappresentato dalla pubblicazione della casistica sulla conferma degli arbitri nominati dalle parti, ad opera degli enti arbitrali: ad esempio, la Camera arbitrale di Milano pubblica sul proprio sito i casi e le relative decisioni adottate dal Consiglio arbitrale.

10. Segue: Criticità della prassi.

Vediamo i casi più frequenti e più critici.

a) L'arbitro ha legami o collaborazioni con la parte. Se l'arbitro è, o è stato legato a una delle parti da rapporti di collaborazione lavorativa sia autonoma sia dipendente, per verificare se in concreto si ponga un problema di indipendenza rilevano varie circostanze. Per esempio, occorre valutare se la collaborazione sia attuale o passata; in questo secondo caso, se sia stata continuativa o solo occasionale e se abbia riguardato vicende connesse o totalmente estranee; se la collaborazione sia stata posta in essere da colleghi dello stesso studio, o di studi associati, o di studi con mera *partnership*; se sia stata intrattenuta con la parte direttamente o con soggetti, ad esempio società, ad essa collegati.

L'art. 815 appare meno rigoroso rispetto alla prassi internazionale: sembrerebbe rilevare soltanto la collaborazione attuale, direttamente fra l'arbitro da

un lato e la parte o un ente controllato, controllante o soggetto a comune controllo dall'altro (amplierei anche al collegamento fra società, se il legame sia particolarmente forte).

Il codice deontologico forense, all'art. 61, è opportunamente più dettagliato, prevedendo, innanzitutto, che l'arbitro non possa accettare l'incarico se abbia avuto rapporti con le parti negli ultimi due anni e il divieto va esteso al caso in cui detti rapporti siano stati intrattenuti da suoi soci, associati o colleghi che esercitino negli stessi locali. In secondo luogo, il divieto di rapporti permane anche successivamente all'espletamento dell'incarico, nei due anni successivi ed in ogni tempo, ove riguardi la stessa vertenza decisa; analoga previsione riguarda i professionisti soci, associati o che esercitino negli stessi locali.

La legge prevede alcune deroghe all'imparzialità, non scevre da perplessità: quando parte in lite è la pubblica amministrazione, è incentivata la nomina di pubblici funzionari (art. 209 d.lgs. n. 50/2016 già cit.), mentre l'art. 412-*quater* c.p.c. prevede addirittura che gli arbitri siano "rappresentanti" delle parti.

Un peculiare problema si è posto, in ambito internazionale, con riguardo ai casi in cui gli Stati, parti del procedimento, abbiano nominato propri funzionari pubblici come arbitri. Andranno anche qui valutate le circostanze del caso: per esempio se il funzionario sia diretto dipendente dell'amministrazione coinvolta, oppure se lo Stato abbia difficoltà ad individuare professionalità in grado di gestire la vertenza.

Maggiore incertezza si pone quando il legame fra arbitro e parte non sia strettamente inquadrabile in rapporti di lavoro subordinato o di collaborazione autonoma: il riferimento dell'art. 815 c.p.c. a "rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza" non dà criteri precisi al riguardo. Ci si può chiedere, pertanto, se l'appartenenza comune ad associazioni, anche non finalizzate a scopi patrimoniali, possa rilevare: si tratterà di valutare caso per caso, perché non è sufficiente la mera compartecipazione, bensì è necessario che quest'ultima comprometta l'indipendenza dell'arbitro.

b) L'arbitro ha rapporti con i difensori. Capita spesso che l'arbitro e il difensore della parte abbiano rapporti di varia intensità, attuali o pregressi.

Il codice deontologico forense, all'art. 61, vieta espressamente la nomina ad arbitro dell'avvocato collega di studio (società, associazione o semplice condivisione dei locali) del difensore. Al di fuori di questo caso, l'art. 815 stabilisce che il requisito di indipendenza viene meno solo quando tra l'arbitro e il difensore sussista un rapporto di "commensalità abituale", cioè una relazione intensa e

continuativa, espressione di un rapporto di stretta amicizia e confidenza. Anche in questo caso, bisogna soppesare bene tutti gli elementi: ad esempio, colleganze accademiche o associazionismo comune non possono ritenersi di per sé sufficienti a viziare la nomina, in assenza di ulteriori circostanze. Le *Iba Guidelines*, sotto questo profilo, offrono utilissimi spunti e rappresentano un vero *vademecum* per l'arbitro incerto sul da farsi, specificando ulteriori relazioni fra arbitro e difensore che possano dar luogo a criticità.

c) *Frequenti scambi di ruolo e nomine reciproche*. Accade talvolta vi siano scambi di ruolo fra arbitro e difensore (c.d. *double-hatting*): l'avvocato che difende una parte in arbitrato si trova di fronte ad un arbitro o al presidente del collegio che, a loro volta, assumono la qualità di difensore in altri arbitrati nei quali l'avvocato ha veste di arbitro. La circostanza non è rilevante a fini della ricusazione, ma, se l'alternanza dei ruoli è molto frequente, possono sorgere perplessità. Occorrerà dunque che il professionista faccia leva sul proprio senso etico, per valutare la sua capacità di tenere un profilo neutrale. Le *Iba Guidelines*, ad ogni modo, inseriscono nella lista "verde" l'ipotesi in cui "The arbitrator and counsel for one of the parties have previously served together as arbitrators".

d) *L'arbitro conciliatore, mediatore, negoziatore, consulente tecnico*. Nel n. 6 dell'art. 815 farei rientrare nei termini "consulenza" ed "assistenza" tutte le attività di gestione della vertenza quali la mediazione, la negoziazione, la consulenza tecnica. Per quel che riguarda la negoziazione assistita, poi, il divieto di assumere la veste di arbitro per gli avvocati che abbiano affiancato le parti è sancito dall'art. 9, d.l. n. 132 del 2014, "nelle controversie aventi il medesimo oggetto o connesse".

Di nuovo in deroga è l'arbitrato del lavoro di cui all'art. 412 c.p.c., secondo cui il collegio di conciliazione, dopo aver tentato inutilmente di mettere d'accordo le parti, può essere investito da queste ultime della decisione della lite in via arbitrale (cap. XVIII, par. 5).

e) *Ripetuta nomina dell'arbitro*. L'arbitro può essere ripetutamente nominato dalla stessa parte in più arbitrati?

L'ipotesi del c.d. arbitro di fiducia è ricorrente ed occorre ancora una volta valutare caso per caso. Se vi sono più cause fra loro connesse, può essere conveniente nominare gli stessi arbitri, per favorire la riunione o comunque l'armonizzazione dei giudizi. Se, però, soltanto una parte nomina lo stesso arbitro per tutte le cause, vi è il rischio che questi faccia uso di conoscenze non note agli altri arbitri, perché acquisite nella vertenza di cui questi ultimi non fanno parte, specie quando le questioni siano decisive, come nella connessione per pregiudizialità.

Sarà dunque opportuno che l'arbitro faccia presente la nomina plurima, in modo che le parti possano formulare le loro obiezioni.

Diverso è il caso in cui una parte nomini ripetutamente lo stesso arbitro per vicende fra loro scollegate, perché occorre valutare se ci si trovi di fronte ad una collaborazione continuativa vietata dall'art. 815. Le *Iba Guidelines* inseriscono nella lista "arancione" il caso in cui l'arbitro sia stato nominato dalla parte due o più volte nel corso dei tre anni precedenti, ma aggiunge che, in materie molto specialistiche nelle quali i professionisti esperti sono pochi, la regola può essere derogata dalla prassi.

f) *Legami fra arbitri*. L'art. 815 non disciplina la circostanza che l'arbitro abbia legami con gli altri membri del collegio giudicante; peraltro, quando il rapporto sia stretto, l'indipendenza dell'arbitro può essere posta in dubbio. Le *Iba Guidelines* inseriscono nella lista "arancione" l'ipotesi in cui due arbitri appartengano allo stesso studio legale, o vi abbiano fatto parte nei tre anni precedenti.

g) *Opinioni già espresse*. Se l'arbitro abbia espresso opinioni in vicende analoghe o in sede dottrinale e scientifica, si ritiene, salvo casi eccezionali, che la circostanza non costituisca un giusto motivo per impedire la nomina. Diverso è, ovviamente, il caso in cui l'arbitro abbia espresso la propria opinione sulla specifica controversia, nel qual caso torna ad operare l'art. 815.

11. I mezzi preventivi di tutela dell'imparzialità.

Gli strumenti per garantire l'indipendenza e l'imparzialità vanno distinti in preventivi e successivi rispetto all'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro. Partiamo dai rimedi preventivi.

a) *L'equidistanza degli arbitri rispetto alle parti*. Detto principio, come si è già visto, garantisce l'equidistanza dell'organo arbitrale nel suo complesso ed in via indiretta la sua imparzialità (par. 3).

b) *La dichiarazione di indipendenza*. L'arbitro effettua di regola una dichiarazione, prima di accettare l'incarico, nella quale indica tutti i motivi che possano mettere in dubbio la sua indipendenza e la sua imparzialità. Essa va effettuata anche durante il procedimento, se il fatto sorga successivamente all'accettazione.

Tale dichiarazione, benché sia contemplata dalla stragrande maggioranza delle fonti internazionali, non è prevista nel codice italiano, benché sia di regola imposta dai regolamenti arbitrali e sia espressamente sancita nel codice deontolo-

gico forense per gli arbitri avvocati (cfr. anche l'arbitrato delle camere forensi, *ex art. 12, d.m. 14 febbraio 2007*). La mancata dichiarazione di indipendenza, dunque, è sanzionabile solo a livello deontologico o come violazione del regolamento arbitrale richiamato dalle parti, ma è oltremodo opportuna.

Si ritiene giustamente che l'arbitro debba dichiarare qualsiasi circostanza potenzialmente rilevante, a prescindere dal fatto che rientri o meno nell'elenco di cui all'art. 815: non soltanto i motivi che potrebbero destare dubbi dal punto di vista oggettivo (riscontrabili cioè da una "reasonable third person, having knowledge of the relevant facts and circumstances" – *Iba Guidelines, principle 2*), ma anche soggettivamente, cioè agli occhi delle parti.

c) *La conferma dell'ente*. Molti regolamenti assoggettano la nomina degli arbitri, e non solo di quello designato dalla parte, ad una procedura di conferma, che assicura un controllo preventivo dell'imparzialità oltre che della professionalità e della disponibilità dell'arbitro a condurre l'arbitrato (art. 13 *Icc*).

Il bilanciamento fra la giusta esigenza della parte di scegliere il proprio arbitro e la necessità che l'ente garantisca un procedimento in linea con i propri valori non è di facile realizzazione e va aggiustato caso per caso. L'ente potrebbe tenere conto, ai fini della conferma, anche di circostanze che non integrino strettamente i motivi di cui all'art. 815, come, ad esempio, la nomina reiterata dell'arbitro, o dello stesso difensore e dello stesso arbitro in vertenze diverse riguardanti la stessa parte, o ancora comunanze con la parte e con il difensore non chiaramente riconducibili alla norma citata e così via. Naturalmente, il controllo sarà particolarmente attento quando emergano circostanze nella *disclosure*: di regola viene dato un termine alle parti per formulare osservazioni, e, ove queste vi siano, non è raro che gli enti decidano di non confermare per motivi di opportunità, a prescindere dal fatto che vi siano gli estremi per una riconsiderazione.

d) *La non accettazione dell'incarico*. Nel caso vi siano fondati dubbi circa la sua indipendenza, è lo stesso arbitro a dover, prima di tutto, rinunciare all'incarico.

12. I mezzi successivi di tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità.

Una volta accettato l'incarico, sono a disposizione ulteriori rimedi per far valere la mancanza di indipendenza degli arbitri.

a) *La riconsiderazione*. L'arbitro può essere riconsiderato, ai sensi dell'art. 815, per i motivi

già visti al par. 9. L'istanza deve essere proposta al Presidente del tribunale della sede dell'arbitrato entro dieci giorni dalla notificazione della nomina o dalla scoperta della causa, ove ciò avvenga in un momento successivo. Inoltre, la parte che ha nominato l'arbitro non può recusarlo, salvo il caso in cui abbia conosciuto il motivo dopo la designazione.

Il giudice pronuncia con ordinanza nel contraddittorio delle parti, assunte, se del caso, sommarie informazioni; secondo la Cassazione, l'arbitro non va considerato parte in senso processuale del procedimento (Cass., 31 agosto 2017, n. 20615 [7]).

La decisione è dichiarata dalla legge non impugnabile; la giurisprudenza è pacifica nell'escludere anche il ricorso straordinario in cassazione *ex art.* 111 Cost., eccetto il provvedimento sulle spese (Cass., 4 giugno 2014, n. 12531 [4]) e a meno che l'arbitrato non sia internazionale (Cass., 8 febbraio 2007, n. 2774 [5]). Eventuali contestazioni potranno esser devolute nella sede dell'impugnazione del lodo, come si vedrà *sub c)*.

Il procedimento di ricusazione non comporta automaticamente la sospensione del processo arbitrale, che rimane a discrezione degli arbitri: essi utilizzeranno un criterio probabilistico, tenendo conto del fatto che, in caso di accoglimento dell'istanza, l'attività compiuta dall'arbitro recusato è inefficace. La sospensione del processo sospende anche il termine per la pronuncia del lodo (cap. XI, par. 9) e per la riassunzione dovrebbe operare l'art. 819-*bis* ultimo comma (cap. XIV, par. 3).

Se la ricusazione venga accolta, l'arbitro è sostituito (par. 16). Se invece venga rigettata per manifesta inammissibilità o infondatezza, il giudice condanna la parte ricusante al pagamento in favore dell'altra parte di una somma equitativamente determinata, non superiore al triplo del compenso massimo spettante all'arbitro (la norma fa riferimento alle tariffe forensi, poi abrogate: cap. XVII, par. 2). Seguendo l'orientamento giurisprudenziale già visto, l'arbitro ingiustamente recusato non dovrebbe rientrare nella dizione "altra parte".

Nell'arbitrato amministrato, i regolamenti prevedono spesso una disciplina speciale di ricusazione davanti all'ente amministratore, che occorre armonizzare con il procedimento di ricusazione giudiziale: ad esempio, l'art. 24, comma 2, *Arbitration act* inglese rende il procedimento davanti all'ente pregiudiziale a quello davanti al giudice. In Italia, la soluzione più aderente al tenore normativo, seppur meno efficiente, è che la ricusazione gestita dall'ente non sostituisca quella giudiziale: finché pende il termine di cui all'art. 815 dovrebbe cioè essere sempre possibile rivolgersi al giudice, indipendentemente dall'esperimento o meno del rimedio endo-arbitrale.

Una soluzione coordinata sarebbe peraltro più in linea con la scelta delle parti di deferire tutti gli aspetti di gestione all'ente: si potrebbero forse valorizzare sia il fatto che il rimedio della rikusazione, a differenza dell'imparzialità, non sembra essere di ordine pubblico, sia l'art. 832 c.p.c. nella parte in cui riconosce la possibilità per il regolamento di prevedere nuovi e diversi motivi di rikusazione. Dovrebbe comunque essere sempre ammesso il controllo in sede di impugnazione del lodo (v. *infra*).

b) *Rinuncia all'incarico*. L'arbitro deve rinunciare all'incarico, in caso di sopravvenute circostanze che integrino giusta causa di rinuncia per difetto di imparzialità.

c) *Impugnazione del lodo*. Si discute se la mancanza di imparzialità o indipendenza possa rientrare tra i motivi di impugnazione del lodo. La giurisprudenza dà una risposta tendenzialmente negativa, mancando uno specifico riferimento nell'elenco dei motivi di nullità di cui all'art. 829 ed essendo a disposizione il rimedio della rikusazione (Cass., 29 ottobre 2002, n. 15227 [6]). Vi sono tuttavia alcuni casi particolarmente delicati.

In primo luogo, quando la rikusazione sia stata esperita e rigettata, anche solo per tardività: poiché l'imparzialità, al pari dell'equidistanza, è un requisito indispensabile affinché si possa parlare di giusto processo, non si può impedire la ricorribilità in cassazione dell'ordinanza di rikusazione assumendone il valore ordinatorio e allo stesso tempo negare l'annullabilità del lodo: o l'una o l'altra. Pertanto, è giusto ritenere che l'ordinanza di rigetto della rikusazione possa essere riesaminata in sede di annullamento del lodo, ai sensi, probabilmente, del n. 2 dell'art. 829, comma 1, o comunque per violazione dell'ordine pubblico processuale (cap. XVI, par. 8).

In secondo luogo, il lodo sarà parimenti impugnabile nel caso in cui l'arbitro rikusato abbia continuato nelle sue funzioni, per violazione del n. 2 dell'art. 829, comma 1.

In terzo luogo, anche nell'ipotesi di mancata proposizione della rikusazione, l'impugnabilità del lodo va a mio avviso riconosciuta se il motivo di parzialità pervenga a conoscenza della parte quando non è più possibile rikusare l'arbitro (ad esempio dopo la fine del procedimento), o quando il motivo non sia compreso all'interno di quelli elencati dall'art. 815 (ad esempio la violazione del principio di equidistanza del collegio, non sanato con l'art. 809).

In quarto luogo, occorre tener conto di ulteriori tre rimedi: quando il lodo sia frutto di dolo dell'arbitro, riconosciuto con sentenza passata in giudicato,

è possibile proporre la revocazione straordinaria a termini dell'art. 831 c.p.c.; quando vi sia un interesse diretto nella causa, analogamente a quanto si ritiene per il giudice statuale, la violazione del canone *nemo iudex in causa propria* è talmente grave da doversi permettere l'impugnativa del lodo, direi per violazione dell'ordine pubblico processuale; infine, quando la mancanza di imparzialità abbia portato alla violazione del contraddittorio durante il procedimento, l'annullamento del lodo è ammesso in virtù dell'apposita censura contenuta nell'art. 829, comma 1, n. 9.

13. L'etica degli arbitri e dell'arbitrato.

Uno dei fattori decisivi per il buon funzionamento dell'arbitrato è il rispetto dell'etica arbitrale.

Il concetto di etica è in grado di racchiudere una prospettiva più ampia rispetto a quella a cui comunemente si pensa quando si parla di deontologia: non solo il comportamento dell'arbitro, dei suoi ausiliari, del difensore (cap. XI, par. 4) e delle parti nel processo arbitrale, ma anche una vera e propria etica dell'arbitrato nel suo complesso, comprensiva di tutti i comportamenti virtuosi che permettano di sviluppare una "cultura dell'arbitrato" in grado di realizzarne i valori fondanti. Come è stato giustamente notato, l'arbitrato non va visto nella dimensione sminuente di mera occasione di lavoro privato, bensì in quella assai più pregnante di efficiente strumento di giustizia al servizio della collettività.

Vi sono regole etiche e di costume che l'arbitro deve osservare per prestare un'opera a regola d'arte e svolgere il suo incarico nel modo più corretto ed accurato. L'arbitro deve accettare l'incarico solo se ha la disponibilità di tempo sufficiente per dedicarsi alla vertenza, deve arrivare alle udienze preparato, deve tenere un comportamento ed un contegno attento e rispettoso nei confronti delle parti, dei difensori e dei testimoni. Ancor più delicato è il compito del presidente del collegio arbitrale, che deve mettere in pratica il giusto equilibrio fra direzione ed ascolto.

Anche il difensore, la parte e l'ente amministratore sono tenuti a rispettare regole etiche e di comportamento indispensabili affinché l'arbitrato si svolga, per usare le parole dell'art. 88 c.p.c., con lealtà e probità: per ulteriori indicazioni v. cap. XI, par. 4.

Le regole di comportamento si trovano in fonti eterogenee. Accanto a norme

di legge, un ruolo assai significativo è svolto dalle norme deontologiche. Vanno, prima di tutto, ricordati i codici di comportamento, che l'arbitro deve seguire in forza della sua appartenenza a determinate categorie professionali e la cui violazione dà luogo a sanzioni disciplinari, primo fra tutti il codice deontologico forense italiano, obbligatorio per gli avvocati che assumono la veste di arbitri o che svolgono la difesa in un arbitrato. Gli enti arbitrali più importanti, poi, dettano specifici codici di comportamento per i propri arbitri. Anche negli arbitrati *ad hoc*, peraltro, nulla impedisce alle parti di recepire le regole di comportamento all'interno della convenzione arbitrale o successivamente, in accordo con gli arbitri già nominati.

Il mancato rispetto della regola etica può causare, in alcuni casi, la violazione di una norma, da cui conseguiranno gli effetti previsti dall'ordinamento; negli altri casi, il comportamento scorretto può dar luogo a conseguenze parimenti o addirittura più sfavorevoli rispetto a quelle che derivano dall'inosservanza della legge, come ad esempio l'esclusione dalle future nomine di un ente, o la perdita di affidabilità e di credibilità, qualità ritenute imprescindibili dalla comunità degli operatori in arbitrato.

Inoltre, la regola etica conferisce presunzione di legittimità al comportamento assunto nel suo rispetto e può dunque avere un ruolo decisivo nell'interpretazione di una norma di legge.

Esempi di regole comportamentali. 1. *Codice deontologico forense*. L'art. 61 stabilisce che "L'avvocato che viene designato arbitro deve comportarsi nel corso del procedimento in modo da preservare la fiducia in lui riposta dalle parti e deve rimanere immune da influenze e condizionamenti esterni di qualunque tipo". Inoltre "L'avvocato nella veste di arbitro: a) deve mantenere la riservatezza sui fatti di cui venga a conoscenza in ragione del procedimento arbitrale; b) non deve fornire notizie su questioni attinenti al procedimento; c) non deve rendere nota la decisione prima che questa sia formalmente comunicata a tutte le parti". 2. *Camera arbitrale di Milano*. Secondo il codice deontologico, "L'arbitro deve evitare, in qualunque fase del procedimento, ogni comunicazione unilaterale con qualunque parte o i suoi difensori, senza darne immediata notizia alla Camera arbitrale perché lo comunichi alle altre parti e agli altri arbitri" (art. 9) e "deve evitare qualunque atteggiamento ostruzionistico o non collaborativo, garantendo una pronta partecipazione alla fase di deliberazione del lodo" (art. 11).

14. Il contratto di arbitrato.

La nomina degli arbitri costituisce una proposta contrattuale, che deve essere accettata per iscritto. L'accettazione, regolata dall'art. 813, può essere espressa dagli arbitri con apposita comunicazione, magari contestualmente alla dichiarazione di indipendenza, o con sottoscrizione della convenzione arbitrale (più raramente), ma può avvenire anche in sede di prima udienza alla presenza delle parti o comunque durante il primo incontro fra gli arbitri, nel qual caso se ne dà atto a verbale.

L'art. 813 precisa opportunamente che gli arbitri non sono qualificabili né come pubblici ufficiali né come incaricati di pubblico servizio, sicché il rapporto con le parti è di esclusiva natura privatistica.

In particolare, per effetto dell'accettazione, nasce tra gli arbitri e le parti un contratto definito dalla dottrina "contratto di arbitrato". La sua disciplina va ricostruita sulla base di diverse fonti: le norme contenute negli artt. 806 ss. c.p.c. e quelle sul contratto di mandato, nonché sul contratto di prestazione di opera intellettuale, entrambe funzioni connaturate all'incarico arbitrale.

È un contratto a pluralità di parti, raggruppabili in due centri di interesse: infatti, il rapporto negoziale non si instaura tra la singola parte che ha effettuato la nomina e l'arbitro da lei designato, bensì tra tutte le parti, da un lato e tutti gli arbitri, dall'altro. Pertanto, il contratto sarà perfezionato solo quando perverrà l'ultima accettazione e, fino a quel momento, sarà possibile la revoca della proposta o dell'accettazione ai sensi dell'art. 1328 c.c.

Ne consegue che, una volta concluso il contratto, occorre il consenso di tutte le parti affinché un arbitro possa essere revocato dall'incarico (e dovrà essere riconosciuto il diritto di quest'ultimo al risarcimento di eventuali danni in difetto di giusta causa). L'assunto è in linea con quanto previsto dall'art. 1726 c.c. in tema di mandato collettivo; per il vero, la norma apre alla revoca unilaterale in caso di giusta causa, ma la Cassazione sembra ritenere che la sostituzione dell'arbitro debba avvenire solo nelle ipotesi tipiche dell'art. 811 e 813-*bis* (v. la peraltro non chiarissima Cass. 15 novembre 2013, n. 25735).

L'arbitro, dal canto suo, non può rinunciare all'incarico senza giustificato motivo, *ex art.* 813-*ter* (par. 15).

Il contratto d'arbitrato genera reciproci diritti e doveri. I diritti dell'arbitro consistono principalmente nel compenso per l'opera svolta (cap. XVII, par. 2). Sui doveri si dirà nel prossimo par., non senza ricordare che dall'accettazione decorre il termine per la pronuncia del lodo.

15. Doveri e responsabilità degli arbitri.

Il legislatore stabilisce i doveri dell'arbitro in via indiretta, attraverso l'elenco dei casi in cui questi è responsabile civilmente nei confronti delle parti *ex art. 813-ter c.p.c.*

1) *Rinuncia all'incarico senza giustificato motivo.* Il motivo giustificato può consistere in una malattia, in cambiamenti radicali nella vita e nella professione dell'arbitro, in accordi delle parti non condivisi dall'arbitro con riguardo ad aspetti importanti del procedimento arbitrale (ad esempio una lunga sospensione), nell'impossibilità di svolgere il procedimento nella sede pattuita per gravi eventi, o anche nel comportamento particolarmente scorretto delle parti o dei loro difensori. Un caso tipico di rinuncia previsto dall'art. 816-*sexies* c.p.c. riguarda il mancato adempimento delle misure dettate dagli arbitri per il ripristino del contraddittorio; anche la chiusura anticipata del procedimento di cui all'art. 816-*septies*, nel caso in cui le parti non abbiano versato gli anticipi richiesti dagli arbitri, può a mio avviso inquadarsi nella fattispecie *de qua*.

2) *Ritardo od omissione di atti dovuti con dolo o colpa grave.* Al ricorrere dell'evento, l'arbitro deve essere dichiarato decaduto *ex art. 813-bis c.p.c.* e si può procedere alla sua sostituzione (par. 15), oltre che alla richiesta di risarcimento dei danni.

3) *Omissione o ritardo con dolo o colpa grave di pronunciare il lodo nel termine.* Rinvio al cap. XI, par. 9.

4) *Errori nel giudizio di fatto o di diritto, per dolo o colpa grave, nei limiti della l. n. 117 del 1988.* Coordinando l'art. 813 con la legge sulla responsabilità civile dei magistrati (l. n. 117 del 1988, modificata dalla l. n. 18 del 2015) nel modo più convincente, deduco che l'arbitro non risponde per errori nell'attività di interpretazione di norme di diritto né in quella di valutazione del fatto e delle prove, salvo i seguenti casi:

4a) se vi sia stato dolo;

4b) se vi sia stato "travisamento del fatto o delle prove" (che integra di per sé colpa grave);

4c) se vi sia stata "l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento" (c.d. errore revocatorio *ex art. 395, n. 4 c.p.c.*);

4d) se vi sia stata "violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea" integrante gli estremi della colpa grave; il comma 3-*bis* della l. n. 117 del 1988 precisa però che, al fine di valutare la suddetta violazione, si deve tenere conto "del grado di chiarezza e precisione delle norme violate

nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza" (e torna dunque il rilievo della previgente "negligenza inescusabile", seppur come dato di cui tenere conto insieme ad altri). Inoltre, per quanto riguarda la violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve anche valutare la "mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale", nonché il contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. L'inciso assume particolare pregnanza per l'arbitro, che, come si dirà oltre, non è abilitato a sollevare l'incidente pregiudiziale, sicché deve ritenersi che egli non possa mai essere ritenuto responsabile di una interpretazione sbagliata della norma europea per il solo fatto di non essersi previamente rivolto alla Corte di giustizia.

La violazione dei doveri di cui ai nn. 1-4 dà luogo a responsabilità risarcitoria solo entro determinati limiti, sia sotto il profilo dell'*an*, sia sotto il profilo del *quantum*.

In primo luogo, l'azione può essere promossa solo dopo la conclusione del procedimento arbitrale.

In secondo luogo, occorre che il lodo, se pronunciato, sia stato annullato con sentenza passata in giudicato, per quello specifico motivo.

In terzo luogo, se il risarcimento deriva da colpa grave, esso deve essere calmierato e calcolato fino al triplo del compenso dell'arbitro. Si farà oggi riferimento ai parametri apposti di cui al cap. XVII, par. 2.

In quarto luogo, la responsabilità non è mai oggettiva e va imputata unicamente all'arbitro che ha compiuto la violazione.

Se venga riconosciuta la responsabilità, l'arbitro non ha diritto né al compenso né al rimborso delle spese, mentre, nel caso in cui il lodo venga annullato solo parzialmente, gli onorari sono soggetti a riduzione. Se gli arbitri chiedono la liquidazione giudiziale del compenso, pendente l'impugnazione del lodo per un motivo che implica la loro responsabilità, poiché l'azione di responsabilità è condizionata dall'annullamento del lodo, non credo che sia possibile bloccare il procedimento di liquidazione per attendere la conclusione del giudizio di invalidità.

16. La sostituzione dell'arbitro.

L'arbitro può venire a mancare durante il procedimento, nel qual caso dovrà provvedersi alla sua sostituzione ai sensi dell'art. 811 e dell'art. 813-*bis* c.p.c.

I motivi possono essere i più disparati e, secondo la dottrina, operano a prescindere dal fatto che l'arbitro abbia già accettato l'incarico oppure no:

a) morte, sopravvenuta incapacità o inidoneità a rivestire l'incarico; negli arbitrati amministrati è spesso aggiunta l'ipotesi di impossibilità, *de iure* o *de facto*, di condurre a termine il proprio incarico, circostanza da determinarsi discrezionalmente ad opera dell'ente amministratore (ad esempio, se l'arbitro dimostra di non essere in grado di gestire l'arbitrato per impreparazione ed incapacità professionale).

b) revoca congiunta delle parti con giusta causa o rinuncia degli arbitri all'incarico (par. 15) per giustificato motivo, o, in mancanza, con accettazione reciproca;

c) ricasazione (par. 12);

d) decadenza dell'arbitro che "omette o ritarda di compiere un atto relativo alle sue funzioni" nei termini fissati, ove previsti (per il lodo v. par. 9 cap. XI); per molti i regolamenti arbitrali vi rientra anche il rifiuto di comportarsi conformemente ai medesimi.

Nei casi a)-c), si procede alla sostituzione secondo le modalità previste per la nomina nella convenzione arbitrale e solo quando ciò non sia possibile provvede il Presidente del tribunale ai sensi dell'art. 810 c.p.c., su istanza di una delle parti.

Particolare è invece il caso di decadenza di cui alla lett. d). Ai sensi dell'art. 813-bis, infatti, la sostituzione dell'arbitro riottoso viene prima di tutto affidata all'accordo delle parti, che, dopo aver revocato congiuntamente l'arbitro, provvedono direttamente alla nuova nomina o si rivolgono all'eventuale terzo incaricato a questa specifica funzione (ad esempio, negli arbitrati amministrati, l'ente gestore).

In difetto, e salvo che la convenzione arbitrale non abbia stabilito diversamente, ciascuna parte può inviare una diffida, dando un termine per il compimento dell'atto, trascorso il quale l'arbitro viene dichiarato decaduto, con istanza al Presidente del tribunale che provvede direttamente alla nuova nomina. Il giudice deve sentire sia le parti sia gli arbitri e decide con ordinanza non impugnabile: in dottrina si dibatte circa la sua ricorribilità in cassazione.

La sostituzione dell'arbitro non implica necessariamente la ripetizione delle attività svolte in presenza dell'arbitro originario, a meno che non vi siano particolari ragioni, come, ad esempio, la ricasazione o comportamenti dell'arbitro sostituito che abbiano determinato irregolarità ovvero abbiano influito sul decorso del procedimento.

Sentenze



1. Consiglio di Stato sez. IV, 17/10/2003, n. 6335
2. Cassazione civile sez. VI, 28/05/2019, n. 14476
3. Cassazione civile sez. VI, 09/06/2020, n. 10985
4. Cassazione civile sez. I, 04/06/2014, n. 12531
5. Cassazione civile sez. I, 08/02/2007, n. 2774
6. Cassazione civile sez. I, 29/10/2002, n. 15227

Bibliografia essenziale



CAPITOLO IX

L'INIZIO DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE: LA DOMANDA D'ARBITRATO

1. La domanda d'arbitrato ed i suoi requisiti.

Gli artt. 806 ss. c.p.c. non stabiliscono espressamente il momento di inizio del procedimento arbitrale. Occorre guardare ad altre norme del codice di procedura civile (art. 669-*octies*) e del codice civile (artt. 2943, 2945, 2652, 2653, 2690, 2691) per trovare la disciplina della c.d. domanda di arbitrato, cioè dell'atto "notificato con il quale la parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria, dichiara all'altra parte la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri".

Poiché la domanda d'arbitrato viene equiparata alla domanda giudiziale solo con riguardo agli specifici effetti regolati dalle norme citate, è sorto l'interrogativo se essa sia in grado di determinare una generalizzata pendenza della lite arbitrale. La questione è complicata dal fatto che, mentre nel processo statale il giudice è precostituito, per cui l'atto di citazione è sufficiente ad avviare la lite, nell'arbitrato l'istanza della parte avviene di regola quando gli arbitri non sono stati ancora nominati, per cui il procedimento può dirsi definitivamente radicato soltanto con il perfezionamento del contratto di arbitrato attraverso l'accettazione degli arbitri (cap. VIII, par. 13).

La dottrina che sostiene la natura giurisdizionale dell'arbitrato non ha difficoltà a riconoscere nella notificazione della domanda di arbitrato la pendenza della lite (si è parlato in proposito di "ufficio" arbitrale, costituito già con l'avvio del processo); peraltro, anche per chi dissensa da questa teoria (v. cap. I), i frammenti

normativi a disposizione, se letti tutti insieme, inducono a ritenere che la notifica della domanda d'arbitrato determini la pendenza della lite a tutti gli effetti, anche quelli non specificati dalle norme in esame (par. 2), ancor prima della designazione degli arbitri.

Vi fanno eccezione solo quelli che la legge riconduce espressamente all'accettazione dell'arbitro, come il decorso del termine per la pronuncia e il *dies a quo* della preclusione per l'eccezione di invalidità della convenzione arbitrale. L'accettazione segna altresì il confine oltre il quale le parti non possono più determinare liberamente le regole procedurali, dovendo acquisire il consenso dell'arbitro. Per tutto il resto si avrà riguardo al giorno della notificazione della domanda d'arbitrato, anche telematica nei limiti in cui è possibile per l'atto di citazione.

La domanda d'arbitrato deve contenere tre requisiti di forma-contenuto, individuati dagli artt. 2943 c.c. e 669-*octies* c.p.c., che non sono previsti a pena di nullità, ma sono indispensabili per la produzione degli effetti che si diranno al par. 2.

a) *La proposizione della domanda.* Proporre la domanda significa individuare l'azione, attraverso l'indicazione dei suoi elementi oggettivi (*causa petendi* e *petitum* mediato ed immediato) e soggettivi (soggetto attivo e soggetto passivo dell'azione).

Esempio. Se Tizio ritiene di dover avere da Caio 100.000 euro a titolo di prezzo della compravendita fra le parti, egli dovrà indicare i soggetti (Tizio e Caio), il *petitum* mediato, cioè il bene della vita (100.000 euro), il *petitum* immediato, cioè il provvedimento richiesto all'arbitro (la condanna), la *causa petendi*, cioè i fatti costitutivi del diritto (la stipula del contratto di compravendita).

Per determinare correttamente la domanda, occorre avere riguardo anche all'ambito oggettivo della convenzione d'arbitrato. Se la domanda è esorbitante, infatti, gli arbitri non hanno la legittimazione a pronunciarsi, sempre che l'avversario abbia sollevato l'eccezione di estraneità della domanda nel corso del procedimento (art. 817 c.p.c., cap. XIV, par. 1).

Anche in arbitrato è possibile il cumulo di domande, cioè la proposizione di più domande nello stesso giudizio, quando rientrino tutte nella stessa convenzione arbitrale; qualora, invece, le domande si riferiscano a due convenzioni arbitrali separate, il cumulo nello stesso giudizio sarà possibile solo se le convenzioni siano tra loro coordinate e consentano l'instaurazione di un unico processo arbitrale per tutte (cap. XIV, par. 1).

Una domanda priva della completa identificazione dell'oggetto sarà comun-

che idonea ad instaurare il processo arbitrale, senza però produrre gli effetti sostanziali previsti dalla legge (Cass. 10 luglio 2013, n. 17099 [1]).

b) *L'intenzione di promuovere il procedimento arbitrale*. Si tratta di un requisito meramente formale, desumibile anche dal contesto dell'atto.

c) *La nomina dell'arbitro, ove spetti*. Tale requisito troverà applicazione solo quando la nomina spetti alle parti; qualora l'incarico sia attribuito ad un terzo, si dovrà semplicemente dare atto di avere avviato, o di avviare contestualmente all'atto, le operazioni di designazione (ad esempio tramite l'istanza di nomina al terzo).

Ciò accade, in particolare, quando si dà avvio all'arbitrato nelle liti endosocietarie: la domanda d'arbitrato, notificata all'altra parte anche ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, va tenuta distinta dall'istanza di nomina, che viceversa non abbisogna di comunicazione all'avversario e non deve essere per forza contestuale (Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400 [2]); naturalmente nulla impedisce che la stessa domanda, oltre che notificata, sia depositata presso l'ente ai fini della designazione.

Per una parte della dottrina, il requisito della nomina è essenziale, in quanto la sua mancanza si porrebbe in contrasto con l'intenzione di avviare l'arbitrato e determinerebbe una nullità sanabile *ex tunc*.

La domanda d'arbitrato può essere proposta direttamente dalla parte, oppure dal difensore munito di procura (cap. XI, par. 4) e, una volta redatta e sottoscritta, va notificata.

2. Gli effetti processuali e sostanziali della domanda d'arbitrato.

La domanda d'arbitrato produce sia effetti che operano sul piano del processo arbitrale, sia effetti che incidono sul diritto sostanziale controverso.

Gli effetti processuali possono riassumersi nella pendenza della lite arbitrale. Così, dal giorno della notifica scatta la disciplina dell'art. 111 c.p.c., in caso di successione del diritto litigioso (cap. XIII, par. 7). La data di pendenza della lite è importante anche per l'operatività dell'art. 819-ter, ult. comma, c.p.c. (cap. X, par. 3) e per la tutela cautelare conservativa (cap. XI, par. 12).

La domanda d'arbitrato produce altresì effetti che operano direttamente sul diritto, in analogia con quelli prodotti dall'atto di citazione. Vediamone i principali.

a) *Prescrizione*. La prescrizione si interrompe con la notifica della domanda

d'arbitrato, anche se l'arbitro sia privo di *potestas iudicandi* per nullità della convenzione arbitrale (art. 2943 c.c.) e si sospende per tutta la durata del processo arbitrale, fino al momento in cui il lodo non sia più impugnabile o passi in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione (art. 2945 c.c.). Da questo momento, poi, in virtù della parificazione fra lodo e sentenza, vale la prescrizione decennale, anche nel caso in cui il diritto fosse in origine assistito da prescrizione diversa.

L'arbitrato può concludersi senza la pronuncia di un lodo in vari casi: benché non si possa parlare di una unitaria categoria di estinzione, penso si debba fare riferimento, per comunanza di *ratio*, alla regola valevole per l'estinzione del processo statale, vale a dire, dal momento dell'interruzione del termine ricomincerà a decorrere un nuovo periodo di prescrizione, senza che operi la sospensione. Dovrebbe valere la stessa soluzione anche nell'ipotesi, non impossibile, in cui dopo la notifica della domanda l'*iter* di costituzione del giudice arbitrale attraverso la nomina e l'accettazione non sia portato a termine per inerzia delle parti.

b) *Decadenza*. La notifica della domanda d'arbitrato interrompe le decadenze, come ad esempio il termine per proporre l'impugnazione delle deliberazioni assembleari di una società.

c) *Trascrizione*. Con la trascrizione della domanda notificata è possibile innescare l'effetto prenotativo su beni immobili o mobili registrati: l'opponibilità ai terzi dell'effetto ottenuto con il lodo retroagirà a quel momento. Per quel che riguarda i diritti immobiliari, l'effetto opera nei casi elencati dall'art. 2652, nn. 1-9, c.c., nonché nei casi di cui all'art. 2653, nn. 1-5, c.c. con le conseguenze descritte per ciascuna ipotesi, mentre, per quel che concerne i diritti su beni mobili registrati, si deve fare riferimento agli artt. 2690 e 2691 c.c.

Esempio. Tizio cita Caio davanti agli arbitri per rivendicare la proprietà di un immobile. Durante il processo arbitrale, Caio vende l'immobile a Sempronio. Il processo arbitrale accerta che l'immobile è di proprietà di Tizio. Tizio potrà far valere le sue ragioni nei confronti di Sempronio solo nel caso in cui abbia trascritto la domanda di arbitrato prima della trascrizione del contratto di compravendita tra Caio e Sempronio.

Non ha nulla a che fare con l'effetto prenotativo tipico della trascrizione l'iscrizione della domanda di arbitrato nel registro delle imprese nell'arbitrato endosocietario.

d) Mora. La domanda d'arbitrato produce gli effetti della messa in mora (art. 1219 c.c.), con le dovute conseguenze sulla debenza degli interessi moratori e sul rischio per il perimento del bene. Ai sensi del d.l. n. 132 del 2014, conv. in l. n. 162 del 2014, se le parti non hanno determinato la misura degli interessi legali, la pendenza della lite arbitrale fa scattare il saggio previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (di cui al d.lgs. n. 231 del 2002, mod. dal d.lgs. n. 192 del 2012 e d.l. n. 1 del 2012, conv. in l. n. 27 del 2012).

3. Altre modalità di inizio del procedimento arbitrale.

Ci si deve ora domandare se siano possibili altre modalità di avvio del processo arbitrale: poiché la legge è silente, non si può per ciò solo escludere che la parte possa avviare il procedimento con una comunicazione via pec o via raccomandata, a maggior ragione quando le parti l'abbiano espressamente previsto nel patto arbitrale (come nel caso di Cass., 5 maggio 2011, n. 9839 [3]).

Tuttavia, occorre che dette modalità siano rispettose del contraddittorio: ad esempio si è ritenuto che non sia atto valido per l'instaurazione del processo arbitrale l'invio di una lettera direttamente all'arbitro, già nominato nel patto compromissorio, che l'abbia poi trasmessa all'avversario invitandolo a contraddire (Cass., 14 settembre 2012, n. 15445 [4]).

Inoltre, va ribadito che altre modalità di instaurazione della lite, quando portino forme che non possano dirsi equipollenti alla domanda d'arbitrato, non sono in grado di determinare gli stessi suoi effetti. Esemplificando, la parte potrebbe iniziare l'arbitrato anche con una semplice lettera raccomandata con avviso di ricevimento, o via pec, con la quale si limiti a nominare l'arbitro, ove gli spetti, senza alcun riferimento al diritto fatto valere; tuttavia, questa modalità di avvio non sarà suscettibile di interrompere la decadenza o la prescrizione del diritto; per una parte della dottrina, addirittura, detto atto avrebbe una mera efficacia negoziale e non potrebbe instaurare la lite.

Sentenze



1. Cassazione civile sez. I, 10/07/2013, n. 17099
2. Cassazione civile sez. I, 20/02/2012, n. 2400
3. Cassazione civile sez. un., 05/05/2011, n. 9839
4. Cassazione civile sez. I, 14/09/2012, n. 15445

Bibliografia essenziale



CAPITOLO X

I RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIUDIZIO STATUALE

1. Identità e dipendenza. Il principio della *Kompetenz-Kompetenz* e le “vie parallele”.

Il rapporto fra arbitrato e giudizio statale non si pone soltanto in termini di confronto fra natura e funzione, ma anche, più praticamente, quando davanti al giudice ed all'arbitro pendano controversie identiche (litispendenza, continenza) oppure fra loro dipendenti (pregiudizialità).

Questo capitolo si incentra sull'identità, mentre la pregiudizialità verrà approfondita nel cap. XIV, par. 11.

Quando sia proposta davanti al giudice una lite devoluta ad arbitrato, o quando l'arbitro si trovi a dover giudicare sulla base di una convenzione arbitrale di cui sia contestata la validità o l'esistenza, si applica il principio della *Kompetenz-Kompetenz*, in base al quale sia l'arbitro sia il giudice hanno il diritto di valutare la propria *potestas iudicandi*. Ciascuno dei due, in altri termini, è libero di verificare la sussistenza o meno del proprio potere di giudicare sulla controversia, senza alcun condizionamento rispetto alla soluzione adottata dall'altro. Quanto detto deriva dal combinato disposto degli artt. 817 e 819-ter c.p.c.

In particolare, l'arbitro, ai sensi dell'art. 817, ha diritto a valutare sia la sussistenza di una convenzione arbitrale pienamente operativa, sia la propria regolare costituzione (in termini di ritualità della nomina), al fine di accertare il proprio potere di giudicare nel merito: e ciò anche quando queste siano contestate “in qualsiasi sede, per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento”. Non è chiaro a

cosa si riferisca la legge con quest'ultima accezione, ma si può ipotizzare un vizio sopravvenuto della convenzione arbitrale, o l'estinzione della convenzione per mutuo dissenso, o ancora un divieto di arbitrato con legge retroattiva; potrebbe rientrare anche il caso in cui la parte interessata non abbia eccepito la convenzione davanti al giudice investito della stessa lite, producendosi così, a termini dell'art. 819-ter c.p.c., l'inoperatività sopravvenuta della convenzione arbitrale su quella lite (v. par. 3).

Il principio della *Kompetenz-Kompetenz* viene completato con quello delle c.d. vie parallele: secondo l'art. 819-ter, infatti, la pendenza di una lite davanti al giudice non esclude la competenza dell'arbitro sulla stessa controversia. Può infatti accadere che due cause identiche o in relazione di continenza (cioè quando i soggetti e *causa petendi* sono identici, mentre il *petitum* è più ampio) pendano contemporaneamente davanti all'arbitro e al giudice statale.

Esempi. *Litispendenza*: A notifica domanda d'arbitrato nei confronti di B chiedendo la divisione di un appartamento in comproprietà; successivamente B, ritenendo nulla la convenzione arbitrale, inizia una causa di divisione dello stesso bene davanti al giudice ordinario. *Continenza*: davanti all'arbitro è proposta la domanda di pagamento di una rata del prezzo di una compravendita; davanti al giudice viene proposta la domanda di accertamento negativo dell'intero prezzo.

Ebbene, in questi casi, a differenza di quanto accade per la litispendenza interna alla giurisdizione statale e per la litispendenza internazionale, entrambi i procedimenti continuano paralleli, essendo irrilevante quale delle due liti sia iniziata per prima.

Non tutti i sistemi nazionali hanno percorso la stessa direzione: alcuni, esprimendo un maggior *favor* per l'arbitrato, hanno previsto che l'instaurazione del procedimento arbitrale comporti automaticamente la necessità per il giudice ordinario di declinare la propria competenza (per es. l'art. 1448 del c.p.c. francese): si suole parlare, in proposito, di "litispendenza zoppa", in quanto l'instaurazione del procedimento arbitrale blocca l'azione giudiziale e non viceversa.

Le due più importanti convenzioni internazionali non hanno preso una posizione netta a favore dell'una o dell'altra soluzione. La convenzione di New York, infatti, si limita a prevedere che il giudice deve rinviare all'arbitrato, a meno che ritenga che la convenzione arbitrale sia "null and void, inoperative or incapable of being performed" (art. II). Secondo la Convenzione di Ginevra, il giudice può trattenere la lite solo per "good and substantial reasons", fra le quali si ritiene inclusa l'invalidità della convenzione arbitrale (art. 6).

Per approfondire il tema, nodale per l'efficienza dell'arbitrato, occorre ora affrontarlo da due diversi punti di vista: dalla prospettiva dell'arbitro e da quella del giudice. Preciso che mi riferisco al giudice civile e non penale, per il quale vale l'art. 75 c.p.p., su cui rinvio al cap. XIV, par. 5 per una più completa trattazione.

2. L'eccezione di invalidità o inesistenza della convenzione arbitrale davanti all'arbitro.

L'arbitro può pronunciarsi sul diritto controverso solo se la convenzione arbitrale sia valida ed efficace. Il controllo, tuttavia, può essere esperito unicamente su iniziativa della parte: infatti, ai sensi dell'art. 817 c.p.c., è onere del convenuto eccepire, nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri, l'inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia della convenzione arbitrale (secondo Cass. 15 febbraio 2021, n. 3840, la parte deve anche precisare il motivo di nullità). La comparsa di risposta, che peraltro non è obbligatoria in arbitrato, non costituisce dunque prima difesa se venga, come talvolta accade, trasmessa all'attore prima dell'accettazione degli arbitri.

L'incompromettibilità del diritto è invece rilevabile anche d'ufficio senza preclusioni.

Possono allora darsi due possibilità.

a) Nel caso in cui l'eccezione non sia sollevata, gli arbitri pronunciano nel merito e il lodo non potrà essere impugnato sulla base del motivo non sollevato. In mancanza di tempestiva reazione dell'avversario, insomma, il lodo emesso sulla base di una convenzione arbitrale invalida è in grado di statuire validamente sul diritto (sul punto cap. VII, par. 11).

Vi sono eccezioni a questa regola. In primo luogo, se la convenzione sia invalida per incompetibilità del diritto, la parte potrà sollevare il motivo per la prima volta anche in sede di impugnazione del lodo ed è altresì dato agli arbitri il potere di rilevare il vizio d'ufficio. In secondo luogo, come stabilito dalla Corte di giustizia Ue nel caso *Mostaza Claro*, la vessatorietà della clausola compromissoria nei confronti del consumatore può essere motivo di impugnazione rilevabile d'ufficio (cap. VI, par. 7). Secondo la Cassazione, poi, se il convenuto è rimasto assente nel procedimento, può sollevare l'eccezione in sede di impugnazione (Cass., 28 febbraio 2019, n. 5824).

Peraltro, il potere arbitrale di decidere nel merito non impedisce alla parte di rivolgersi contestualmente al giudice, in virtù del già visto principio delle vie pa-

rallele: si presenta, dunque, il rischio di conflitto positivo o negativo fra decisioni, di cui dirò meglio al par. 6, anche con riferimento all'incidenza del comportamento della parte (su cui altresì cap. VII, par. 11 *sub a*) e par. 14).

b) Se invece l'eccezione sia ritualmente sollevata, gli arbitri dovranno decidere sulla questione di inesistenza, nullità o inefficacia della convenzione. A seconda del caso e ferma la possibilità per gli arbitri di anticipare il giudizio in modo non vincolante con l'ordinanza, la decisione potrà avvenire con tre modalità: con un lodo non definitivo (cap. XV, par. 11), quando ritengano che la convenzione sia valida e rimettano in trattazione per il merito; con un lodo definitivo che pronunci sia sulla convenzione, ritenendola ovviamente valida, sia sul merito; con un lodo definitivo che pronunci l'inoperatività della convenzione arbitrale e la conseguente carenza di *potestas iudicandi*.

I predetti lodi saranno impugnabili per nullità davanti alla Corte d'appello, con le modalità di cui si dirà ai capp. XV, par. 11 e XVI, ma non con regolamento di competenza, che non è previsto contro il lodo (Cass., 6 ottobre 2017, n. 23473 [1]). Non è chiaro, invece, se la sentenza della Corte d'appello resa in sede di impugnazione sia impugnabile con regolamento di competenza o con ricorso ordinario in cassazione (tesi che ritengo preferibile, rientrando la pronuncia nell'alveo ordinario della prosecuzione del giudizio a seguito di annullamento del lodo).

Vi sono effetti diversi a seconda del contenuto della decisione degli arbitri.

Se gli arbitri respingono l'eccezione di nullità pronunciando nel merito, la mancata impugnazione del lodo renderà irrilevante il vizio della convenzione arbitrale: rimane dubbio il caso più grave, cioè l'incompromettibilità (cap. XVI, par. 13).

Ove invece gli arbitri si dichiarino privi di legittimazione a giudicare per inoperatività della convenzione arbitrale, non è prevista la *translatio iudicii* al giudice statale, cioè la possibilità di riassumere il processo avanti a quest'ultimo conservando gli effetti processuali e sostanziali dell'originaria domanda d'arbitrato. La Corte costituzionale, come si vedrà al par. 3, ha riconosciuto il percorso inverso, argomentando sulla fungibilità fra arbitrato e giudizio statale ed è pertanto auspicabile un mutamento di rotta anche in questa direzione.

Esempio. Se Tizio impugna tempestivamente una delibera assembleare di una società per bilancio falso e gli arbitri si pronunciano per l'incompromettibilità del diritto, egli, ove non intenda impugnare il lodo, dovrà iniziare un processo davanti al giudice: molto probabilmente, però, al momento della notificazione della citazione, il termine decadenziale per impugnare la delibera sarà già scaduto e non è possibile,

d'altra parte, beneficiare dell'interruzione del termine prodotta dalla notifica della domanda di arbitrato, dato che non vi è prosecuzione fra i due giudizi.

Resta il caso in cui si discuta della spettanza della lite al giudice amministrativo: secondo la Cassazione, poiché l'arbitrato fa parte del sistema giurisdizionale statale, è ammesso il relativo regolamento preventivo in costanza del giudizio arbitrale (Cass., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit. cap. I, par. 2) e il giudice dell'impugnazione del lodo può rilevare l'eccezione d'ufficio (Cass., 26 ottobre 2020, n. 23418 [2]). Come ho già detto, la riconduzione dell'arbitrato nell'alveo della giurisdizione statale non mi convince, ma la rilevabilità officiosa vale comunque, derivando direttamente dall'art. 817, almeno quando il conflitto con il giudice amministrativo verta sull'incompromettibilità dell'interesse legittimo.

3. L'eccezione di convenzione arbitrale davanti al giudice: arbitrato italiano.

L'art. 819-ter c.p.c. regola l'ipotesi in cui sia sollevata un'eccezione di compromesso davanti al giudice statale. Si è già detto che il giudice è libero di valutare la validità e l'efficacia del patto compromissorio, per verificare la propria competenza a decidere nel merito.

Anche in questo caso, il rilievo può avvenire soltanto *ex parte*; l'art. 819-ter, infatti, stabilisce che spetta al convenuto eccepire l'esistenza di una convenzione arbitrale nella prima difesa, cioè, di regola, la comparsa di risposta.

Anche davanti al giudice possono darsi varie possibilità.

a) *La parte non solleva l'eccezione o la solleva tardivamente*: il giudice deve senz'altro pronunciarsi sul merito. Secondo l'art. 819-ter, infatti, "la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio". Ciò significa che il difetto di eccezione non comporta solamente il definitivo radicamento della lite davanti al giudice, ma estingue la convenzione arbitrale limitatamente alla controversia *de qua*: gli arbitri vi saranno dunque vincolati.

b) *La parte propone l'eccezione tempestivamente e l'altra parte aderisce*. Ritengo che l'adesione, regolata dall'art. 38 con riguardo al rapporto fra giudici statuali, sia espressione di un criterio di economia processuale valevole anche in questo caso: perciò la parte interessata dovrà riassumere il processo arbitrale entro tre mesi dalla pro-

nuncia di cancellazione della causa dal ruolo, conservando gli effetti processuali e sostanziali della domanda giudiziale. Resta fermo che gli arbitri non saranno vincolati dall'adesione, ma il comportamento delle parti potrà valere sia ai fini della buona fede, sia come rinnovato consenso all'arbitrato, se espresso e proveniente dalla parte personalmente.

Poiché l'art. 819-ter non regola la specifica questione, è dubbio se il giudice possa rilevare d'ufficio l'eventuale nullità della convenzione arbitrale nonostante l'adesione: non si può escludere *a priori*, dato che il suddetto potere è accordato quando l'arbitrato è scelto a lite pendente, *ex* art. 1 d.l. n. 132 del 2014, su cui par. 8 (pare sfavorevole Cass., 6 novembre 2015, n. 22748).

c) La parte propone l'eccezione tempestivamente ma l'altra parte non aderisce: a questo punto il giudice si pronuncia con sentenza, a differenza delle pronunce sulla competenza fra giudici che hanno la forma di ordinanza. La decisione potrà essere non definitiva, quando il giudice affermi la propria competenza e rimetta in trattazione per il merito, o definitiva, quando declini la propria competenza, chiudendo il processo davanti a sé, oppure affermi la propria competenza e decida anche nel merito.

Essa è impugnabile con regolamento di competenza, che potrà essere necessario o facoltativo a seconda che, rispettivamente, il giudice decida solo sulla questione di validità della convenzione arbitrale (che potrebbe anche essere implicita, secondo una singolare pronuncia di Cass., 25 ottobre 2017, n. 25254) o anche nel merito della lite.

Se il regolamento venga proposto, la Cassazione stabilirà chi sia competente e darà i provvedimenti necessari per proseguire il giudizio *ex* art. 49.

Se il regolamento non venga proposto contro la sentenza con cui il giudice dichiara la propria incompetenza, la parte potrà riassumere il giudizio davanti all'arbitro nel termine fissato, con salvezza degli effetti della domanda originaria, secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale 19 luglio 2013, n. 223 [3], che ha dichiarato illegittimo l'art. 819-ter nella parte in cui esclude regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c.

Esempio. Riprendendo l'esempio del par. 2, Tizio impugna una delibera assembleare di una società e notifica l'atto di citazione davanti al giudice ordinario nei tempi previsti, interrompendo così la decadenza fissata dalla legge. Caio, convenuto, eccepisce l'esistenza di una convenzione arbitrale contenuta nello statuto della società ed il giudice declina la propria competenza, rinviando ad arbitrato. Tizio

propone domanda d'arbitrato e Caio eccepisce che l'impugnativa è ormai tardiva essendo già abbondantemente trascorsi i novanta giorni previsti. Poiché nel passaggio dal giudice all'arbitro opera la *translatio iudicii*, l'interruzione della decadenza prodotta dall'originario atto di citazione continua a valere.

4. Segue: Conflitti positivi o negativi fra pronunce: cura e prevenzione.

Si è visto nei precedenti paragrafi che la contemporanea pendenza della stessa lite davanti all'arbitro e davanti al giudice può determinare il rischio di conflitti di pronunce. Si distingue fra conflitto positivo e conflitto negativo.

Esempi. *Conflitto positivo*: l'arbitro ritiene che la convenzione sia valida e decide nel merito; nel frattempo una parte si rivolge al giudice, che ritiene la convenzione nulla, decidendo a sua volta nel merito. Le pronunce potranno essere contrastanti e si determinerà un conflitto positivo. *Conflitto negativo*: l'arbitro ritiene che la convenzione non sia valida e declina la propria *potestas iudicandi*; nel frattempo una parte si rivolge al giudice, il quale, affermando la sussistenza di una convenzione arbitrale valida, si dichiara incompetente. Altro esempio: Tizio cita Caio davanti al giudice per sentir accertare il proprio diritto al prezzo di una compravendita. Caio eccepisce che vi è una convenzione arbitrale e il giudice declina la propria competenza in favore degli arbitri. Successivamente Tizio riassume davanti agli arbitri nei termini fissati e sorge questione di invalidità della medesima convenzione, per rilievo di Caio. Gli arbitri possono decidere di declinare a loro volta la *potestas iudicandi*, con la conseguenza che Tizio non avrà ricevuto tutela né dal giudice, né dagli arbitri.

a) *Conflitto positivo*. Quando il giudice e l'arbitro siano entrambi pervenuti ad una pronuncia sul merito, ritenendo ciascuno sussistente la propria *potestas iudicandi*, la soluzione dipende da quale pronuncia sia stata adottata per prima.

Se venga pronunciata prima la sentenza, il lodo sarà impugnabile *ex art. 829, n. 8*, solo se la decisione giudiziale sia già passata in giudicato e sia stata depositata nel corso del processo arbitrale. In difetto, il lodo passerà in giudicato e pertanto, deve ritenersi, prevarrà.

Se invece, come è più probabile, il lodo venga emesso prima della sentenza,

quest'ultima potrà essere impugnata per contrasto con la decisione arbitrale, a condizione che si ritenga applicabile l'art. 395 c.p.c. Benché quest'ultima norma si riferisca esclusivamente alle "sentenze", propendo per una interpretazione estensiva, facendo leva sull'equiparazione fra lodo e sentenza ai sensi dell'art. 824-*bis*. Ne consegue che la sentenza che non sia impugnata con la revocazione prevarrà sul lodo.

b) Conflitto negativo. Quando sia il giudice sia l'arbitro abbiano negato la propria *potestas iudicandi*, l'attore si trova in un grave *impasse*. Il sistema delineato dal legislatore non offre una soluzione generale del problema, limitandosi ad introdurre i correttivi visti nei paragrafi precedenti. Nulla però impedisce alla parte di rivolgersi nuovamente all'arbitro, quando il giudice abbia negato la propria legittimazione a giudicare e l'arbitro abbia fatto altrettanto in precedenza: ad esempio, è il caso di Cass., 28 novembre 2017, n. 28361 [4], che ammette la possibilità della *translatio iudicii* dal giudice speciale all'arbitro.

Sia il conflitto positivo sia quello negativo non possono essere eliminati ma possono essere prevenuti in vari modi.

In primo luogo, valgono i meccanismi preclusivi già visti nei parr. 2 e 3: ad esempio, il mancato rilievo dell'*exceptio compromissi* davanti al giudice fa venir meno la convenzione arbitrale.

In secondo luogo, sia il giudice sia l'arbitro possono far uso della possibilità di sospendere il processo quando siano già stati emessi, rispettivamente, il lodo e la sentenza *ex art. 337 c.p.c.* (su cui *amplius* cap. XIV, par. 11).

Esempio. Se il giudice abbia pronunciato una sentenza di merito, sul presupposto della propria competenza per invalidità della convenzione arbitrale, l'arbitro investito nel frattempo della lite potrebbe sospendere il processo in attesa della definizione del processo davanti al giudice. Più problematico è se possa farlo quando la sentenza del giudice non abbia statuito sul merito ma solo sulla competenza (ad esempio, il giudice si sia ritenuto incompetente, la sentenza sia stata impugnata con regolamento di competenza e successivamente una delle parti inizi un procedimento arbitrale), in quanto avrei dubbi sulla possibilità di estendere il termine "autorità" della sentenza al giudicato formale. Alla domanda se la Corte d'appello, davanti alla quale sia impugnato il lodo, possa sospendere in attesa della definizione della lite davanti al giudice ordinario risponderei, in assenza di previsione espressa, che dovrebbero valere gli artt. 337 e 295 c.p.c. per i processi giudiziali.

In terzo luogo, vanno valorizzati i comportamenti delle parti nei reciproci processi. Ad esempio, la parte che, a fini ostruzionistici, sostenga opposte tesi nelle due sedi al solo fine di paralizzare la tutela dell'altra parte, viola la buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione della convenzione arbitrale e detta violazione potrà essere tenuta in conto ai fini dell'operatività del patto compromissorio.

Esempio. Caio, convenuto da Tizio davanti al giudice per la condanna al pagamento del prezzo di una compravendita, eccepisce l'esistenza di una convenzione arbitrale. Il giudice accoglie l'eccezione con sentenza sulla competenza, non impugnata. Successivamente Tizio instaura la lite davanti agli arbitri e Caio, in quella sede, sostiene che la convenzione arbitrale (da lui invocata davanti al giudice) è invalida o inefficace. Anche volendo escludere che l'eccezione di compromesso formulata avanti al giudice equivalga ad accettazione sostanziale sul patto, rimane il fatto che il comportamento di Caio è contrario a buona fede e potrà come tale essere valutato dagli arbitri ai fini dell'interpretazione ed esecuzione della convenzione arbitrale contestata. L'assunto, peraltro, vale solo quando sia lo stesso soggetto ad adottare il comportamento contraddittorio (e non quando, ad esempio, sia il contitolare del debito ad eccepire l'invalidità della convenzione).

In quarto luogo, il rischio di conflitti può essere attenuato dalla proposizione, davanti al giudice, di una domanda di accertamento della validità della convenzione arbitrale, che non è implicita nell'eccezione di compromesso davanti al giudice, ma deve essere espressamente formulata: ne tratterò subito appresso.

5. La possibilità di proporre un'autonoma domanda di validità o efficacia della convenzione arbitrale.

Dall'art. 819-ter c.p.c., letto *a contrario*, si desume che è possibile rivolgersi al giudice statale per sapere, una volta per tutte, se vi sia una convenzione arbitrale pienamente operativa: infatti, la norma si limita a stabilire che detta azione non può essere proposta a procedimento arbitrale pendente.

Qual è il vantaggio di una simile domanda?

Poiché la convenzione arbitrale è un contratto, l'azione tende all'accertamento sulla sua esistenza, validità ed efficacia e la relativa pronuncia sarà spendibile in tutti i futuri giudizi che dovessero riguardare controversie ricadenti nella convenzione, a prescindere dal fatto che siano iniziati davanti a giudici o ad arbitri.

La validità della convenzione arbitrale, di regola, viene esaminata sotto forma di questione (cioè di fatto) ai fini della *potestas iudicandi*, ma la legge permette che la questione possa tramutarsi in vera e propria domanda finalizzata ad un bene della vita “processuale”, cioè il diritto di azione arbitrale (cap. VII, par. 1). Essa permetterà di superare ogni rischio di conflitto negativo o positivo fra pronunce, sempre che, però, il processo arbitrale sul diritto controverso non sia già stato instaurato.

Certamente, il rimedio, scontando i tempi lunghi della giustizia, ha una valenza pratica meno incisiva di quanto ci si aspetti, ma è pur sempre possibile fare ricorso a riti più snelli, come quello sommario; inoltre, la domanda può essere formulata anche come accertamento incidentale, nella lite giudiziale già instaurata con riguardo al diritto sostanziale controverso (Cass., 28 maggio 2019, n. 14476, cap. VIII, par. 4) e, se il processo arbitrale non sia ancora pendente, l'accertamento spiegherà effetto anche nei riguardi dell'arbitro.

La sentenza non è a mio avviso impugnabile con regolamento di competenza, facoltativo o necessario, ma con appello, dato che l'oggetto non è la competenza del giudice (parrebbe invece contraria Cass., 28 maggio 2019, n. 14476 sopra cit.).

Esempi. 1. *Caso in cui l'arbitrato è già iniziato.* La società Mevia conviene davanti ad arbitri la società Caia, per sentir accertare la sussistenza di un credito a suo favore. Successivamente, la società Caia inizia un processo davanti al giudice, chiedendo che sia accertata l'inesistenza di una convenzione arbitrale fra le parti. Il giudice deve pronunciarsi in rito, senza neppure valutare la sussistenza del patto compromissorio, prendendo semplicemente atto della pendenza di un processo arbitrale.

2. *Caso in cui l'arbitrato non è ancora iniziato.* Tizio cita Caio davanti al giudice per ottenere l'adempimento di un contratto di compravendita contenente una clausola compromissoria. Caio eccepisce quest'ultima e Tizio, in via riconvenzionale, ne chiede l'accertamento negativo. Successivamente Caio inizia un procedimento arbitrale di accertamento negativo dell'obbligazione, nel quale viene sollevata la questione di invalidità della convenzione. Nel frattempo, il giudice accerta con sentenza passata in giudicato che la clausola arbitrale è invalida, giudicando altresì nel merito: gli arbitri, vincolati alla statuizione, dovranno pronunciare la carenza di *potestas iudicandi*. Se il giudice accerti l'esistenza della convenzione arbitrale, la sentenza sarà parimenti vincolante per gli arbitri, che dovranno necessariamente trattenere avanti a loro la lite.

6. L'eccezione di convenzione arbitrale davanti al giudice: arbitrato estero.

Veniamo ora al caso in cui davanti al giudice italiano sia eccepita una convenzione per arbitrato con sede all'estero.

Fonte supranazionale e prevalente è la convenzione di New York, che, all'art. II comma 3, impone al giudice italiano di “refer the parties to arbitration” su richiesta della parte, a meno che la convenzione arbitrale sia “null and void, inoperative, or incapable of being performed”; in ambito europeo va altresì tenuto in conto il regolamento n. 1215 del 2012, che per la prima volta si occupa di arbitrato, pur riaffermandone l'estraneità; ancora, si deve tenere presente che la l. n. 218 del 1995, negli artt. 4, comma 2 e 11, equipara l'arbitrato estero alla deroga della giurisdizione italiana a favore di un giudice straniero.

Dal combinato disposto di queste norme deriva la seguente disciplina.

In primo luogo, l'eccezione di arbitrato estero è rilevabile solo *ex parte*, ai sensi dell'art. 11 l. n. 218 del 1995, (in coerenza con l'art. II della convenzione di New York ed eccetto i discussi casi indicati nel citato art. 11 in fine). Dalla precisazione che il rilievo è ammesso “a condizione che il convenuto non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana” si desume che il convenuto deve eccepire il difetto di giurisdizione del giudice italiano nel suo primo atto difensivo.

In secondo luogo, una volta formulata l'eccezione, l'equiparazione operata dalla l. n. 218 del 1995 alla questione di giurisdizione permette di adire la Corte di cassazione con regolamento preventivo di giurisdizione, prima ancora di ottenere la pronuncia del giudice adito, per conoscere una volta per tutte se la giurisdizione spetti al giudice o all'arbitro (Cass., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit. cap. I, par. 2). La pronuncia della Cassazione, limitandosi a statuire sulla giurisdizione, sarà però vincolante nei confronti del solo giudice italiano e non dell'arbitro straniero, come si dirà a breve.

In terzo luogo, ed è il punto più delicato, occorre capire se la declaratoria sulla validità della convenzione arbitrale, inscindibilmente connessa alla questione di giurisdizione, possa considerarsi una sentenza di merito circolabile liberamente ai sensi del regolamento europeo n. 1215 del 2012. Occorre distinguere fra i seguenti casi:

a) *Pronuncia sulla validità della convenzione arbitrale, effettuata incidenter tantum ai soli fini della giurisdizione, o in via principale su domanda della parte.* Il regolamento n. 1215 del 2012 ribadisce l'estraneità dell'arbitrato alla sua disciplina, richiamando

espressamente la convenzione di New York, per cui la sentenza non potrà circolare liberamente nel territorio europeo ai sensi del predetto regolamento.

Nel caso di conflitto negativo, cioè quando sia il giudice italiano, sia l'arbitro straniero abbiano declinato la *potestas iudicandi*, vi è però una via di uscita: ai sensi dell'art. 4, comma 3, l. n. 218 del 1995, infatti, sarà possibile adire di nuovo il giudice italiano, purché abbia giurisdizione secondo le regole generali; tuttavia, non opererà, in difetto di espressa previsione, la *translatio iudicii* di cui all'art. 50 c.p.c., per cui non possono essere fatti salvi gli effetti della domanda originaria.

Esempio. Il giudice italiano accerta la validità di una convenzione arbitrale e si dichiara privo di giurisdizione a favore di un arbitrato con sede a Parigi. Una delle parti inizia l'arbitrato. Gli arbitri ritengono che la convenzione arbitrale sia nulla: possono farlo poiché la sentenza del giudice italiano non è vincolante nei loro riguardi. In questo caso, però, le parti potranno tornare davanti al giudice italiano, se ha giurisdizione secondo la materia, ma non saranno salve eventuali decadenze che nel frattempo siano maturate.

b) Pronuncia di invalidità della convenzione arbitrale e contestuale decisione nel merito della lite. Vale la soluzione opposta: se la sentenza di merito è inclusa nel regolamento n. 1215 del 2012 *ratione materiae*, essa circola liberamente ai sensi del predetto regolamento, come precisato nel considerando 12. È necessario, peraltro, che la pronuncia sull'invalidità del patto sia emessa da un giudice fornito di giurisdizione-competenza in base al regolamento o in base al diritto nazionale. In pratica, il regolamento riempie, in ambito europeo, lo spazio lasciato dalla convenzione di New York, che non prende posizione sugli effetti della pronuncia che dichiara la nullità del patto arbitrale.

Dunque, la pregiudiziale circa l'invalidità della convenzione arbitrale non dovrebbe più poter essere messa in discussione, ad esempio, in una *naked action* sulla stessa questione (cioè una domanda autonoma sulla sussistenza di una valida ed operante convenzione arbitrale) in un altro Stato.

Il regolamento, però, aggiunge che il riconoscimento della sentenza di merito in un altro Stato non può a sua volta “pregiudicare la competenza delle autorità giurisdizionali degli Stati membri a decidere sul riconoscimento e sull'esecuzione dei lodi arbitrali”, data la prevalenza della convenzione di New York sul regolamento. Il giudice dell'*exequatur* non sarà dunque vincolato all'accertamento dell'invalidità della convenzione arbitrale contenuto (o comunque presupposto)

nella sentenza giudiziale di merito e, in tal modo, l'eccezione si attenua notevolmente. Rimane dunque il rischio di accertamenti contrastanti, circolanti nei diversi paesi europei.

Esempio. Viene adito il giudice italiano, individuato correttamente sulle base delle regole di giurisdizione, per la condanna al pagamento di un prezzo a favore di Caio, nei riguardi di Mevio. Quest'ultimo eccepisce la sussistenza di una convenzione arbitrale per arbitrato estero e il giudice, ritenendo quest'ultima inoperante, condanna Mevio al pagamento della somma richiesta. La sentenza circola liberamente in tutto il territorio europeo e vincolerà, come (e nei limiti di un) qualunque giudicato di merito. In particolare, se successivamente alla sentenza, Mevio dovesse chiedere al giudice inglese l'accertamento della validità della convenzione arbitrale, il giudice sarebbe vincolato dall'accertamento compiuto dal giudice italiano. Peraltro, se gli arbitri abbiano comunque pronunciato il lodo straniero, il giudice a cui quest'ultimo sia presentato per il riconoscimento è sempre libero di valutare i relativi presupposti, anche con riguardo alla validità della convenzione arbitrale, nonostante la sentenza straniera sul merito. Tuttavia, se esso sia stato riconosciuto in uno Stato membro prima che in quello stesso Stato sia presentata la sentenza di merito emessa dal giudice italiano e le due pronunce siano contrastanti, occorrerà probabilmente fare applicazione dell'art. 45, par. 1, lett. c), e rifiutare l'*exequatur* della sentenza italiana facendo leva sul criterio della "incompatibilità".

7. Le *anti-suit injunctions* a tutela dell'arbitrato internazionale.

Le *anti-suit injunctions* a sostegno dell'arbitrato internazionale sono dirette a garantire l'effettività della scelta arbitrale, impedendo la proposizione di azioni ostruzionistiche, fra le stesse parti e sullo stesso oggetto, davanti ai giudici statuali. Esse possono essere pronunciate direttamente dall'arbitro, o da un giudice nazionale, al fine di bloccare azioni davanti a giudici di un altro Stato e vengono tradizionalmente incluse nell'ambito delle misure provvisorie (*interim measures*).

La Corte di giustizia Ue (10 febbraio 2009, n. 185/07 [5]), nel caso *Allianz vs. West Tankers*, ha dichiarato che le *anti-suit injunctions* pronunciate da un giudice a tutela di una convenzione arbitrale per fermare il processo instaurato in un altro Stato sono incompatibili con la normativa europea, perché si sottrae al giudice "il potere di statuire sulla propria competenza in forza del regolamento n. 44/2001".

La situazione non è mutata a seguito degli emendamenti al regolamento effettuati nel 2013, perché viene ribadita e rafforzata la valenza del principio della *Kompetenz-Kompetenz*, tramite il rinvio alla convenzione di New York, che è divenuta, dunque, fonte europea. La soluzione è in linea con la normativa italiana.

Esempi. I. *Misura protettiva emessa da un giudice statale.* Un contratto di noleggio fra una società inglese (noleggiante) ed una società italiana (noleggiatrice) di una nave contiene una clausola d'arbitrato con sede a Londra. Nasce una lite fra le parti e la società noleggiatrice si rivolge al giudice italiano; la noleggiante eccepisce l'esistenza della clausola arbitrale e si rivolge al contempo al giudice inglese, affinché vieti all'avversaria di proseguire nel procedimento davanti al giudice italiano. II. *Anti-suit injunctions pronunciate da arbitri.* Si vedano i casi *Icsid SGS vs. Pakistan* (Arb 01/13), *procedural order* n. 2 e *Tokios Tokelés vs. Ukraine* (Arb 02/18), *procedural order* n. 1, il cui dispositivo recita: "(a) Pending the resolution of the dispute now before the Tribunal, both parties shall refrain from, suspend and discontinue, any domestic proceedings, judicial or other, concerning Tokios Tokelés or its investment in Ukraine, namely Taki Spravy – including those noted in the request for provisional measures and in the Claimant's letter of June 24, 2003 – which might prejudice the rendering or implementation of an eventual decision or award of this Tribunal or aggravate the existing dispute".

8. Il compromesso in pendenza della lite giudiziale.

Può darsi che le parti stipolino un compromesso dopo aver già instaurato il processo davanti al giudice statale. Tale facoltà è confermata dall'art. 819-ter c.p.c. a sensi del quale "la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice", nonché dall'art. 1 d.l. n. 132 del 2014, convertito in l. n. 162 del 2014, norma fondante dell'istituto del compromesso a lite pendente, ma ad un tempo lacunosa e bisognosa di adattamenti con la disciplina generale.

La pendenza della lite giudiziale comporta infatti alcune peculiarità e possono darsi le seguenti due alternative.

a) Le parti stipulano un compromesso a lite pendente, ma soltanto una di esse lo eccepisce nel processo.

L'ipotesi è interamente regolata dall'art. 819-ter c.p.c., intendendosi per prima difesa quella successiva alla stipula del compromesso, che potrà essere depositato anche se le preclusioni istruttorie siano già maturate. Nell'eventualità in cui l'altra

parte aderisca all'eccezione dell'avversario, si applica l'art. 38, comma 2, c.p.c.: il giudice dovrà cancellare la causa dal ruolo con ordinanza e le parti dovranno riassumere nei tempi previsti il giudizio davanti agli arbitri. Per contro, di fronte alla contestazione della parte, al giudice non resterà che pronunciarsi con sentenza sull'operatività della convenzione arbitrale.

Il compromesso opera anche in grado d'appello: l'estinzione dell'appello comporta di regola il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado (art. 338 c.p.c.), ma la scelta arbitrale implica la volontà di ablazione degli effetti della pronuncia, alla pari della cessazione della materia del contendere; vale a dire, una volta acclarata la validità del compromesso, il giudice d'appello dichiarerà chiuso il giudizio davanti a sé con contestuale cessazione degli effetti della sentenza di primo grado.

b) Le parti stipulano un compromesso a parte e sono al contempo d'accordo nel darvi rilievo davanti al giudice: potrà quindi esser fatta istanza dagli avvocati, purché, è da ritenersi, muniti di procura speciale (richiesta per la cessazione della materia del contendere da Cass., 8 gennaio 2014, n. 149, ma non dall'art. 38 c.p.c.).

O addirittura, – ed è il caso più interessante – la stessa richiesta concorde al giudice può fungere da vero e proprio compromesso, purché sia sottoscritta dalle parti personalmente: naturalmente, dovrà contenere a pena di nullità la determinazione dell'oggetto della lite, che potrà anche avvenire tramite rinvio espresso agli atti processuali contenenti le domande.

Entrambi i casi sono regolati dall'art. 1 cit., che introduce altresì una vistosa eccezione alla regola del consenso, quando una delle parti sia la pubblica amministrazione: se le controversie riguardino la responsabilità extracontrattuale o il pagamento di somme di valore non superiore a 50.000 euro, infatti, vale il silenzio-assenso, per mancato dissenso entro trenta giorni dalla richiesta.

Benché l'art. 1 cit. non sia chiarissimo, è da ritenere che il giudice debba prima di tutto effettuare un controllo preliminare, a tutto tondo, sulla validità ed efficacia della scelta arbitrale. Se valuti *prima facie* la probabile invalidità della convenzione arbitrale, potrà decidere di proseguire il processo con ordinanza, salvo risolvere la questione con sentenza ai sensi dell'art. 819-ter c.p.c.; altrimenti, procederà a trasmettere il fascicolo al Presidente dell'ordine degli avvocati del circondario in cui ha sede il tribunale, impregiudicata ogni valutazione sulla validità del compromesso da parte agli arbitri ai sensi dell'art. 817.

Anche se l'art. 1 nulla dice in proposito, il processo viene cancellato dal ruolo, in analogia con l'art. 38 e la trasmissione del fascicolo al Presidente dell'ordine

è sufficiente per avviare l'arbitrato, che prosegue con salvezza degli effetti della domanda originaria.

A questo punto, la norma prosegue con regole assai stringenti, sia con riguardo alle modalità di nomina degli arbitri (effettuata dal Presidente dell'ordine con criteri di rotazione), sia con riguardo alla determinazione della materia del contendere già fissata davanti al giudice (restando ferme in arbitrato le preclusioni già maturate). Tuttavia, a mio avviso, occorre leggere la disposizione alla luce del modello generale di arbitrale, ispirato alla massima libertà di determinazione delle regole e flessibilità. Sicché vedrei le seguenti opzioni: se le parti si sono accordate nel compromesso, o nell'istanza, o in atto successivo per la nomina degli arbitri, occorre unicamente che questi ultimi siano avvertiti; altrimenti il Presidente dell'ordine degli avvocati, in deroga all'art. 810, provvede alla designazione suppletiva secondo i dettami dell'art. 1.

L'art. 1 contempla anche il caso in cui la lite penda già in fase d'appello, disciplinandolo in modo a dir poco singolare: infatti, il processo d'appello entra in uno stato di quiescenza, dal quale può essere risvegliato o nel caso in cui il lodo non sia stato pronunciato nel termine, o in quello in cui il lodo, regolarmente pronunciato, venga annullato a seguito di impugnazione.

Sentenze



1. Cassazione civile sez. VI, 06/10/2017, n. 23473
2. Cassazione civile sez. un., 26/10/2020, n. 23418
3. Corte Costituzionale, 19/07/2013, n. 223
4. Cassazione civile sez. un., 28/11/2017, n. 28361
5. Corte giustizia UE grande sezione, 10/02/2009, n. 185
6. Corte giustizia UE grande sezione, 13/05/2015, n. 536

Bibliografia essenziale



CAPITOLO XI

LO SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE

1. La determinazione delle regole applicabili al procedimento arbitrale.

Le considerazioni che seguono hanno valenza generale, sia per l'arbitrato interno sia per quello internazionale, salvo mettere in evidenza alcune peculiarità di quest'ultimo alla fine di questo paragrafo.

Sulle regole del procedimento, la norma di riferimento è l'art. 816-*bis*, che stabilisce alcuni punti fermi.

Al centro sta la volontà delle parti: “Le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato”. In via ancillare intervengono gli arbitri: “in mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno”. La legge, dal canto suo, pone limiti invalicabili: “Essi debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio”.

Il sistema delle fonti è dunque il seguente: le parti determinano le regole del processo; in difetto, provvedono gli arbitri; entrambi non possono derogare al contraddittorio.

a) *La volontà delle parti e la legge*. L'articolo introduce dunque un sistema definibile come “regolazione delle autoregolazioni”: primaria è la potestà regolamentativa delle parti, che rappresenta il criterio di riferimento, in caso di dubbio.

Le parti possono dettare le norme del procedimento sia nella convenzione arbitrale, sia con atto scritto separato prima dell'accettazione degli arbitri: così va inteso il riferimento all'"inizio dell'arbitrato", in quanto la norma tende ad evitare che agli arbitri siano imposte regole di cui non hanno tenuto conto all'atto dell'accettazione (Cass., 4 maggio 2011, n. 9761 [1]). Ne segue che le parti potranno accordarsi anche successivamente, purché con il consenso degli arbitri.

Di tale potere, nella prassi, le parti fanno scarso uso: il più consistente esempio di determinazione negoziale della disciplina processuale è il rinvio ai regolamenti. Non è vietato alle parti richiamare una o più norme del processo di cognizione davanti al giudice; tuttavia, a mio avviso, un richiamo generico (ad es. "gli arbitri svolgeranno il procedimento secondo le norme del codice di procedura civile" *et similia*, che si leggono talvolta nelle convenzioni), non è sufficiente ad applicare l'intero processo di cognizione ordinario, anche perché non tutte le regole sono compatibili con l'arbitrato (Cass., 5 maggio 2011, n. 9839, cit. cap. IX, par. 3). Le parti potranno ad esempio prevedere la perentorietà dei termini fissati dagli arbitri, oppure potranno attribuire agli arbitri la facoltà di farlo, magari fissandone i confini.

La questione nodale riguarda il confine oltre il quale il potere negoziale delle parti non può spingersi.

L'impostazione tradizionale affronta il problema in termini di qualificazione della norma violata: la deroga è consentita solo quando la disposizione sia da ritenersi derogabile.

Sicuramente derogabili sono le norme che definirei "suppletive", cioè dettate dalla legge allo scopo di permettere il corretto svolgimento dell'arbitrato quando le parti non abbiano stabilito regole *ad hoc* e gli arbitri non possano sostituirsi nella loro determinazione: ad esempio, il termine per la pronuncia del lodo *ex art.* 820.

Il criterio, però, diviene incerto quando la norma non definisce espressamente la propria derogabilità: ad esempio, le parti potrebbero prevedere la testimonianza del terzo incapace di testimoniare? Oppure potrebbero stabilire il divieto di consulenza tecnica?

Non è facile rispondere: una parte della dottrina, ad esempio, ritiene che le norme sull'ammissibilità delle prove siano inderogabili, appartenendo alla *lex causae* (*amplius* cap. XII, par. 1).

Qualche spunto in più può a mio avviso derivare da un approccio funzionale, che privilegi il valore protetto dalla norma derogata, in linea con il dibattito sulle nullità contrattuali cd. virtuali e sul ruolo della buona fede: il patto va sanzionato

non perché incide su una regola ritenuta inderogabile, ma perché non permette la realizzazione dei valori fondamentali di cui detta regola è espressione.

Ebbene, dall'incrocio fra i motivi di nullità del lodo e la disciplina del procedimento arbitrale emerge un nucleo di principi di natura processuale che non può essere spezzato né dalle parti né dagli arbitri, perché presenta un grado di imperatività tale da rendere vana la stessa scelta arbitrale: le regole del “giusto processo arbitrale”. Senza contraddittorio (incluso il diritto alla prova) e terzietà, gli arbitri non possono *ius dicere*: sono confini invalicabili in quanto, pur salvaguardando le peculiarità dell'arbitrato, rappresentano gli *standards* minimi connaturati all'attività di giudizio.

Di fronte ad un patto negoziale che deroga ad una norma processuale, occorre prima di tutto chiedersi se quest'ultima sia finalizzata alla realizzazione dei canoni del giusto processo arbitrale. In caso positivo, non bisogna necessariamente concludere per la nullità del patto, ma si deve preliminarmente procedere alla sua interpretazione o integrazione secondo buona fede, al fine di ricondurre la volontà delle parti al valore portato dalla norma derogata. Se, ciononostante, la previsione continui a porsi in insanabile contrasto con i canoni del giusto processo, la sanzione andrà misurata secondo il criterio di proporzionalità: la nullità della convenzione arbitrale dovrà essere l'ultima *ratio*, dovendosi preferire altri rimedi, come la nullità parziale (art. 1419, comma 1 c.c.), o la sostituzione di clausole *ex lege* (art. 1419, comma 2, c.c.). Incaricati di questo delicato compito saranno gli arbitri, che dovranno disapplicare la previsione pattizia irrimediabilmente nulla e riempire la relativa lacuna, o con la norma sostitutiva, o secondo i criteri che vedremo *sub b*).

Un'eccezione alla regola è rappresentata da alcuni settori, come la famiglia, il consumo, gli appalti pubblici (v. cap. VI), in cui vi sono interessi pubblici particolarmente forti: in questi casi, la mancata adozione di un particolare modello procedimentale importa invalidità della scelta arbitrale, a meno che non sia la stessa legge ad individuare modalità di correzione che permettano di sanare il vizio.

Esempi. 1. *Modalità di deliberazione del lodo.* L'art. 823 prevede che il lodo è deliberato a maggioranza con la partecipazione di tutti gli arbitri. Una deroga pattizia a questa previsione sarebbe ammissibile solo in aumento e non in diminuzione delle garanzie (ad esempio imponendo la conferenza personale), perché, altrimenti, verrebbe meno la collegialità del giudizio, voluta dalle parti all'atto della scelta del proprio giudicante ed elemento imprescindibile della funzione attribuita agli arbitri. D'altro canto, ove,

all'opposto, le parti avessero imposto tassativamente la conferenza personale, anche questo patto, in deroga all'art. 823, dovrebbe essere interpretato secondo buona fede dagli arbitri ove si verificassero condizioni di gravità (ad esempio una pandemia) tale da rendere impossibile la conferenza personale, quando siano disponibili mezzi sufficientemente idonei a garantire detta collegialità. 2. *Deroga alla delega dell'istruttoria*. Se le parti hanno vietato agli arbitri di delegare l'istruttoria, o una parte di essa, ad un solo membro del collegio, in deroga alla disposizione di cui all'art. 816-ter, non occorre inerparsi sul sentiero della valutazione di inderogabilità della norma, bensì si deve tenere conto, nell'interpretazione della disposizione negoziale, dei valori che detta norma esprime. La pattuizione potrà così essere operativa, ma ove si verifichi una situazione nella quale non è possibile assumere la prova in via collegiale per motivi non dipendenti dalla volontà degli arbitri e, ad un tempo, se non si procedesse d'urgenza, la prova andrebbe persa, un'esegesi conforme a buona fede permetterebbe agli arbitri di assumere comunque la prova. 3. *Altri esempi* sono rappresentati dalla deroga pattizia ai regolamenti, con previsioni *contra legem* (v. cap. V, par. 2); nonché dai patti sull'efficacia delle prove (v. cap. XII, par. 3) e sull'onere probatorio (cap. XII, par. 3); ed ancora dal problema delle conseguenze dell'esibizione (v. cap. XII, par. 8). Rimando alle relative sedi, per non ripetermi.

b) Il ruolo degli arbitri e la flessibilità ragionevole. L'art. 816-bis affida agli arbitri una funzione suppletiva. Per meglio focalizzarla, l'arbitro può trovarsi di fronte alle seguenti tre opzioni: *b1)* deve applicare le regole dettate dalle parti; *b2)* deve riempire gli spazi lasciati vuoti dal silenzio delle parti; *b3)* deve riempire gli spazi vuoti per espresso incarico delle parti.

b1) Nel primo caso, gli arbitri debbono attenersi a quanto detto dalle parti in virtù dell'incarico contrattualmente conferito; vale però quanto detto sopra circa la possibilità di interpretare le previsioni delle parti per adattarle, ad esempio, a casi non espressamente previsti e di applicare secondo buona fede (o, in casi estremi, di disapplicare) i patti in deroga alla legge, quando ledano i canoni del giusto processo arbitrale.

Cosa succede se gli arbitri non rispettano le regole dettate dalle parti?

Il lodo è nullo solo se la violazione rientri in uno dei motivi di impugnazione: ad esempio, se le parti hanno specificato che vi dovrà essere una udienza di discussione finale e gli arbitri non la fissano, il lodo sarà invalido solo se le parti, nello stabilire in anticipo la regola, l'abbiano posta a pena di nullità. Tuttavia, di fronte al chiaro dettato dell'art. 816-bis, non ritengo che gli arbitri siano li-

beri di discostarsi dalle indicazioni delle parti nei casi in cui non c'è nullità: più semplicemente, la legge ritiene prevalente l'esigenza di conservazione del lodo, ma resta l'onere per gli arbitri di regolarizzare o rinnovare l'atto difforme.

b2) Negli spazi lasciati vuoti dalle parti gli arbitri debbono prima di tutto tenere come punto di riferimento la disciplina normativa applicabile all'arbitrato: mi riferisco agli artt. 806 ss. c.p.c. e non alle regole applicabili al giudizio statale, di cui l'art. 816-*bis* esclude l'applicazione automatica. Ci si può chiedere se gli arbitri possano discostarsene, quando lo ritengano più conveniente per l'efficienza del processo: tendenzialmente direi di no. Le parti, infatti, nel determinare la sede dell'arbitrato o la legge processuale applicabile, hanno esplicitamente demandato agli arbitri di applicare le norme richiamate; tuttavia, deve ritenersi possibile per gli arbitri individuare nell'elasticità del tenore di legge una strada per adattare la regola generale al caso particolare.

Ove né le parti né la legge diano soluzioni, si apre un vasto potere regolamentativo degli arbitri e si pone il problema dei suoi limiti, su cui dirò subito appresso.

b3) Gli arbitri possono altresì operare su espressa autorizzazione delle parti: capita, ad esempio, che le parti, attraverso il rinvio ad un regolamento arbitrale, deleghino agli arbitri la gestione di talune attività del procedimento, come “the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered” (art. 27 *Uncitral rules*). La previsione delle parti cambia decisamente la prospettiva, perché, a differenza del secondo caso, essa permette agli arbitri un maggior spazio di manovra e potrebbe finanche legittimarli a discostarsi dalla disciplina applicabile al procedimento arbitrale, nei limiti in cui quest'ultima sia derogabile dalle parti.

Vengo ora alla questione che accomuna tutte e tre le opzioni trattate: lo spazio di discrezionalità concesso agli arbitri incontra dei limiti?

La risposta è positiva: mentre le parti sono libere di stabilire le regole, sulla base delle proprie preferenze personali, gli arbitri dispongono di una “discrezionalità vincolata” al raggiungimento dell'obiettivo, che consiste in una giusta decisione; essi, anche quando agiscono su incarico delle parti, non possono essere ritenuti semplici mandatari.

Le loro scelte, pertanto, dovranno essere ispirate ad alcuni criteri, che riassumerei nell'espressione “flessibilità ragionevole”: un modello procedimentale fondato sulle caratteristiche della lite e sulle esigenze delle parti, senza ricorrere agli schemi predeterminati del processo statale di cognizione.

Più in particolare, gli arbitri dovranno tenere presenti le seguenti linee guida: il rispetto dei principi del giusto processo arbitrale; la ricerca della volontà delle

parti; i principi di proporzionalità e ragionevolezza; la buona fede; la prevedibilità delle regole; il contraddittorio nella determinazione delle regole.

c) *Arbitrato internazionale*. L'esigenza di discostarsi dagli ordinamenti di riferimento per regolare il procedimento si fa più forte in ambito internazionale. Si è già parlato (cap. IV, par. 3) della crescente tendenza ad ammettere arbitrati "flottanti", dotati di un sistema di regole processuali autosufficienti, desumibili dalle convenzioni arbitrali, dalla prassi dei regolamenti, dalle analisi della dottrina e della giurisprudenza nel commercio internazionale: la c.d. *lex mercatoria* arbitrale.

Inoltre, si è già visto (cap. III, par. 1) che è possibile, in alcuni ordinamenti, scegliere una legge di nazionalità dell'arbitrato ai fini, ad esempio, dell'impugnazione ed una legge diversa, o altre regole, per disciplinare il procedimento arbitrale.

Sebbene l'aspirazione di autonomia dell'arbitrato internazionale vada favorita, è da ritenere che le parti e gli arbitri non possano derogare alle norme di applicazione necessaria o di ordine pubblico dell'ordinamento di riferimento (cioè della sede, secondo il criterio più invalso), o di quello in cui sarà chiesto il riconoscimento del lodo. Il procedimento arbitrale, infatti, potrebbe prima o poi passare al vaglio di un giudice statale.

Esempio. Se l'arbitrato internazionale ha sede in Francia e gli arbitri applicano la *lex mercatoria* arbitrale, il lodo, controllato dal giudice italiano in sede di riconoscimento, sarà reso esecutivo solo se le regole procedurali non abbiano violato uno dei precetti fissati dalla convenzione di New York o dall'art. 839 c.p.c. Ancora, se l'arbitrato ha sede in Italia, il giudice italiano in sede di impugnazione potrà valutare se l'adozione di determinate regole processuali da parte degli arbitri integri uno dei vizi di cui all'art. 829 c.p.c.

Ad ogni modo, vi sono posizioni meno rigorose, specie in dottrina, secondo cui è possibile per gli arbitri valutare caso per caso quali siano le norme di applicazione necessaria di cui tenere conto, a seconda dell'intensità del collegamento fra la lite e l'ordinamento di riferimento, delle conseguenze della violazione sulla sorte del lodo e così via: in pratica, essi dovranno preoccuparsi essenzialmente di rendere una decisione utile per le parti. Il metodo che oggi sembra incontrare maggiormente il favore della prassi è quello collaborativo: gli arbitri debbono, per quanto possibile, cercare un accordo con le parti sulla determinazione delle regole del procedimento.

Se l'arbitrato è soggetto alla convenzione di Ginevra del 1961, è previsto (all'art. 4) l'intervento suppletivo dell'autorità statale per la fissazione delle re-

gole riguardanti “l’organizzazione del procedimento arbitrale”, in mancanza di accordo fra le parti o fra gli arbitri. In particolare, l’attore (o il convenuto o gli arbitri medesimi, se il primo non si attivi) può rivolgersi “al Presidente della Camera di commercio competente del paese nel quale si trova il luogo concordato tra le parti, sia al Presidente della Camera di commercio competente del paese nel quale il convenuto ha la residenza abituale oppure la sede al momento della presentazione della richiesta d’arbitrato”; quest’ultimo potrà anche fare riferimento ad un regolamento di una istituzione arbitrale permanente.

2. Il principio del contraddittorio.

Non c’è processo senza difesa e contraddittorio: è un principio di ordine pubblico internazionale, come confermato dalla convenzione di New York, che, in caso di violazione, impedisce il riconoscimento del lodo arbitrale.

L’art. 816-*bis* c.p.c. impone il rispetto del contraddittorio nella sua duplice veste: in senso verticale (“ragionevoli possibilità” di essere ascoltati dagli arbitri) e in senso orizzontale (“equivalenti possibilità” delle parti). Sotto il primo profilo, una decisione corretta può essere pronunciata solo dopo che gli arbitri abbiano sentito le parti, dando loro un tempo ragionevole per esporre le loro difese. Sotto il secondo profilo, se gli arbitri danno voce ad una parte, devono necessariamente sentire anche l’altra, benché secondo alcuni il termine “equivalente” non significhi necessariamente concedere la stessa identica modalità di difesa ad entrambe: nel dubbio, però, converrà farlo.

Si tratta di regole inderogabili, alle quali né le parti né gli arbitri possono rinunciare, pena la nullità del lodo; peraltro, tale garanzia è, di fatto, rinunciabile *ex post* dalla parte che non deduca la violazione nella prima difesa, non potendo, in difetto, impugnare il lodo per questo motivo (art. 829: cap. XVI, par. 3).

Il principio del contraddittorio deve trovare applicazione in tutte le fasi del procedimento (Cass., 21 febbraio 2019, n. 5243 [2]) ed in particolare:

a) nella fase in cui le parti determinano la materia del contendere attraverso le loro allegazioni, cioè eccezioni, domande e contestazioni: gli arbitri devono assicurare pari poteri alle parti e, se assegnano a una parte i termini per il deposito di memorie, devono riconoscere analoga facoltà anche all’altra;

b) con riguardo alle attività di ammissione e all’assunzione delle prove, che debbono essere svolte con la partecipazione di tutte le parti; una particolare de-

clinazione del principio del contraddittorio è il diritto alla prova (se ne parlerà al cap. XII);

c) prima della decisione, per dare modo alle parti di valutare le risultanze istruttorie.

Vale anche in arbitrato, in quanto espressione del diritto di difesa, il dettato dell'art. 101, comma 2, c.p.c., finalizzato ad impedire le c.d. decisioni della terza via: se gli arbitri ritengono di sollevare una questione rilevabile d'ufficio (per esempio la nullità di un contratto), debbono dare modo alle parti di contraddire sul punto con qualunque mezzo idoneo allo scopo.

La Cassazione precisa, giustamente, che il diritto al contraddittorio va inteso in termini di effettività e non di formalismo, per cui sarà violato solo se sia stata in concreto menomata la difesa della parte (ad es. Cass., 7 settembre 2020, n. 18600 [3]); tuttavia, non ritengo, come pure sembra di scorgere in una più risalente giurisprudenza (Cass., 26 settembre 2007, n. 19949 [4]), che i criteri per la violazione debbano essere allentati, rispetto a quelli valevoli davanti al giudice, perché flessibilità ed informalità non significano minor rigore. Piuttosto è condivisibile ritenere che le parti possano rinunciare al diritto di difesa *ex post*, cioè quando la circostanza che stimola l'attività difensiva della parte sia già sorta.

3. La sede dell'arbitrato.

La determinazione della sede dell'arbitrato è indispensabile, oltre a quanto già visto per l'arbitrato internazionale (cap. IV, par. 1), al fine di individuare il foro competente per l'assistenza giudiziale nei casi di *impasse* nel procedimento, per l'impugnazione e per l'*exequatur* del lodo.

Esempio. Se la sede dell'arbitrato è stabilita in Milano, il giudice dell'impugnazione del lodo sarà la Corte d'appello di Milano, mentre, se sarà necessario rivolgersi al giudice per la ricsuzione di un arbitro, provvederà il Presidente del Tribunale di Milano.

In base all'art. 816 c.p.c. la sede è determinata dalle parti nella convenzione d'arbitrato. In mancanza, sono gli arbitri a stabilirla, al più tardi nel lodo: essi possono agire in autonomia, ma è opportuno che tengano in considerazione il parere espresso dalle parti ed il luogo con il quale l'arbitrato ha il collegamento più stretto.

Se neppure gli arbitri provvedano alla sua determinazione, si ha riguardo al luogo dove è stata stipulata la convenzione arbitrale. Come criterio ulteriormente residuale, nell'ipotesi in cui la convenzione non sia stata stipulata in territorio italiano, la sede è a Roma (per la nomina degli arbitri si è già detto al cap. VIII, par. 4).

Va sottolineato che la determinazione della sede è soltanto formale e non vincola gli arbitri a svolgere le attività processuali in quel luogo: essi potranno tenere udienza in luoghi diversi, in relazione alle esigenze proprie, delle parti e di eventuali terzi coinvolti, per esempio consulenti tecnici e testimoni.

4. Parti e difensori.

Vediamo ora più in specifico il ruolo delle parti e dei difensori.

a) *Le parti*. Le parti del procedimento arbitrale, cioè le parti in senso processuale, si identificano in chi propone la domanda d'arbitrato e in chi ne è destinatario.

Non bisogna confonderle con le parti della convenzione arbitrale (cap. VII, par. 5): si può esser parti del patto compromissorio, ma non del procedimento e viceversa.

Per la parte del processo arbitrale valgono le stesse regole sulla capacità e sulla legittimazione processuale vigenti nel processo davanti al giudice *ex art. 75 ss.*; ritengo altresì possibile la delega alla rappresentanza processuale, ai sensi dell'art. 77 c.p.c. (per il *falsus procurator* v. cap. XVI, par. 15).

Occorre chiedersi cosa succeda se una parte non si presenta all'udienza, oppure non deposita alcuna difesa rimanendo inattiva. Nel silenzio della legge ed in ragione del mancato richiamo alle formalità della costituzione davanti al giudice, non è possibile parlare di contumacia della parte.

Per quanto riguarda l'attore, non sembra dunque possibile applicare né l'art. 171 c.p.c., che prevede l'estinzione del processo in caso di mancata costituzione di entrambe le parti, né l'art. 181 c.p.c., che stabilisce la medesima conseguenza in caso di mancata comparizione all'udienza di entrambe le parti o dell'attore, nell'ipotesi in cui il convenuto non chieda di proseguire; e neppure l'art. 290 c.p.c. che, in caso di mancata costituzione dell'attore, stabilisce che la causa venga cancellata dal ruolo se il convenuto non vuole andare avanti. L'estinzione del procedimento arbitrale, infatti, è prevista dalla legge in casi tipici, fra i quali non rientrano le ipotesi sopra menzionate. Pertanto, il soggetto che notifica la domanda d'arbitrato è

automaticamente parte attiva e l'eventuale successiva inerzia influirà sull'effettività della propria difesa.

Analogo ragionamento vale per il convenuto: nell'ipotesi in cui non depositi o notifichi alcuna comparsa, né compaia all'udienza fissata dagli arbitri, più che di contumacia appare più opportuno parlare di inattività della parte. Anche in questo caso, l'arbitrato non si blocca e il convenuto sarà comunque vincolato al lodo arbitrale. Non è neppure previsto, diversamente da quanto accade per il processo ordinario all'art. 292 c.p.c., l'onere per l'avversario di notificare personalmente alla parte assente alcuni specifici atti (per esempio confessione, giuramento, prove documentali prodotte dall'attore). Ciò non toglie che gli arbitri possano egualmente disporre dette notificazioni, totalmente o parzialmente: non si deve dimenticare, infatti, che il contraddittorio va assicurato anche in arbitrato, perciò, ove si ritenga che certe regole ne siano piena ed indiscutibile espressione, conviene osservarle anche in difetto di esplicita previsione. Per quanto riguarda una nuova domanda, ad esempio, la notifica sembra necessaria, quanto meno ai fini della produzione degli effetti sostanziali.

Naturalmente, di fronte all'assenza del convenuto, gli arbitri dovranno prima di tutto controllare la regolarità del contraddittorio disponendo, se del caso, la rinnovazione della notificazione, pena la nullità del procedimento per difetto di contraddittorio.

b) I difensori. La presenza di un difensore non è obbligatoria in arbitrato, potendo la parte stare in giudizio personalmente, a meno che la legge non preveda diversamente, come nell'arbitrato di lavoro *ex art. 412-quater c.p.c.*

Peraltro, nella prassi, la parte sceglie sovente di farsi rappresentare da un avvocato, dato il tecnicismo che caratterizza la gestione della lite in arbitrato: la legge professionale forense (l. n. 247 del 2012, art. 2, comma 5) stabilisce, in proposito, che l'ufficio di difensore in arbitrato spetta esclusivamente all'avvocato.

La parte dovrà dunque rilasciare apposita procura, che, secondo la tesi preferibile, non deve necessariamente rivestire le forme della procura alle liti nel processo statale *ex art. 83 c.p.c.*, a meno che le parti non abbiano espressamente richiamato la suddetta norma (Cass., 5 maggio 2011, n. 9839, cit. cap. IX, par. 3). Pertanto – benché nella prassi capitino sovente che la procura assuma la stessa veste di quella regolata dall'art. 83 c.p.c. –, non occorre la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata; né il difensore deve (vi è anzi da dubitare che ne abbia il potere) autenticare la firma della parte nella procura in calce o a margine di un atto arbitrale. Riterrei però necessaria la forma scritta e, comunque, ove il

difensore agisca senza produrla, è in facoltà dell'altra parte e specialmente degli arbitri chiedere la ratifica.

Il difensore può compiere tutti gli atti processuali necessari alla sua funzione ed è deputato a ricevere gli atti avversari, anche dopo la cessazione del procedimento arbitrale, essendo potenziale destinatario della comunicazione del lodo e della notifica della relativa impugnazione. L'art. 816-*bis* c.p.c. gli conferisce altresì il potere di rinunciare agli atti e di concedere la proroga del termine per la pronuncia del lodo.

Più in generale, la norma stabilisce una presunzione di legittimità degli atti compiuti al posto della parte, prevedendo che, in mancanza di espressa limitazione, al difensore sono consentiti tutti gli "atti processuali". Gli vengono riconosciuti, insomma, poteri più ampi rispetto alla difesa nel processo statale: ad esempio, si discute se il difensore possa nominare l'arbitro per conto della parte, o possa comunque depositare a propria firma l'istanza di nomina presidenziale e, nel dubbio, la risposta dovrebbe essere positiva.

5. L'organizzazione del procedimento e la prima fase di trattazione.

Non vi è, al di fuori delle poche regole fissate dalla legge, un modello di procedimento imposto dalla legge: la flessibilità è probabilmente il più consistente vantaggio dell'arbitrato. D'altro canto, l'arbitrato non è, a differenza del processo davanti al giudice, terreno fertile di nullità processuali: il lodo sarà impugnabile solo se la nullità sia stata espressamente prevista dalle parti e non sia stata sanata per non esser stata sollevata nei tempi previsti.

Si è già visto che dalla prassi dell'arbitrato emerge una crescente tendenza a realizzare il c.d. *meet and consult method*, a trovare, cioè, regole procedurali condivise fra le parti e gli arbitri. Specie nell'arbitrato internazionale, sia per favorire una migliore comprensione della lite, sia per ragioni più pratiche di difficoltà a riunire fisicamente gli arbitri, le parti ed i difensori, si sceglie talvolta di concentrare tutte le attività procedurali, compresa l'istruttoria e la discussione finale, in un'unica udienza, che può durare anche diversi giorni ed è frequente che, all'inizio del procedimento, si tenga un incontro preparatorio allo scopo di concordare con le parti le regole processuali di svolgimento dell'udienza (tempi, ordine di assunzione delle prove, ammissibilità di mezzi elettronici di registrazione, ecc.).

Benché non vi sia alcun obbligo di seguire la divisione in fasi e la scansione temporale predisposta per il processo davanti al giudice, in una lite di media complessità si possono individuare degli incombenti strettamente connessi ad un processo a contraddittorio pieno.

Occorrerà in primo luogo verificare la regolarità degli atti (comunicazioni, notifiche, ecc.) e valutare eventuali questioni processuali, pregiudiziali alla trattazione del merito (per esempio la validità della convenzione arbitrale); determinare esattamente la materia del contendere, per capire quale sia l'oggetto della lite e correlativamente l'oggetto della decisione arbitrale; procedere poi all'ammissione ed assunzione dei mezzi di prova; passare infine alla deliberazione e alla stesura del lodo (dei lodi in caso di decisioni non definitive). Rinviano ai capitoli successivi per la fase istruttoria (cap. XII) e per quella decisoria (cap. XV), mi soffermo qui più nel dettaglio sulla prima fase di trattazione del procedimento.

Accade spesso che gli arbitri, appena nominati, decidano di fissare un'udienza alla presenza delle parti, tramite difensore o anche personalmente; oppure di riunirsi una prima volta senza la partecipazione delle parti, allo scopo di valutare l'accettazione dell'incarico nell'eventualità che non l'abbiano ancora fatto e definire il prosieguo con una ordinanza che verrà debitamente comunicata e che, verosimilmente, conterrà la convocazione delle parti ad una successiva udienza.

Nessuna norma si occupa di disciplinare dettagliatamente la prima udienza del procedimento arbitrale; non esiste neppure una regola che ne prescriva l'obbligatorietà. Tuttavia, nell'art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003, si trova un esplicito riferimento alla "prima udienza di trattazione", come termine preclusivo per l'eventuale intervento di terzi nel contenzioso endosocietario: sarà dunque utile prevederla e definirla esplicitamente come tale nell'ordinanza di relativa fissazione.

Vediamo più in specifico alcuni incombenti che la prassi arbitrale evidenzia in questa prima fase.

a) Dopo un opportuno controllo sulle modalità di instaurazione del procedimento, gli arbitri potranno disporre eventuali regolarizzazioni quanto alla rappresentanza legale o volontaria delle parti, alla procura al difensore, alla notificazione della domanda d'arbitrato e così via. Appositi provvedimenti potranno poi essere adottati nel caso in cui sia necessario coinvolgere terzi, per chiamata o richiesta di intervento spontaneo, o in ipotesi di riunione fra procedimenti arbitrali (cap. XIII, par. 2 ss.).

b) La comparizione personale delle parti, affinché siano sentite dagli arbitri, può essere disposta già nel primo incontro o in altro successivo, anche più volte,

fino alla fine del procedimento: può essere opportuno che gli arbitri precisino che le risposte date in sede diversa dall'interrogatorio formale non saranno utilizzabili come prova piena, per rendere più efficace l'audizione delle parti (*amplius* cap. XII, par. 7).

c) La comparizione personale delle parti potrà altresì essere utile per tentare una conciliazione (cap. II, par. 3). Se le parti si conciliano davanti agli arbitri, sarà opportuno che li liberino espressamente dalla pronuncia del lodo. Se l'accordo viene raggiunto in via stragiudiziale, le parti possono comunicare congiuntamente agli arbitri di voler chiudere anticipatamente il procedimento, revocando il mandato conferito previo pagamento del compenso ed esentandoli così dalla pronuncia del lodo (alcuni regolamenti arbitrali prevedono questa soluzione); altrimenti, gli arbitri debbono pronunciare con lodo la cessazione della materia del contendere. Ritengo che l'esplicita revoca dell'incarico da parte dei contendenti sia la strada più agevole per assolvere gli arbitri dall'obbligo di emettere il lodo: ad ogni modo, l'art. 816-*bis* consente altresì al difensore di "rinunciare agli atti". Il significato del termine non è chiarissimo, in quanto in arbitrato non sussiste una disciplina generale dell'istituto dell'estinzione, come quella vigente nel processo civile, ma, volendo comunque fare riferimento all'art. 306 c.p.c., se gli avvocati di tutte le parti rinuncino agli atti con reciproca accettazione, dovrebbe conseguirne l'estinzione del procedimento arbitrale.

d) Talvolta, il tenore oscuro della convenzione arbitrale esige un chiarimento circa le caratteristiche dell'arbitrato scelto dalle parti: rituale o irrituale; amministrato o *ad hoc*; domestico o internazionale. Inoltre, possono darsi incertezze circa la volontà espressa nel patto compromissorio sul metro di giudizio per la decisione, cioè diritto od equità (par. 11). Se le parti, che dovranno essere presenti personalmente all'udienza, raggiungono un accordo, sarà opportuno darne atto a verbale, in modo da fugare qualsiasi ulteriore dubbio.

e) È il momento adatto per determinare la sede dell'arbitrato (par. 3), nel caso in cui le parti non vi abbiano provveduto prima.

f) Con l'accordo delle parti o dei difensori, che possono prestarlo in luogo delle parti, sarà altresì possibile determinare il termine per la pronuncia del lodo, eventualmente in modifica di quello già previsto in sede di convenzione arbitrale (par. 9). Si tenga conto che, se gli arbitri accettano l'incarico in sede di prima udienza, il computo del termine partirà da quella data.

g) È opportuno, il prima possibile, predisporre una programmazione delle future attività processuali: il c.d. calendario processuale. Si possono stabilire, in

particolare, le modalità di esplicazione delle difese e predeterminare, per quanto possibile, le successive udienze con l'auspicabile accordo di tutti. Gli arbitri possono, a tal fine, consentire alle parti di dedurre domande, eccezioni, contestazioni, richieste istruttorie e produrre documenti con memorie scritte da depositare fuori udienza, oppure stabilire che le allegazioni e le richieste istruttorie vengano portate direttamente all'udienza e possono altresì stabilire la perentorietà dei termini (par. 7). È anche opportuno fissare fin da subito le modalità di trasmissione degli atti e dei provvedimenti emessi nel corso del processo alle parti ed agli arbitri: tutte le forme di comunicazione sono possibili, purché siano idonee ad attestare la ricezione in modo da evitare successive contestazioni (per esempio la posta elettronica certificata).

h) Gli arbitri possono infine disporre il pagamento di un anticipo sulle spese e sui compensi, fissandolo direttamente all'udienza, oppure con un'ordinanza separata (cap. XVII, par. 2).

6. La forma degli atti e dei provvedimenti. L'arbitrato telematico.

Quanto alla forma, è necessario distinguere fra atti delle parti, provvedimenti dell'arbitro e atti del processo arbitrale.

a) Atti delle parti. Non vi sono particolari prescrizioni normative, fatta eccezione per la domanda d'arbitrato, espressamente disciplinata dalla legge. Per il resto, può farsi liberamente ricorso a forme orali, scritte, telematiche, o miste; varrà comunque il principio generale della conformità dell'atto allo scopo. A stabilire le forme degli atti di parte sono innanzitutto le parti, spesso tramite richiamo ad un regolamento, o, in mancanza, gli arbitri.

b) Provvedimenti dell'arbitro. La legge individua due tipi di provvedimenti arbitrali: l'ordinanza e il lodo.

Il lodo è il provvedimento tipicamente decisorio (cap. XV, par. 6) e può riguardare il rito oppure il merito. Può essere definitivo, nel caso in cui esaurisca l'intera materia del contendere, oppure parziale e non definitivo, quando si limiti a statuire, rispettivamente, su alcune delle domande e delle questioni proposte (cap. XV, par. 10). È un provvedimento irrevocabile e immodificabile; può essere impugnato o corretto solo nelle forme previste dalla legge.

L'ordinanza è destinata a regolare gli aspetti procedurali ordinatori ed or-

ganizzativi, ad esempio la fissazione di udienze o l'ammissione delle prove, ma può talvolta contenere valutazioni su questioni di rito o di merito; in tutti i casi è modificabile e revocabile in ogni tempo.

Sui criteri per l'utilizzo dell'uno o dell'altro provvedimento rinvio ai cap. XIV, parr. 6-10 e cap. XV, par. 10, nonché al cap. XV, par. 11 per una breve sintesi sulla forma dei provvedimenti a seconda dell'oggetto della decisione.

c) *Atti del processo arbitrale.* Anche gli atti e le attività svolte durante il processo sono dominati dalla libertà di forme: come si è già detto, le nullità formali devono di regola stabilite dalle parti e sono comunque soggette a rilievo di parte nella prima difesa (art. 829, comma 1, n. 7 e comma 2: cap. XVI, par. 6). Secondo l'interpretazione che ritengo preferibile, comunque, gli arbitri dovranno attenersi alle forme stabilite dalle parti o dal regolamento, a prescindere dal fatto che la loro violazione importi o meno la nullità del lodo e, in mancanza, adotteranno le modalità più idonee caso per caso, secondo i criteri che si sono individuati nel par. 1 lett. b)), spaziando dalla forma scritta a quella orale o quella telematica.

Resta comunque il vincolo di documentare tutto quanto accade davanti agli arbitri: il verbale, pur non essendo imposto dalla legge, è indispensabile per dare conto delle attività ed attestare così il regolare svolgimento del processo. Il verbale non è assistito da pubblica fede, perché gli arbitri non sono pubblici ufficiali (art. 813, comma 2, c.p.c.) ed è redatto, di regola, direttamente da loro o dal segretario eventualmente nominato.

Un particolare problema riguarda l'uso della forma telematica: essa può entrare nell'arbitrato con modalità differenti e con differenti problemi.

Vi sono arbitrati che si svolgono totalmente in via telematica e di solito riguardano materie in cui l'informatica è prevalente, come il commercio *on line* o i *domain names*; si stanno facendo avanti sperimentazioni anche sugli *smart contracts*, con singolari forme di giudizio anonimo *peer to peer*. Si usa il termine *Odr* (*online dispute resolution*) per indicare le procedure di soluzione delle liti svolte *on line*: vi è anche un apposito regolamento europeo in materia di consumo nel commercio *on line*, che istituisce una piattaforma *web* unica per tutta l'Unione (regolamento n. 524/2013).

Assai più frequente è l'uso degli strumenti telematici per svolgere specifiche attività in un arbitrato ordinario. Ormai, lo scambio telematico degli atti e delle ordinanze fra arbitri e parti è la regola ed in molti casi anche il deposito degli atti di parte avviene con la stessa modalità; utile è anche la gestione informatica dei fascicoli, che divengono così accessibili da tutte le parti e dagli arbitri senza

necessità del supporto cartaceo. Nei tempi più recenti, si è assistito ad una rapida intensificazione della comunicazione telematica, attraverso l'uso massiccio della videoconferenza: questo ha comportato una più chiara evidenza dei suoi vantaggi e ad un tempo dei suoi limiti.

La comunicazione a distanza permette infatti una più efficace partecipazione alle attività processuali, eliminando il problema della lontananza, permettendo una riduzione delle spese (ad esempio, tramite la registrazione delle udienze), incentivando la partecipazione dei testimoni, ed altri utili accorgimenti, come la condivisione dei documenti e dei verbali tramite piattaforma. Il rovescio della medaglia è rappresentato dal rischio di disparità di trattamento nei riguardi di chi ha minore facilità di accesso alle nuove tecnologie: non è un caso che la direttiva Ue 2013/11/Ue abbia previsto che le *Adr* in materia di consumo non possono prevedere esclusivamente forme telematiche. Vi sono poi anche le difficoltà intrinseche al mezzo telematico: ad esempio, l'indisponibilità della piattaforma da parte di alcuni partecipanti, il problema della traduzione simultanea e del fuso orario, la protezione della riservatezza, nonché la minore efficacia nell'interazione verbale e non verbale, specie in udienze delicate come quelle dedicate all'escussione dei testimoni, di cui occorre garantire la piena libertà di deporre, o all'ascolto delle parti. È auspicabile che il progresso tecnologico intervenga per eliminare detti inconvenienti.

7. I termini e le preclusioni.

Anche in arbitrato si pone il problema di organizzare la trattazione attraverso un'ordinata scansione dei tempi di presentazione delle difese: domande, eccezioni, richieste di prove. Infatti, gli arbitri sono vincolati al principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, come emerge dall'art. 829, n. 4, c.p.c., per cui diviene indispensabile determinare con certezza la materia del contendere.

Alla domanda se le preclusioni rilevabili *ex officio* che vigono nel processo statale siano applicabili anche in arbitrato risponderai di no: non si applica il sistema dell'art. 183 c.p.c., con il suo apparato di memorie post-udienza.

Varranno solo le decadenze previste dalla legge nei seguenti casi: l'eccezione di nullità, inesistenza o inefficacia della convenzione arbitrale deve essere rilevata dal convenuto nella prima difesa dopo l'accettazione degli arbitri (art. 817 c.p.c.), pena l'inimpugnabilità del lodo per questo motivo; l'estraneità di una o più

domande dall'ambito oggettivo della convenzione arbitrale deve essere sollevata dall'avversario durante il corso del procedimento arbitrale, pena, ancora una volta, l'inimpugnabilità del lodo per lo stesso motivo (art. 817 cit.); più in generale, qualunque irregolarità del processo arbitrale deve essere rilevata nella prima difesa successiva alla violazione, affinché possa essere motivo di impugnazione del lodo nei limiti dell'art. 829 c.p.c.

Le parti possono poi stabilire, d'accordo fra loro, ulteriori decadenze o termini per lo svolgimento di determinate attività ed il lodo sarà invalidabile in caso di loro violazione, purché le stesse parti l'abbiano specificato (art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c.). Un esempio di preclusioni pattizie è rappresentato dall'*acte de mission* di cui al regolamento *Icc*.

In mancanza, gli arbitri possano fissare termini perentori di loro iniziativa?

La Cassazione sembra andare in una direzione di cautela, richiedendo che gli arbitri stabiliscano la decadenza nel "regolamento processuale" e ribadiscano la perentorietà nell'indicazione dello specifico termine concesso alle parti: cioè un doppio passaggio (Cass., 26 settembre 2018, n. 22994 [5], ma meno rigorosa è Cass., 21 gennaio 2016, n. 1099). L'assunto richiede però l'elaborazione di un regolamento, su iniziativa degli arbitri, che non sempre è presente nella prassi, a meno che non possa essere desunto dalle indicazioni spesso contenute nel verbale di prima udienza (v. par. 5); il regolamento è invece previsto espressamente nell'arbitrato dei contratti pubblici *ex* art. 209, comma 11, d.lgs. n. 50/16.

Al di fuori questa ipotesi, non si può tuttavia concludere che le parti siano libere di dedurre difese, domande, eccezioni e prove in ogni momento del processo arbitrale, perché, per un verso, l'organizzazione del procedimento deve tenere conto del termine per la pronuncia del lodo che va rispettato a pena di responsabilità per gli arbitri, per altro verso, la determinazione della materia del contendere deve essere temperata con il necessario rispetto del contraddittorio. L'arbitro potrà dunque rifiutare l'allargamento del *thema decidendum* e del *thema probandum* se ciò comporti un allungamento dei tempi incompatibile con il termine o la violazione del contraddittorio, come, ad esempio, quando sia costretto a riaprire una istruttoria già chiusa (per un caso Cass., 21 febbraio 2019, n. 5243 [6]; v. anche par. 4 sulla contumacia).

Insomma, vale anche in questo caso il criterio che ho definito di "flessibilità ragionevole".

8. La collegialità nella trattazione; il segretario.

Se gli arbitri sono più di uno occorre che la collegialità sia rispettata in tutto il corso del procedimento, salvo alcune eccezioni.

L'art. 816-*bis*, comma 2, c.p.c. prevede, innanzitutto, che con l'autorizzazione delle parti o degli altri arbitri al presidente del collegio possa essere delegato il potere di pronunciare le ordinanze atte a regolare lo svolgimento del processo: si tratta di una facoltà utile a scopo acceleratorio e semplificatorio.

Inoltre, durante l'istruttoria, è possibile delegare ad uno solo degli arbitri l'assunzione di una prova (art. 816-*ter*, comma 1, c.p.c.: cap. XII, par. 4).

Al principio di collegialità, invece, non può mai derogarsi nella fase della decisione, che deve essere frutto della partecipazione di tutti gli arbitri (cap. XV, par. 3).

Gli arbitri possono altresì decidere di nominare un segretario, che li coadiuvi nell'organizzazione del procedimento. Egli potrà ricevere gli atti delle parti, provvedere alle opportune comunicazioni o notificazioni, redigere i verbali: costituire, insomma, il *trait d'union* fra parti ed arbitri, anche per evitare contatti reciproci unilaterali. La sua presenza, peraltro, non toglie nulla alla necessaria collegialità delle attività processuali; secondo la Cassazione, si instaura, esclusivamente fra gli arbitri e il segretario un rapporto di prestazione d'opera, il cui compenso fa parte delle spese vive degli arbitri (Cass., 26 maggio 2004, n. 10141 [7]; Cass., 22 aprile 1994, n. 3839).

La nomina è a discrezione degli arbitri, ma deve ritenersi che le parti possano prima dell'accettazione vietare una siffatta facoltà.

Negli arbitrati amministrati, l'attività di segreteria è di regola svolta dall'ente. I segretari sono "istituzionalizzati" nell'arbitrato nei contratti pubblici *ex* art. 210, d.lgs. n. 51/16, che prevede la tenuta di un apposito elenco, da parte della Camera arbitrale dei contratti pubblici, dettando anche i requisiti per farne parte.

9. Il termine per la pronuncia.

Gli arbitri debbono pronunciare il lodo in un termine come stabilito dall'art. 820 c.p.c. Spetta in primo luogo alle parti determinarlo, nella convenzione arbitrale o comunque prima che gli arbitri accettino l'incarico; successivamente, anche se la norma non lo precisa, le parti potranno fissare il termine solo con il consenso degli arbitri.

Le parti hanno piena libertà nello stabilire la durata del procedimento, ma un termine insufficiente per lo svolgimento accurato delle attività processuali, seppur con forme semplificate, porterà gli arbitri a valutare più attentamente se accettare o meno l'incarico.

Se le parti non hanno stabilito alcun termine, gli arbitri debbono, ai sensi dell'art. 820 cit., pronunciare il lodo entro duecentoquaranta giorni dall'accettazione dell'incarico.

a) *Proroga*. In primo luogo, il termine è sempre prorogato, a prescindere dall'originaria volontà delle parti, quando vi sia il consenso scritto delle parti medesime, indirizzato agli arbitri, anche in eventuale modifica ad una precedente previsione.

In secondo luogo, la proroga può essere concessa dal Presidente del tribunale della sede dell'arbitrato, su richiesta motivata degli arbitri o di una delle parti e – deve ritenersi – nel contraddittorio di tutti, prima dello spirare del termine. Si tratta di una facoltà che non può essere oggetto di deroga.

In terzo luogo, il termine è automaticamente ampliato (non sembra cioè che sia necessario alcun provvedimento degli arbitri in tal senso) ad ulteriori centottanta giorni, salva previsione contraria delle parti:

- quando debbano essere assunti mezzi di prova (il che esclude le prove precostituite e mezzi latamente istruttori come l'interrogatorio libero delle parti);
- se sia stata disposta una consulenza tecnica d'ufficio;
- se sia stato pronunciato un lodo parziale o non definitivo;
- se sia modificata la composizione del tribunale arbitrale, ad esempio perché un arbitro è stato ricusato o è venuto meno per un altro motivo, ma si discute se la proroga operi dal momento della sostituzione dell'arbitro o, come ritengo preferibile per coerenza del sistema, dalla scadenza del termine originario o già prorogato per altri motivi.

I centottanta giorni valgono una sola volta all'interno di ogni categoria, ma sono cumulabili se si verificano più eventi appartenenti a diverse categorie: ad esempio, se vengono sentiti dei testi e viene disposta una consulenza tecnica, gli arbitri potranno prorogare il termine di totali trecentosessanta giorni. Viceversa, se viene ammessa una pluralità di mezzi di prova, come l'ispezione, la prova per testi e l'interrogatorio formale della parte, la proroga sarà di centottanta giorni; rimarrà però sempre la possibilità di rivolgersi al Presidente del tribunale per un'ulteriore proroga.

Infine, nell'arbitrato endosocietario, è prevista una proroga automatica di centottanta giorni nell'ipotesi di intervento o chiamata di terzi, secondo l'esegesi

dell'art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003 (non perfettamente coordinato con l'art. 820 cit.) che ritengo preferibile.

b) Sospensione. Il termine si sospende, quando il procedimento arbitrale sia stato a sua volta sospeso. Sono i casi previsti nell'art. 819-*bis* c.p.c. (cap. XIV, par. 3 ss.), a cui si aggiungono i seguenti: quando una parte venga meno e gli arbitri decidano di sospendere il procedimento (art. 816-*sexies* c.p.c.), oppure un arbitro sia stato ricusato (art. 815 c.p.c.), o ancora – deve ritenersi per analogia con l'art. 815 cit. – quando sia stata richiesta la sua sostituzione per inadempimento (art. 813-*bis* c.p.c.) e, infine, quando sia stato richiesto al giudice statale l'ordine di comparizione di un testimone (art. 816-*ter* c.p.c.).

Il termine residuo sarà automaticamente prorogato di novanta giorni, se inferiore, per dare modo agli arbitri di concludere il procedimento in tempi ragionevoli.

Non opera, invece, la sospensione feriale dei termini, vigente nel processo statale (Cass., 8 ottobre 2008, n. 24866).

c) Dies a quo e dies ad quem. Il *dies a quo*, in caso di collegio arbitrale, decorre dal giorno in cui l'ultimo degli arbitri abbia accettato la nomina. Le parti possono stabilire un momento diverso, purché agevolmente determinabile, facendo per esempio riferimento alla prima o, come talvolta accade nella prassi, all'ultima udienza del procedimento.

Per quanto riguarda, invece, il *dies ad quem*, si ha riguardo alla data dell'ultima sottoscrizione del lodo: solo in questo momento, infatti, deve ritenersi che la decisione sia venuta ad esistenza (salvo quanto si dirà al punto *e*)).

d) Pronuncia fuori termine. Il lodo pronunciato dopo la scadenza del termine è invalidabile.

Tuttavia, l'art. 821 c.p.c. prevede una speciale sanatoria, in favore degli arbitri. In pratica, la parte, al fine di potersi preconstituire il futuro diritto ad annullare l'eventuale lodo reso fuori termine, ha l'obbligo, prima che la pronuncia venga ad esistenza con la sua sottoscrizione, di notificare alle altre parti e agli arbitri un atto nel quale comunica che intende far valere il decorso del termine e la conseguente decadenza di questi ultimi dal loro ufficio. Tuttavia, se gli arbitri, prima della ricezione della diffida, hanno già deliberato il lodo e sottoscritto il dispositivo almeno a maggioranza, la nullità è sanata; in caso contrario, non resta loro che pronunciare l'estinzione del procedimento.

10. La lingua nell'arbitrato internazionale.

La lingua è un fattore decisivo nell'arbitrato internazionale: da essa dipende l'effettività del diritto di difesa delle parti, che debbono farsi capire dagli arbitri e capirsi reciprocamente. Si è notato come la scelta della lingua finisca persino per influenzare la scelta delle regole di svolgimento del processo arbitrale, mettendo in collegamento il frequente uso dell'inglese con la crescente tendenza ad utilizzare regole procedurali di provenienza *common law*.

La questione della lingua si pone non solo con riferimento alle parti, bensì, più in generale, con riguardo a tutti i partecipanti del processo arbitrale: arbitri, consulenti tecnici, testimoni, difensori, finanche gli enti amministratori dell'arbitrato.

Ai sensi dell'art. 816-*bis* c.p.c., la lingua del processo arbitrale viene decisa in primo luogo dalle parti, prima dell'accettazione degli arbitri, o anche dopo, purché con il consenso di questi ultimi. In difetto, è stabilita dagli arbitri "nel modo che ritengono più opportuno". Occorrerà, dunque, scegliere la soluzione che assicuri il più ampio svolgersi del contraddittorio; così, gli arbitri potranno basarsi sulla lingua della convenzione arbitrale o del contratto che ha dato luogo alla lite. La grande maggioranza dei regolamenti internazionali stabilisce regole dettagliate sulla determinazione della lingua.

È anche possibile, benché più costoso e complicato, prevedere che l'arbitrato si svolga in più lingue, al fine di consentire la massima comprensione delle attività processuali e tenere bassi i costi. Oppure, potrà essere previsto che soltanto alcuni atti o provvedimenti siano resi in una lingua diversa da quella scelta per il procedimento, nel qual caso il resto delle attività verrà svolto nella lingua stabilita, verosimilmente attraverso l'ausilio di un interprete-traduttore che abbia le qualifiche necessarie per garantire la qualità della traduzione.

Di regola, i documenti prodotti dalle parti, se redatti in lingua diversa da quella dell'arbitrato, debbono essere corredati di apposita traduzione, a meno che non sia permessa l'acquisizione nella lingua originale, se conosciuta dagli arbitri e dalle parti; l'art. 3.12 della *Iba rules on taking of evidence* esclude però dall'obbligo di traduzione i documenti esibiti su richiesta degli arbitri.

Infine, se la parte voglia chiedere il riconoscimento del lodo in un paese straniero, dovrà munirsi di una traduzione certificata da un traduttore ufficiale, ai sensi dell'art. IV, n. 2 della convenzione di New York.

11. Diritto ed equità; la scelta della disciplina applicabile al merito della lite.

Passiamo ora al metro di giudizio: gli arbitri possono decidere secondo diritto o secondo equità.

a) *Equità*. Nell'eventualità in cui le parti intendano deferire agli arbitri il giudizio secondo equità, possono esprimere detta volontà "con qualunque espressione" ai sensi dell'art. 822 c.p.c.: ad esempio, utilizzando le parole "*ex aequo et bono*", o "amichevole composizione" (benché in sede internazionale si tenda a distinguere l'equità dall'*amiable composition*, come emerge dall'art. 28 l. modello Uncitral).

Si tratta della c.d. equità sostitutiva, da contrapporre alla c.d. equità integrativa, che opera quando è la stessa legge a farvi riferimento.

Il significato ed il contenuto del metro equitativo sono assai discussi.

Si afferma tradizionalmente, sulla scorta della tradizione aristotelica, che l'equità è "la giustizia del caso concreto", benché, nell'etica, il filosofo la contrapponga alla legge scritta del tempo, dunque in un significato non del tutto trasponibile ai giorni nostri.

Ad ogni modo, si sottolinea che gli arbitri debbono dare conto della soluzione secondo diritto e specificare per quale motivo reputano di non poterla condividere. È poi pacifico che gli arbitri abbiano l'onere di motivare la loro decisione, pena l'invalidità ai sensi del n. 5 dell'art. 829. Il lodo equitativo, inoltre, è sempre censurabile per violazione dell'ordine pubblico, secondo il tenore *tranchant* del comma 3 dell'art. 829. Non v'è contraddizione, infatti, fra scelta dell'equità e rispetto dell'ordine pubblico, perché l'art. 822 va interpretato nel senso che il metro del diritto può essere derogato non oltre il limite dei principi fondamentali dell'ordinamento, come confermato nell'arbitrato di lavoro (cap. XVIII, par. 6). Il lodo di equità sarà dunque sempre impugnabile per violazione di norme europee di ordine pubblico.

Talvolta, nonostante la scelta dell'equità, gli arbitri debbono comunque decidere secondo diritto. Ciò vale, in particolare, quando l'arbitrato riguardi liti endosocietarie e gli arbitri abbiano conosciuto incidentalmente di questioni non comprometibili o abbiano pronunciato sulla validità di delibere assembleari (art. 36, d.lgs. n. 5 del 2003): in questi casi, l'equità scelta dalle parti si converte automaticamente in metro di diritto ed il lodo sarà impugnabile per violazione di legge, anche non di ordine pubblico, su tutto il suo contenuto, secondo l'interpretazione che mi sembra più aderente alla *voluntas legis*. Anche il lodo reso in materia

di appalti pubblici è sempre impugnabile per violazione di legge (cap. VI, par. 12). Più in generale, l'equità è vietata nelle liti con la pubblica amministrazione, che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 12 del codice del processo amministrativo (cap. VI, par. 11).

Una questione si pone quando gli arbitri di equità abbiano esaminato questioni non compromettibili ai fini della decisione, a prescindere dalla materia trattata (cap. XIV): l'art. 829, infatti, prevede che il lodo sia sempre impugnabile per violazione di legge, sembrando così includere l'ipotesi considerata. Tuttavia, l'inciso "è *sempre* ammessa" (comma 4 dell'art. 829) va a mio avviso interpretato in contrapposizione con il precedente inciso "è ammessa *se espressamente disposta* dalle parti o dalla legge..." (corsivi miei): e poiché nessuno dei due casi riguarda il lodo di equità, sottratto per sua natura a questo meccanismo, la disposizione pare riferirsi soltanto alla pronuncia resa con il metro del diritto.

Per l'errore nel metro di giudizio, quando cioè gli arbitri abbiano deciso secondo equità pur avendo ricevuto mandato di decidere secondo diritto o viceversa, rinvio al cap. XVI, par. 7.

b) *Diritto: la determinazione della legge applicabile (lex causae)*. Va qui ribadita (cap. IV, par. 1) la necessità di tenere distinta la *lex arbitri*, cioè la legge che regola il processo arbitrale, dalla *lex causae*, cioè le norme di cui gli arbitri debbono tenere conto per giudicare il merito della lite.

Può darsi che la *lex causae* e la *lex arbitri* coincidano (ad esempio, un arbitrato con sede in Italia sull'adempimento di un contratto a cui è applicabile la legge italiana), oppure che siano diverse (ad esempio un arbitrato con sede in Italia sull'adempimento di un contratto a cui è applicabile la legge americana). Quando l'arbitrato non presenta elementi di estraneità, di regola vi è coincidenza, a meno che le parti non abbiano deferito agli arbitri il giudizio di merito secondo equità (v. *sub b*)), oppure, come notato da una dottrina, abbiano interesse a derogare al proprio ordinamento, in favore di altri ordinamenti o degli usi del commercio: ciò può accadere quando vi siano elementi di estraneità indiretti, come, ad esempio, la nazionalità straniera della *holding* del gruppo a cui appartiene la società.

Nell'arbitrato internazionale, invece, l'individuazione della disciplina applicabile al merito della controversia è questione assai delicata. Il codice di procedura civile italiano, infatti, non prende espressa posizione sulla determinazione della *lex causae* a differenza del testo pre-2006, nel quale si precisava che, in mancanza di determinazione delle parti, si doveva fare riferimento alla legge con la quale il rapporto era più strettamente collegato, oltre agli usi del commercio.

Premettendo che l'errore degli arbitri nell'individuazione della *lex causae* ha un rilievo minore di quanto sembri, ove l'arbitrato abbia sede in Italia – in quanto, secondo la tesi che ritengo preferibile, sarà sanzionabile solo in caso di violazione dell'ordine pubblico, nei limiti dell'art. 829, comma 3, salvo patto contrario delle parti – si contendono due diverse visioni.

Una prima tesi ritiene imprescindibile il riferimento ad una legge nazionale, che le parti possono determinare direttamente: ad esempio, la legge che presenta il collegamento più stretto con la controversia, oppure, come si legge talvolta nelle fonti, quella “più appropriata” o quella con cui “la fattispecie è più strettamente connessa” (art. 187 l.d.i.p. svizzera). Non è escluso neppure il riferimento a diverse leggi nazionali, a seconda dei singoli profili della vertenza controversa: si tratta del c.d. *depeçage*.

In mancanza, essa va determinata sulla base delle norme di conflitto della *lex arbitri*, o, secondo alcuni, delle norme di conflitto della legge o delle leggi più appropriate alla vicenda controversa. Occorre infatti tenere ben distinto l'ordinamento statuale di collegamento, dal quale vengono tratte le regole di conflitto e quello della legge applicabile al merito, individuato attraverso le suddette regole. In altri termini, occorre tenere separata la legge che funge da criterio di scelta della *lex causae* dalla legge che costituisce la *lex causae*, a prescindere dal fatto che esse coincidano o meno.

Esempio. In un arbitrato con sede in Italia su diritti reali, si applicheranno le norme di conflitto della l. n. 218 del 1995 – in assenza di fonti superiori – e si avrà pertanto riguardo alla legge del luogo in cui si trovano ai sensi dell'art. 51 l. cit. Si noti infatti che, negli arbitrati con sede in Italia, occorrerà prima di tutto fare riferimento alle fonti sovranazionali, come i regolamenti europei n. 593/2008 (c.d. Roma I, sulle obbligazioni contrattuali) e n. 864/2007 (c.d. Roma II, sulle obbligazioni extracontrattuali) ed in mancanza si applicherà la l. n. 218 del 1995. Una parte della dottrina, per la verità, ritiene che si possa continuare a fare riferimento, come prima del 2006, alle norme di conflitto delle leggi che gli arbitri ritengano più appropriate (ad esempio quando presentano un collegamento stretto con la controversia), ma va detto che, anche preferendo l'applicazione diretta della l. n. 218 del 1995, rimane un certo ambito di discrezionalità nella scelta della legge da parte degli arbitri: la l. citata, infatti, fa diretto richiamo (art. 57) al regolamento Roma I, il quale a sua volta rinvia, in taluni casi, al criterio del “collegamento più stretto”.

Una seconda tesi, più liberale, ammette la possibilità di uno sganciamento dalle leggi nazionali in quanto tali, facendo ricorso all'applicazione della *lex mercatoria*, cioè di un sistema di regole tratte da convenzioni internazionali, pratiche contrattuali, usi, principi generali di diritto o interpretazioni generalmente condivise di norme, spontaneamente accettate dai fruitori del commercio internazionale (cfr. ad esempio gli *Incoterms* o i principi *Unidroit*). Sempre in questa prospettiva, si ritiene possibile fare rinvio ad un sistema di regole derivante da principi comuni a più ordinamenti nazionali, di regola quelli a cui appartengono le parti: si parla di proposito di *tronc commun* (esemplare è il caso *Eurotunnel*, House of Lords, 21 gennaio 1993). Un settore dove si fa massiccio ricorso agli usi è quello marittimo.

Qual è l'impostazione più corretta? Probabilmente è ragionevole temperare i due punti di vista, con approccio più cauto, che tenga conto da un lato della necessaria flessibilità dello strumento internazionale, d'altro lato dell'esigenza di confrontarsi con l'ordine pubblico degli ordinamenti statuali nei quali il lodo venisse eventualmente sindacato.

Ad ogni modo, il problema è attenuato dal fatto che il criterio di determinazione della *lex causae* più invalso nelle fonti internazionali è la volontà delle parti, anche desumibile da indizi attendibili; inoltre, se le parti abbiano rinviato ad un regolamento arbitrale e quest'ultimo contenga regole apposite, queste si intendranno applicabili per loro diretta volontà.

Esempi. La convenzione di Ginevra del 1961, all'art. 7, va in questa direzione, stabilendo che, in caso di disaccordo fra le parti sulla legge riguardante il merito, gli arbitri debbono applicare “la legge stabilita dalle regole di conflitto che gli arbitri giudicheranno appropriate al caso”, tenendo però conto, al contempo, delle pattuizioni contrattuali e degli “usi del commercio”. La legge modello *Uncitral* all'art. 28 prevede che, in mancanza di volontà delle parti, gli arbitri applicheranno la norma di conflitto, ma dovranno prendere in esame anche “the usages of the trade applicable to the transaction”. L'art. 1511 *c.p.c.* francese prevede che “Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées”, oltre a dover tenere conto, “dans tous les cas, des usages du commerce”. Quanto alle fonti pattizie, ad esempio, l'art. 21 del regolamento *Icc* dispone che in assenza di una specifica determinazione delle parti, “il tribunale arbitrale applica le regole di diritto che ritiene appropriate”, tenendo comunque conto “delle eventuali disposizioni contrattuali convenute dalle parti e degli eventuali usi del commercio pertinenti”.

Accadrà spesso che gli arbitri debbano tener conto di ulteriori regole, rispetto alla *lex causae* strettamente intesa, per almeno tre motivi. In primo luogo, la scelta di una *lex causae* interna all'ordinamento europeo implica il rispetto delle sue regole e ciò, si noti, anche nell'ipotesi in cui la sede dell'arbitrato, cioè la *lex arbitri*, sia extraeuropea. In secondo luogo, è auspicabile (benché non obbligatorio) che gli arbitri tengano conto, oltre che della *lex causae* come sopra determinata, anche delle regole di ordine pubblico del giudice avanti al quale il lodo verrà presumibilmente impugnato o riconosciuto, al fine di scongiurare il rischio di un rifiuto di *exequatur* o di annullamento della decisione. In terzo luogo, si ritiene da molti che gli arbitri internazionali debbano sempre rispettare l'ordine pubblico c.d. transnazionale e le norme di applicazione necessaria che risulterebbero applicabili in difetto di arbitrato: per alcuni, addirittura, gli arbitri debbono sempre disapplicare la *lex causae*, anche se scelta dalle parti, quando sia contraria all'ordine pubblico internazionale o alle leggi di applicazione necessaria della *lex arbitri*.

Esempi. Se l'arbitrato ha sede negli Stati Uniti, ma la *lex causae* è quella italiana, gli arbitri dovranno applicare il diritto europeo, parte integrante di quello italiano. Se l'arbitrato ha sede di Italia e la *lex causae* è quella americana, occorrerà che gli arbitri tengano in debito conto l'“ordine pubblico europeo”, cioè le norme che esprimono i principi fondanti del sistema (ad es. la normativa *antitrust*): di esse, infatti, il giudice italiano dovrà parimenti tenere conto, in sede di eventuale impugnazione del lodo, ai sensi dell'art. 829, comma 3, c.p.c., con riguardo al controllo dell'ordine pubblico italiano (cfr. cap. XVI, par. 8).

12. La tutela cautelare in arbitrato.

Il rapporto fra arbitrato e tutela cautelare è particolarmente sofferto.

Non v'è dubbio che la scelta dell'arbitrato sia compatibile con la tutela cautelare: è principio universalmente accettato e confermato dalla convenzione di Ginevra del 1961, all'art. VI-4. La richiesta al giudice di un provvedimento cautelare non può pertanto costituire violazione o addirittura rinuncia alla convenzione arbitrale (diversamente, ad esempio, dalla richiesta di un pagamento provvisorio di somme di denaro, ritenuto dalla Corte di giustizia Ue, nel caso *Van Uden* sotto menzionato, non cautelare).

Tuttavia, l'art. 818 c.p.c. inibisce agli arbitri il potere di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge. Si suole tradizionalmente ricondurre il suddetto divieto alla carenza, in capo agli arbitri, di poteri coercitivi, ma l'assunto non mi convince, perché un lodo di condanna è dotato di forza coercitiva con un semplice e formale *placet* del giudice; lo stesso potrebbe valere, dunque, per tutti i provvedimenti che necessitano di una modifica della realtà materiale, compresi i cautelari.

Se si vuole dare una *ratio* all'art. 818, in attesa di una auspicata riforma, bisogna a mio avviso focalizzare il divieto non sull'esecutività, bensì sul contenuto dell'ordine. Se agli arbitri è inibito pronunciare provvedimenti che trovano nella necessità di intervenire sulla realtà concreta la loro funzione primaria ed ontologica, emerge un'ostilità verso forme private di tutela incentrate non sulla realtà giuridica bensì sul suo risultato pratico, consistente nell'adeguamento della realtà materiale. L'assunto mi pare dimostrato dall'eccezionale potere, concesso agli arbitri, di sospendere l'efficacia delle delibere assembleari delle società nel corso del processo di annullamento (art. 35, d.lgs. n. 5 del 2003): essi possono farlo per la caratteristica natura *self-executive* dell'inibitoria – un'esecutività che opera, cioè, esclusivamente sul piano giuridico (v. comunque *infra*).

Il divieto non è derogabile per volontà delle parti, anche tramite rinvio ad un regolamento arbitrale.

Se le parti conferiscono agli arbitri il potere di pronunciare provvedimenti cautelari, l'eventuale violazione potrà soltanto comportare il risarcimento del danno per inadempimento contrattuale. Più in generale, dal menzionato divieto non discende l'impossibilità per gli arbitri di ordinare alle parti un dato comportamento: più semplicemente, detti ordini non saranno assistiti dalla forza esecutiva, ma resteranno allo stato di raccomandazione ed invito, il cui inadempimento potrebbe essere valutabile, a seconda delle circostanze concrete e del regolamento processuale applicabile, come argomento di prova o ai fini delle spese. Vedrei più difficile l'ammissibilità di una misura di coercizione indiretta ai sensi dell'art. 614-bis, che presuppone una decisione di condanna eseguibile.

Una dottrina ha ritenuto di poter escludere l'istruzione preventiva dalla dizione "cautelari" a cui fa riferimento l'art. 818, in virtù delle sue specificità: tuttavia, a me sembra che, a seguito delle affermazioni della Corte costituzionale circa la natura cautelare di questo provvedimento (28 gennaio 2010, n. 26), la tesi sia oggi difficilmente sostenibile.

Nel contenzioso societario, si diceva, l'art. 35, d.lgs. n. 5 del 2003 abilita ecce-

zionalmente gli arbitri a sospendere gli effetti della deliberazione assembleare di una società impugnata davanti a loro.

Non riterrei, come pure è stato sostenuto, che la norma sia analogicamente applicabile alle decisioni di tutti i gruppi organizzati, quali associazioni, federazioni sportive, fondazioni ecc.; o addirittura a tutti i casi di inibitoria *self-executive*, come la cautela in materia di concorrenza sleale. Vi osta infatti il regime di regolazione stabilito dall'art. 818 cit., dal quale si desume la tassatività del caso regolato dall'art. 35 cit.

L'ordinanza non è reclamabile, ma sicuramente modificabile o revocabile. Per effetto dell'art. 4 d.lgs. n. 37 del 2004, è opportunamente prevista l'iscrizione del dispositivo del provvedimento di sospensione nel registro delle imprese, a cura degli amministratori, per la pubblicità necessaria ad evitare il consolidamento degli effetti della delibera in capo ai terzi. Potrebbe immaginarsi finanche il corredo di una misura di coercizione indiretta, se utile a garantire l'inibitoria, a condizione che se ne ammetta l'ammissibilità in arbitrato e che essa sia applicabile ai provvedimenti cautelari.

La cautela può essere richiesta soltanto unitamente all'impugnazione della delibera e non prima; pertanto, in caso di particolare urgenza, quando il procedimento arbitrale non sia ancora pendente, si potrà (benché la soluzione sia discussa) richiedere al giudice un provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*

Quando l'istanza è accoppiata alla domanda d'arbitrato, poiché gli arbitri possono pronunciarsi sull'istanza cautelare solo dopo aver accettato, è riconosciuta la possibilità di rivolgersi al giudice statale fino a quel momento, nonostante la pendenza della lite arbitrale. Tuttavia, alcuni regolamenti, come quello della Camera arbitrale di Milano, prevedono il c.d. arbitro d'urgenza, cioè la possibilità di richiedere all'ente la designazione di un apposito organo arbitrale, deputato a provvedere immediatamente sull'istanza cautelare, evitando così il ricorso al giudice. L'art. 44 Cam ha addirittura previsto una speciale procedura *inaudita altera parte*, che vedrei però difficilmente compatibile con l'obbligo del contraddittorio *ex art. 816-bis*. Resta inteso che l'arbitro d'urgenza non potrà assumere la veste di arbitro del merito.

È da ritenere che un provvedimento cautelare pronunciato da arbitri stranieri non sia eseguibile nel territorio italiano, dato per presupposto che il divieto appartenga all'ordine pubblico. Tuttavia, non vale il contrario e, pertanto, non si può escludere che una cautela pronunciata da arbitri con sede in Italia possa essere eseguita all'estero. In proposito, si discute se la convenzione di New York si

applichi al riconoscimento delle misure cautelari estere, ricomprendendole all'interno della categoria dei lodi non definitivi; la legge modello *Uncitral*, art. 17 H e L, comunque, supplisce, introducendo un apposito sistema di riconoscimento, strutturato in maniera analoga a quello della convenzione, con motivi di rifiuto *ex parte* e d'ufficio.

13. Segue: Il raccordo fra processo arbitrale e tutela cautelare giudiziale.

Ai sensi dell'art. 669-*quinquies* c.p.c., incaricato di emettere la misura cautelare è il giudice che sarebbe stato competente per il merito e la norma si applica anche all'accertamento tecnico preventivo, come correttamente stabilito dalla Corte costituzionale del 28 gennaio 2010, n. 26, mentre per la testimonianza a futura memoria la questione non è espressamente risolta. Quando l'arbitrato abbia sede all'estero, si dovrà avere riguardo al luogo di esecuzione, in applicazione dell'art. 669-*ter*.

Quanto al raccordo, occorre distinguere a seconda che la misura cautelare abbia natura anticipatoria o conservativa, ovvero che sia richiesta prima o nel corso del procedimento arbitrale.

Infatti, se la parte ottiene un provvedimento cautelare di natura anticipatoria *ante causam*, non ha l'obbligo di iniziare il procedimento arbitrale, spettando se mai al soccombente prendere l'iniziativa per porre nel nulla la misura d'urgenza (lo si deduce dal combinato disposto degli artt. 669-*octies* e 669-*novies*, secondo l'esegesi più ragionevole).

Se il provvedimento è conservativo, invece, grava sulla parte vittoriosa l'onere di conservarne gli effetti, notificando la domanda d'arbitrato entro il termine prescritto del giudice (non oltre sessanta giorni ai sensi dell'art. 669-*octies*), pena l'inefficacia del cautelare (art. 669-*novies*, comma 1). Una volta instaurato l'arbitrato, il giudice conserva il potere di decidere sul reclamo, di dichiarare l'inefficacia, la revoca o la modifica della misura, nonché di curare la sua attuazione; per la verità, il riferimento dell'art. 669-*duodecies* c.p.c. al "giudizio di merito" in ordine a questioni residuali sembrerebbe aprire il varco a poteri arbitrali, che, però, sarebbero insanabilmente in contrasto con il secco dettato dell'art. 818.

Qualora il procedimento arbitrale termini senza la pronuncia del lodo, oppure si concluda con un lodo di mero rito, il provvedimento cautelare anticipatorio

continua a produrre i suoi effetti, mentre quello conservativo diviene inefficace (art. 669-*novies*, comma 1 richiamato dal comma 4).

Se invece sia pronunciato un lodo di merito, quest'ultimo, ancorché impugnabile, priva di efficacia il provvedimento cautelare quando dichiari inesistente il diritto cautelato (art. 669-*novies*, ult. c., c.p.c.): il giudice del cautelare dovrà dunque dichiarare l'inefficacia del provvedimento interinale ai sensi dell'art. 669-*novies*, comma 2.

La sostituzione opera a maggior ragione nel caso in cui gli arbitri abbiano accertato la sussistenza del diritto. L'art. 669-*novies* c.p.c. richiede che il vittorioso nella fase cautelare domandi l'*exequatur* del lodo nei termini eventualmente previsti a pena di decadenza dalla legge: tuttavia, poiché non è più stabilito alcun termine, quest'ultima disposizione rimane sostanzialmente inapplicata. Va aggiunto che, sempre in ipotesi di lodo accertativo del diritto cautelato, il provvedimento urgente rimane efficace finché la pronuncia degli arbitri non sia resa esecutiva, perché, in caso contrario, si determinerebbe un vuoto di tutela nelle more del procedimento di *exequatur*.

Con riguardo al sequestro, invece, occorre rispettare l'art. 156-*bis* disp. att. c.p.c., secondo cui la parte vittoriosa è tenuta a fare domanda di esecutorietà del lodo entro sessanta giorni dalla sua comunicazione, pena l'immediata inefficacia della cautela.

14. La tutela “sommatoria” e “speciale” in arbitrato (l'ingiunzione di pagamento).

È utile chiedersi quale sia il rapporto fra arbitrato e forme procedurali caratterizzate da specialità rispetto al processo ordinario di cognizione e la risposta sta nella funzione che ciascun procedimento speciale svolge nel sistema della giustizia statale.

Sotto le generiche accezioni di “specialità” e “sommarietà”, infatti, sono accomunati riti profondamente eterogenei. Ve ne sono alcuni con funzione e struttura cognitoria, finalizzata cioè all'accertamento dei diritti ed altri con funzione non cognitoria, tesi al mero ottenimento di un titolo esecutivo o comunque all'attuazione materiale dei diritti; sommarietà, poi, può significare un accertamento dei fatti superficiale o parziale (cognizione sommatoria), oppure, più semplicemente, una particolare informalità del procedimento, che nulla toglie alla cognizione approfondita (cognizione piena a forme sommarie).

Esempi. Provvedimenti quali il decreto ingiuntivo o la convalida di sfratto consentono di procurarsi un accertamento esecutivo in tempi brevi, tramite il diverso atteggiarsi del contraddittorio. Il procedimento sommario *ex art. 702-bis c.p.c.* tende ad un pieno accertamento, attraverso forme processuali semplificate. L'ordinanza interinale di condanna per somme non contestate (*art. 186-bis c.p.c.*) procura un titolo esecutivo senza accertamento, che può sopravvivere all'estinzione del processo, ma soccombe alla pronuncia della sentenza. Possono altresì darsi forme sommarie di cognizione che sfociano in un accertamento potenzialmente idoneo al giudicato, nel qual caso si pongono gravi problemi di costituzionalità (v. per esempio l'utilizzo di forme camerali per l'accertamento dei diritti). Possono darsi infine forme di accertamento sommario non idoneo al giudicato.

Le questioni che si pongono in arbitrato sono principalmente due.

a) La prima è se, in presenza di una convenzione arbitrale, sia lecito rivolgersi al giudice statale per ottenere una tutela "speciale".

Quando il procedimento implica l'esercizio dell'azione giudiziale, la sua esperibilità va esclusa. Pertanto, il procedimento di ingiunzione deve ritenersi inammissibile, avendo le parti scelto l'arbitrato: è vero che la giurisprudenza tende a ritenere lecita la richiesta del decreto nella fase *inaudita altera parte* (Cass, 4 marzo 2011, n. 5265 [8]), ma poi legittima il debitore a sollevare l'eccezione di arbitrato rituale in sede di opposizione, con la conseguenza che il decreto verrà dichiarato inammissibile. Per le stesse ragioni dovrà ritenersi escluso il ricorso alla procedura di convalida di sfratto, valendo anche in questo caso l'onere di opposizione del conduttore. Non potranno essere esperiti neppure il procedimento sommario *ex art. 702-bis c.p.c.* ed il rito camerale su diritti.

Se invece il provvedimento non abbia effetti accertativi idonei al giudicato, il ricorso al giudice va escluso quando vi sia una inscindibile connessione con il processo di merito, non regolata dalla legge in caso di arbitrato: ad esempio, l'ordinanza post-istruttoria *186-quater* non potrebbe mai trasformarsi in sentenza, e lo stesso vale per l'ordinanza-ingiunzione dell'*art. 186-ter c.p.c.* Soluzione opposta vale con riguardo alla consulenza tecnica conciliativa *ex art. 696-bis c.p.c.* di natura non cautelare, che potrà essere richiesta al giudice nonostante il patto d'arbitrato.

b) La seconda questione è se gli arbitri possano emettere provvedimenti speciali o sommari, una volta constatata l'inammissibilità del ricorso al giudice. A mio parere, la questione è mal posta, se si parte dall'idea, da me condivisa, che vede

l'arbitrato collocarsi in una sfera diversa da quella della giustizia statuale: non si può ragionare in termini di mera trasposizione degli strumenti valevoli davanti al giudice, ma si deve valutare quali siano le forme procedimentali più efficienti in arbitrato, senza alcun condizionamento.

Quando il legislatore appresta tutele sommarie (intese nel senso di informali) per l'accertamento dei diritti davanti al giudice, l'arbitrato rovescia la prospettiva: l'informalità, la flessibilità della cognizione istruttoria, nonché l'adattamento del contraddittorio a forme meno rigide benché sufficientemente garantistiche sono già sue tipiche caratteristiche. Non vi è dunque, in arbitrato, la rigida contrapposizione fra processo ordinario e processi speciali o sommari: vi è un solo contenitore, adattabile e flessibile ad ogni esigenza. Una volta sorta la lite, sono a disposizione mille e più combinazioni procedimentali per ottenere la migliore qualità dell'accertamento.

Altra è la questione se le parti possano imporre agli arbitri una cognizione sommaria, parziale o superficiale: ne ho già detto al par. 5.

Per quanto riguarda, invece, i provvedimenti senza accertamento o a funzione meramente esecutiva, alla loro ammissibilità osta, prima di tutto, l'art. 818, ove lo si interpreti nel senso già visto al par. 12. Vi sono poi ulteriori difficoltà, quanto alla forma del provvedimento perché, per un verso, l'ordinanza non è eseguibile e, dunque, non servirebbe all'uso; per altro verso, il lodo non definitivo, oltre che essere equiparato ad una sentenza, è destinato alla soluzione di questioni preliminari o pregiudiziali di rito o di merito suscettibili di definire il giudizio, secondo l'interpretazione che ritengo preferibile (cap. XV, par. 10).

Esempio. Non ci si deve chiedere se gli arbitri possano emettere un decreto ingiuntivo, bensì se possano pronunciare un provvedimento condannatorio *inaudita altera parte*, con contraddittorio differito. È vero che l'art. 816-*bis* richiede che gli arbitri concedano equivalenti e adeguate possibilità di difesa, ma non è vietato per ciò solo organizzare la difesa in un modo diverso da quello usuale. Tuttavia, il provvedimento dovrebbe assumere le forme previste dall'art. 816-*bis* cit., cioè l'ordinanza (che non potrebbe essere eseguibile, dunque sarebbe priva di ogni tutela) mentre il lodo, essendo emesso senza contraddittorio, sarebbe invalido (non mi parrebbe cioè sufficiente la presa d'atto della mancata opposizione dell'ingiunto contro il lodo).

Sentenze



1. Cassazione civile sez. I, 04/05/2011, n. 9761
2. Cassazione civile sez. I, 21/02/2019, n. 5243
3. Cassazione civile sez. I, 07/09/2020, n. 18600
4. Cassazione civile sez. I, 26/09/2007, n. 19949
5. Cassazione civile sez. II, 26/09/2018, n. 22994
6. Cassazione civile sez. I, 21/02/2019, n. 5243
7. Cassazione civile sez. II, 26/05/2004, n. 10141
8. Cassazione civile sez. II, 04/03/2011, n. 5265

Bibliografia essenziale



CAPITOLO XII

L'ISTRUZIONE PROBATORIA

1. Le regole applicabili nell'istruttoria arbitrale: considerazioni generali.

Le fonti già delineate per la determinazione delle regole del processo arbitrale valgono anche per l'istruzione probatoria, con le precisazioni che seguono.

A differenza del processo civile, caratterizzato da un'ampia e dettagliata disciplina delle prove, la fase istruttoria è regolata da una sola disposizione, l'art. 816-*ter* c.p.c.: norma che in parte conferma, in parte deroga ad alcune regole vigenti davanti al giudice.

Vi sono, dunque, due interrogativi a cui rispondere: in primo luogo, se le vaste lacune della disposizione debbano essere riempite con le norme sulle prove contenute nel codice civile e nel codice di procedura civile per il processo statale. In secondo luogo, se le stesse previsioni dell'art. 816-*ter* siano derogabili.

Iniziamo con due osservazioni di base: in primo luogo, nessuna norma estende espressamente all'arbitrato le regole probatorie che vigono nel processo civile; in secondo luogo, poiché l'art. 816-*bis* conferisce alle parti il potere di determinare le "regole del procedimento" nonché quello di stabilire le nullità processuali, e questa norma si riferisce a tutte le fasi del processo compresa l'istruttoria, non può essere esclusa l'autonomia regolamentare, finanche in deroga allo stesso art. 816-*ter*.

Ciononostante, la letteratura italiana mostra una inversione di tendenza: se sulle modalità di svolgimento del procedimento arbitrale nel suo complesso gli interpreti incoraggiano l'autonomia regolamentare, sulle prove si fa un passo

indietro e si guarda con sfavore la deroga al sistema statuale, specie nell'arbitrato domestico.

Si adducono due principali argomenti: l'interesse pubblico che sta alla base della disciplina istruttoria e la natura delle relative norme. Poiché, infatti, quelle che regolano l'ammissibilità e l'efficacia delle prove, contenute nel codice civile, avrebbero natura sostanziale e non processuale (a differenza di quelle sull'assunzione dei mezzi istruttori), gli arbitri vi sarebbero vincolati, in quanto tenuti a decidere secondo la *lex causae* determinata dalle parti.

Benché la tesi sia maggioritaria, non mi convince per due motivi.

In primo luogo, l'interesse pubblico non significa per forza rigorosa applicazione della legge, ma, piuttosto, riconoscimento di un giusto e limitato spazio di autonomia negoziale che permetta la realizzazione della funzione a cui gli arbitri sono chiamati: l'accertamento dei (fatti e dunque dei) diritti nel contraddittorio delle parti con una decisione che ha effetti di sentenza. Ne consegue che, per costruire la disciplina istruttoria in arbitrato, occorre unicamente verificare se una data modalità probatoria importi violazione dell'ordine pubblico processuale "arbitrale" (cfr. cap. XI, par. 1 ss.) e impedisca la realizzazione della funzione sopraddetta, a prescindere dal fatto che essa sia o no ammessa davanti al giudice.

In secondo luogo, la distinzione fondata sulla natura sostanziale e processuale delle regole sulle prove non trova un supporto normativo solido e rischia di portare ad un vicolo cieco, perché non è sempre possibile tenere nettamente separati il diritto soggettivo dal processo che lo accerta: ad esempio, le norme di ammissibilità regolano allo stesso tempo l'introduzione della prova nel processo. Il regime probatorio, come giustamente notato, forma un *corpus* unico, per cui ritengo preferibile ragionare in termini di unità e fondare la costruzione di un sistema probatorio arbitrale senza fare ricorso a categorizzazioni astratte. Ne dirò nel prossimo par., dopo aver fatto alcune precisazioni sull'arbitrato internazionale.

2. Segue: specificità dell'arbitrato internazionale e conclusioni.

Nell'arbitrato internazionale i profili sopra menzionati si ripropongono e si amplificano.

Infatti, la scelta delle regole istruttorie può condurre a risultati sensibilmente diversi, specie quando si contrappongono ordinamenti di *civil law* e *common law*: se, ad esempio, le parti hanno deciso di utilizzare il sistema probatorio inglese,

troveranno applicazione le *rules of evidence*, che prevedono forme di testimonianza scritta, la *cross examination*, i c.d. testimoni esperti, nonché peculiari modalità di esibizione dei documenti, tutte regole diverse dal sistema italiano.

Diviene dunque ancora più importante capire quale sia il criterio per individuare il sistema di regole applicabile alla fase istruttoria dell'arbitrato, se cioè si debba avere riguardo alla *lex causae* oppure alla *lex arbitri*. Purtroppo, però, non vi sono regole uniformi e certe, ma variano a seconda dell'ordinamento dalla cui prospettiva ci si pone. A complicare la situazione sta il già visto dibattito circa la natura sostanziale o processuale delle norme probatorie, sicché si pone l'ulteriore dubbio se esse debbano essere trattate in parte dalla *lex arbitri* ed in parte dalla *lex causae*, con tutte le incertezze che ne conseguono sulla qualificazione di ogni singola disposizione.

Esempio. Se si ritenga che, per determinare la disciplina applicabile all'istruttoria di un arbitrato avente sede in Italia, con legge di merito tedesca, si debba fare riferimento alla *lex arbitri*, si dovrà avere riguardo alle regole probatorie del codice civile italiano, quanto all'ammissibilità dei mezzi istruttori; dunque la testimonianza non sarà ammessa sul contratto che debba avere la forma scritta *ad substantiam*: forma da verificarsi, però, alla luce della legge tedesca.

Per questi motivi, la prassi internazionale va sempre più verso un progressivo distacco dalle regole nazionali, cercando di rendersi autosufficiente rispetto alla *lex causae* e alla *lex arbitri*. Il distacco si realizza attraverso alcuni accorgimenti:

- raccolte di “usi istruttori” che possano portare all'adozione di regole standardizzate (c.d. *lex mercatoria arbitralis*): le *Iba rules on taking of evidence in international arbitration* (riviste nel 2020) sono probabilmente le più note e tendono alla creazione di un *trunc commun* di regole probatorie internazionali, come efficacemente notato da una dottrina francese;

- predisposizione di regolamenti arbitrali il più possibile autosufficienti, che contengano la disciplina nel dettaglio, o al contrario, lascino ampio spazio all'autodeterminazione delle parti e soprattutto degli arbitri a procedimento già iniziato (v. ad esempio, le *Uncitral rules*, che all'art. 27 dettano specifiche regole sull'oneri della prova e sui singoli mezzi istruttori);

- incentivo alla collaborazione nella determinazione delle regole fra parti ed arbitri, attraverso la previsione di sessioni a ciò dedicate, all'inizio del procedimento, o al bisogno (cfr. art. 2 *Iba rules*); come autorevolmente notato, si scorre dalle fonti convenzionali lo sforzo di coordinare il valore della flessibilità con

quello della correttezza, attraverso il ricorso al metodo collaborativo e fermo il costante rispetto del principio del contraddittorio.

Esempi. 1. *Non contestazione.* Come si dirà al par. 3, il principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c. realizza, secondo molti, un'inversione dell'onere della prova: tuttavia si pone il dubbio se detta inversione rientri nelle regole sostanziali sul riparto probatorio, oppure nelle regole processuali atte a dare rilievo al comportamento delle parti nella difesa. Nel primo caso, ove la *lex causae* fosse diversa da quella italiana, l'art. 115 non potrebbe applicarsi ed occorrerebbe verificare quale sia la soluzione dell'ordinamento di riferimento: peraltro, la questione potrebbe essere superata ritenendo che la correlazione non contestazione-assenza di onere probatorio rappresenti, per così dire, una massima di esperienza, applicabile dagli arbitri internazionali a prescindere dal sistema normativo di riferimento, come *lex mercatoria* processuale. 2. *Segreto.* Uno dei temi più delicati in fase istruttoria è il *privilege*, cioè la materia del segreto professionale. È sicuramente un aspetto appartenente al diritto alla prova, ma il suo contenuto varia sensibilmente a seconda dell'ordinamento di riferimento (ad esempio se si applichi solo agli avvocati del libero foro, o ai legali interni alle società e così via), sicché il modo migliore per tutelare le parti provenienti da diversi ordinamenti è l'adozione di regole uniformi e non variabili a seconda della sede dell'arbitrato, della legge applicabile alle prove, del luogo dove si è formato il documento, del luogo di provenienza delle parti. Diviene allora indispensabile il ricorso alla *soft law* (v. per es. l'art. 9 della *Iba Rules*) o a criteri quali la "comune aspettativa" delle parti all'atto della formazione del documento o nel momento in cui si è verificato il fatto da provare.

Occorre però capire fino a che punto le parti o gli arbitri siano liberi di derogare all'ordinamento di nazionalità dell'arbitrato o alla legge applicabile al merito della lite, con riguardo alle prove. È infatti ragionevole ritenere che, ove una regola istruttoria si ponga in contrasto con una disposizione di ordine pubblico sostanziale o processuale dell'ordinamento nel quale il lodo verrà impugnato o riconosciuto, non sia conveniente adottarla.

Ci si domanda, ad esempio, se, in un arbitrato internazionale con sede in Italia, il richiamo alle *rules of evidence* di un sistema di *common law* sia compatibile con l'applicazione della legge italiana: ragionando dalla prospettiva del nostro ordinamento, infatti, non è facile trovare uno spazio normativo agli "usi arbitrali" al di fuori del legittimo ambito di discrezionalità che le parti e gli arbitri hanno nel regolare il loro procedimento e che si esaminerà nei paragrafi a venire.

Torna dunque il dilemma già affrontato nel capitolo precedente, a proposito delle regole applicabili al procedimento arbitrale: quando cioè una norma probatoria sia da ritenersi inderogabile dalle parti (di norme inderogabili parla, ad esempio, il regolamento Camera arbitrale di Milano all'art. 25).

Un possibile criterio, prospettato in dottrina, è il collegamento con i motivi di annullamento del lodo: l'obbligo di applicare una norma probatoria sarebbe realmente efficace soltanto quando la sua violazione determini la nullità della decisione arbitrale; in caso contrario, detta violazione resterebbe senza sanzione.

L'assunto è sicuramente ragionevole, ma, volendo proseguire nell'impostazione di metodo già proposta nel precedente capitolo (par. 1), vorrei cambiare prospettiva, partendo dai punti fermi già delineati ed adattandoli alle specificità della fase istruttoria. Riterrei dunque quanto segue, con riguardo all'arbitrato sia interno sia internazionale.

La legge disciplina l'istruttoria in arbitrato con una sola norma. I vuoti lasciati dall'art. 816-*bis* vanno riempiti non con un automatico richiamo alle regole vigenti davanti al giudice, bensì valutando caso per caso, a seconda che siano le parti o gli arbitri a determinarle. Le parti potranno dettare le proprie regole, finanche in deroga all'art. 816-*bis* e alle regole vigenti davanti al giudice, purché restino nei limiti già visti: esegesi delle regole pattizie secondo buona fede e loro adeguamento ai principi fondamentali del “giusto processo arbitrale”. Gli arbitri, invece, usufruiscono di un potere suppletivo e più limitato, secondo il criterio che ho definito di “flessibilità ragionevole”. Ciò non significa che la disciplina giudiziale sulle prove non abbia alcun rilievo: essa va tenuta in conto come modello con il quale occorre confrontarsi in ogni attività di giudizio su diritti soggettivi, estrapolando le *rationes* poste alla base dei relativi istituti.

Vediamo ora le applicazioni concrete di quanto ho qui prospettato.

3. Principi generali sulle prove (onere della prova e non contestazione, principio dispositivo); classificazione (tipicità, illiceità).

Esamino di seguito i punti chiave della disciplina delle prove, lasciando ai prossimi paragrafi l'analisi dei singoli messi di prova.

a) *L'onere della prova*. La doppia regola emergente dall'art. 2697 c.c., quella soggettiva riguardante il riparto della prova fra attore e convenuto (fatti costitutivi al

primo, fatti impeditivi estintivi o modificativi al secondo) e quella oggettiva, cioè il canone in base al quale l'attore che non prova soccombe, è da considerarsi principio fondamentale di generalizzata applicazione, come dimostra il regolamento Ue n. 593/08 sulle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I). La norma deve perciò valere anche in arbitrato.

Vi è correlato il principio di acquisizione, in base al quale la parte può avvalersi della prova dedotta dall'altra.

È ammissibile in arbitrato un patto derogatorio dell'onere della prova? Riterrai di sì, ma nei limiti dell'art. 2698 c.c., cioè a condizione che il patto non renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto. La norma contiene infatti un precetto suscettibile di applicazione più vasta, un criterio ispiratore utile, a mio avviso, per ogni disposizione negoziale riguardante i mezzi probatori. La verifica dovrà essere effettuata non in astratto, ma sulla base delle caratteristiche del caso concreto e della qualità delle parti.

Esempi. Uno stesso patto potrebbe essere valido od invalido a seconda delle caratteristiche oggettive e soggettive della lite. Ad esempio, le parti potrebbero giustificare un diverso riparto a causa di particolari difficoltà, per una delle parti, di accedere ad una data prova. Oppure, la provenienza delle parti da ordinamenti diversi potrebbe indurle a negoziare un regime probatorio diverso da quello della legge applicabile, ma in grado di soddisfare entrambe. La disposizione negoziale può essere motivata dai fatti che hanno portato alla lite: ad esempio se le parti abbiano voluto rendere irrilevante una fase delle loro trattative o dei loro rapporti, o ritengano ragionevole un patto derogatorio, per la particolare affidabilità di determinate prove. Il patto sarà invece nullo, ad esempio, quando sia stato fatto al solo scopo di nuocere all'altra parte.

b) L'accertamento senza prova: non contestazione, fatti noti, massime di esperienza e scienza privata. La regola secondo cui è esente da prova il fatto non specificatamente contestato si applica in arbitrato, in quanto espressione di una ragionevole massima di esperienza, secondo cui l'affermazione non contestata non abbisogna di prove secondo principio di proporzionalità. Se ciò è vero, l'applicazione del principio in arbitrato prescinde dal richiamo diretto all'art. 115 c.p.c. (dunque, in difetto di previsione delle parti, gli arbitri potrebbero anche derogarvi, ove ciò fosse più ragionevole).

Che l'assenza della parte non equivalga a non contestazione risponde a mio

avviso ad una altrettanto ragionevole massima di esperienza (v. art. 30 delle *Uncitral rules* e cap. XI, par. 4).

La prassi internazionale si mostra favorevole al principio di non contestazione. Anzi, è assai conveniente pervenire il prima possibile ad un elenco di fatti non contestati condiviso fra le parti (cfr. l'art. 21 del regolamento *Icsid*), ed è altresì auspicabile che gli arbitri, nel rilevare la non contestazione, interpellino le parti nei casi dubbi: sono applicazioni concrete del principio di collaborazione, consigliabili perché utili ad evitare fraintendimenti e contestazioni tardive. Molto utile, anche ai fini dell'ammissibilità delle prove testimoniali, è la compilazione, ad opera delle parti, di tabelle predisposte dagli arbitri con l'elenco dei fatti di cui va indicata l'eventuale contestazione totale o parziale.

Escluderei che la contestazione debba avvenire a pena di decadenza nella prima difesa successiva all'allegazione (cap. XI, par. 7), ma occorre pur sempre consentire all'altra parte di difendersi deducendo eventuali mezzi di prova, per cui, se il processo fosse già ad uno stadio troppo avanzato, gli arbitri potrebbero, a mio avviso, non tener conto della contestazione tardiva.

Veniamo ora al ruolo dei fatti notori, – fatti, cioè, che non abbisognano di prova in quanto rientrano nella comune esperienza –, delle massime di esperienza – massime o regole che il giudice utilizza per compiere una inferenza probatoria in sede di valutazione delle prove – e della scienza privata in arbitrato.

Innanzitutto, vale anche in arbitrato il brocardo *quod non est in actis non est de hoc mundo*, in quanto connaturato al corretto esplicitarsi del contraddittorio e al rispetto della terzietà del giudice: gli arbitri non possono dunque fare uso della scienza privata, cioè della conoscenza ch'essi abbiano acquisito “privatamente” su circostanze della specifica lite loro devoluta e, nel dubbio, debbono astenersi dall'incarico.

Ciò detto, occorre tenere presente che l'arbitro, a differenza del giudice, viene individuato a disputa già sorta, magari proprio in virtù delle competenze acquisite sulla materia oggetto della lite. Pertanto, in arbitrato, i fatti notori e le massime di esperienza trovano un più ampio spazio di manovra: la “comune” esperienza, che deve contraddistinguere i poteri del giudice, può infatti essere intesa come “specifica” esperienza dell'arbitro senza che ciò sconfini nella scienza privata. Pertanto, da un lato, di fatto notorio potrà parlarsi anche quando si tratti di un fatto noto solo ad un determinato gruppo, anche ristretto, di addetti ai lavori; d'altro lato è possibile che l'arbitro faccia uso di massime di esperienza note al detto gruppo e non al buon padre di famiglia “generalista”.

Rimane però un limite invalicabile (e lo si vedrà anche quando si parlerà della consulenza tecnica): l'arbitro deve sempre sottoporre le proprie specifiche conoscenze al contraddittorio delle parti.

c) *La ricerca della prova da parte dell'arbitro*. Annosa *querelle* è se l'arbitro sia vincolato all'iniziativa di parte nell'offerta delle prove negli stessi limiti che valgono per il giudice ai sensi dell'art. 115 c.p.c., oppure sia dotato di iniziativa probatoria officiosa.

Al di là dei *pro* e dei *contra* di ciascuna delle due soluzioni, bisogna partire ancora una volta dal fatto che la legge non sancisce l'obbligo del principio dispositivo delle prove in arbitrato, sicché non vi è ostacolo normativo all'ammissibilità della ricerca officiosa delle prove.

Uno sguardo alla prassi internazionale dà preziosi spunti al riguardo. Se emergono chiari segni in favore della derogabilità del principio dispositivo (si vedano ad esempio le regole *Icc* o l'art. 22.1 del regolamento *Lcia*), allo stesso tempo si evidenzia uno scarso ricorso degli arbitri a questi poteri, limitati per lo più all'ammissione di testi a cui, magari, si siano riferite le parti od altri testi, o alla produzione di documenti indispensabili (caso a sé è l'arbitrato sugli investimenti).

Tenendo presente tutti questi elementi, mi sembra, prima di tutto, che alle parti debba esser data la libertà di stabilire quale criterio di ricerca delle prove preferiscano.

In mancanza, gli arbitri potranno disporre prove d'ufficio con le cautele già viste più in generale: esplicitazione in anticipo della facoltà di ricorrere ad iniziative d'ufficio (prevedibilità); al sorgere della necessità, attenzione a preservare la propria imparzialità esplicitando la ragione dell'iniziativa; appropriatezza dell'intervento rispetto allo scopo (proporzionalità); intento collaborativo, con la presentazione dell'iniziativa come "proposta" da confermare a seguito di dibattito. Ovviamente, poi, dovranno dare modo alle parti di interloquire e di dedurre eventuali prove contrarie.

Dalla ricerca delle prove (istruzione secondaria) deve rimanere distinta la ricerca dei fatti (istruzione primaria). L'onere di allegazione resta in capo alle parti, ma può accadere che insieme alle prove vengano alla luce anche nuovi fatti: ad esempio, nella consulenza tecnica percipiente (cioè la consulenza diretta a provare fatti altrimenti non dimostrabili), non è infrequente che il consulente scopra nuovi fatti che la parte non era in grado di conoscere se non con l'ausilio di un perito. Sarà essenziale, in questi casi, il rispetto del contraddittorio.

d) *Classificazione delle prove (tipicità/atipicità/illiceità)*. L'art. 816-ter contiene una

lista di prove non coincidente con quella dettata per il processo statuale, sia per eccesso che per difetto.

Da un lato non menziona prove come il documento proveniente dall'altra parte, il documento informatico, il giuramento, la confessione; d'altro lato, sono previste modalità di assunzione delle prove nominate diverse da quelle del processo statuale (penso alla testimonianza scritta al di fuori dell'accordo delle parti). Inoltre, la norma non vieta espressamente alcun mezzo di prova, né prevede l'inammissibilità di determinate modalità di assunzione.

Ragionando, dunque, senza preconcetti derivanti dalla disciplina vigente nel processo statuale, propongo una classificazione diversa da quelle che si trovano di regola nelle trattazioni della materia: prove previste dall'art. 816-*bis* (che definirò dunque "tipiche") e prove non previste dall'art. 816-*bis* (che definirò dunque "atipiche").

d1) Partendo dai mezzi di prova elencati all'art. 816-*bis* (ad esempio la prova testimoniale), si pongono due questioni. In primo luogo, se valgano i limiti di ammissibilità previsti nel processo statuale e non ripresi dalla norma citata (per esempio i limiti di ammissibilità oggettivi e soggettivi della prova testimoniale). In secondo luogo, se le parti o gli arbitri possano adottare modalità di assunzione diverse da quelle previste dal già citato art. 816-*bis*, *in primis*, e dalla disciplina vigente davanti al giudice, *in secundis* (per esempio, se possano disporre una testimonianza scritta, con successiva deposizione orale in caso di richiesta di una delle parti).

Le questioni verranno affrontate nel par. 4 rispettivamente *sub a)* e *sub b)*: qui mi limito a richiamare quanto già detto all'inizio di questo capitolo, cioè che vi sono spazi di autodeterminazione delle parti fin tanto che non siano violati precetti del giusto processo arbitrale, mentre gli arbitri potranno muoversi unicamente entro i confini della "flessibilità ragionevole".

d2) Quanto ai mezzi di prova non elencati dall'art. 816-*bis* occorre prima di tutto chiedersi se siano ammissibili.

Per rispondere, vanno distinte le prove "davvero" atipiche, cioè non previste neppure nel processo statuale (ad esempio il documento proveniente dal terzo), da quelle che, per contro, trovano davanti al giudice una compiuta disciplina (ad esempio il documento proveniente dall'altra parte).

Per quanto attiene alle prime, la risposta è presto detta: davanti all'arbitro, così come davanti al giudice, le prove atipiche vanno ritenute di regola ammissibili, pur dovendosi soppesare attentamente la loro efficacia probatoria. Il confine è rappresentato dalla prova illecita.

Se, invece, la prova non prevista dall'art. 816-*bis* è regolata nel processo giudi-

ziale, si ripropongono le questioni già viste nel punto precedente circa la possibilità, per le parti e per gli arbitri, di autodeterminarsi anche in deroga alla disciplina di legge: rinvio al prossimo paragrafo.

Non è superfluo precisare che fra le prove non previste dall'art. 816-*bis* ma sicuramente ammissibili rientra il regime delle presunzioni semplici, cioè le inferenze probatorie che permettono di risalire da un fatto noto ad un fatto ignoto sulla base di una o più massime di esperienza.

4. Ammissibilità e rilevanza, modalità di assunzione ed efficacia delle prove in generale.

Ed ora vediamo più da vicino i tre passaggi tipici dell'attività istruttoria: ammissione, assunzione e valutazione.

a) Rilevanza ed ammissibilità dei mezzi di prova. Gli arbitri sono tenuti a valutare le istanze probatorie in termini di ammissibilità e rilevanza?

Per rispondere occorre capire a quali *rationes* rispondano detti limiti.

La prova irrilevante non può essere ammessa perché viola il principio di proporzionalità: spendere tempi, costi ed attività per un risultato inutile sarebbe contrario a detto principio. In quest'ottica, ad esempio, va inquadrato il potere degli arbitri di ridurre la lista testi.

Più delicata è, invece, la questione dei limiti di ammissibilità.

Chi propende per una posizione rigorosa tiene fermi i divieti previsti dalla legge, assumendone la natura inderogabile – inderogabilità, però, in certo qual senso smentita dallo stesso legislatore nel rito del lavoro.

Una diversa impostazione, imperniata sulla libertà delle parti e degli arbitri di fissare le regole del processo, porta all'opposta soluzione, spostando il controllo in sede di valutazione della prova.

Di fronte a queste difficoltà, si deve fare una scelta di campo e io partirei da due presupposti. Da un lato, la disciplina arbitrale mette al centro la libertà di determinazione delle regole, per cui, nel dubbio, va privilegiata una esegesi rispettosa di questo canone. Dall'altro, la categoria dell'inammissibilità non ha una *ratio* unitaria, ma contiene casi eterogenei: talvolta sono inammissibilità derivanti da regole sostanziali di validità di determinati atti o negozi; talvolta ineriscono a questioni di attendibilità della prova; altre volte traggono motivo dalla particolare efficacia probatoria della risultanza istruttoria.

Sarei dunque per un approccio differenziato, teso a verificare, caso per caso, quale sia il valore protetto dalla norma, tenendo sempre presente che le regole dettate dalle parti trovano un limite nei principi del “giusto processo arbitrale”, mentre per gli arbitri valgono le ulteriori cautele viste al par. 2, che ho definito con l'espressione “flessibilità ragionevole”.

Esempi. A mio parere, le parti potrebbero stabilire l'ammissibilità della testimonianza del terzo interessato o su un patto antecedente al contratto. Gli arbitri, dal canto loro, potrebbero valutare l'ammissione di un teste su un patto antecedente al contratto, solo se le caratteristiche del caso concreto rendessero ragionevole superare la presunzione di recepimento nel contratto.

Il problema è particolarmente sentito nella prassi internazionale, perché il frequente utilizzo di regole risultanti dall'intreccio fra sistemi probatori di diverse culture giuridiche dà luogo ad ulteriori incertezze sull'ammissibilità di determinate prove. Si riscontra una crescente tendenza ad individuare linee comuni, sottratte ai condizionamenti delle leggi applicabili all'arbitrato, nell'ambito della *lex mercatoria arbitrale*: un importante esempio è rappresentato dalle *Iba Rules on the Taking of Evidence*.

b) *Modalità di assunzione delle prove e delega istruttoria.* Per quanto concerne le modalità di assunzione dei mezzi istruttori, i dettagli verranno trattati nell'analisi dei singoli messi di prova, ma, in generale, si può dire che l'art. 816-bis lascia ampio spazio all'autonomia regolamentativa delle parti: ciò vale, a mio avviso (e benché l'assunto sia discusso), anche in deroga alle norme valevoli per il processo statale, con il solo limite del rispetto dei principi del giusto processo arbitrale.

Gli arbitri, dal canto loro, in difetto di specifiche previsioni delle parti, dovranno seguire le regole di assunzione che siano più idonee a soddisfare i criteri visti nel capitolo precedente al par. 1 (proporzionalità, contraddittorio, prevedibilità e così via).

Ciò comporterà un (almeno) parziale recupero delle forme previste davanti al giudice, nella misura in cui siano finalizzate ad assicurare questi canoni.

Esempi. 1. *Parti.* Esse non possono, a mio avviso, prevedere che l'interrogatorio di una di esse al fine di rendere la confessione possa essere reso a prescindere dalla previa indicazione dei fatti su cui la parte è chiamata a pronunciarsi. 2. *Arbitri.* Il rispetto del contraddittorio impone loro di non poter escludere la partecipazione personale

delle parti e la verbalizzazione al momento dell'assunzione della prova (artt. 206-207 c.p.c.); potranno invece, a mio avviso, ammettere un teste anche se non sia stato citato almeno sette giorni prima, ai sensi dell'art. 103 disp. att. c.p.c. Il criterio di proporzionalità fa sì che di fronte a due modalità di assunzione della prova, entrambe idonee al caso di specie, occorre preferire quella con minor tempo e costo.

Nell'arbitrato internazionale, le prassi sono per lo più improntate alla ricerca di regole che assicurino quanto più possibile uno svolgimento rapido ed efficiente e garantiscano ad un tempo il diritto di difesa, prescindendo il più possibile dalla loro riferibilità ad ordinamenti nazionali.

All'ampia flessibilità fa da contrappeso l'assenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri, nell'assunzione della prova: è un punto di particolare fragilità del nostro ordinamento. Infatti, a differenza di altri Paesi, in cui è previsto un generalizzato ausilio giudiziario (cfr. art. 180 l.d.i.p. svizzera), la legge italiana permette di rivolgersi al giudice solo nel caso in cui il teste non si presenti a rendere la propria deposizione (par. 6). Per tutto il resto, in mancanza di collaborazione spontanea (ad esempio nell'acquisizione di un documento), gli arbitri dovranno prenderne atto, potendo però trarre le legittime conseguenze che l'omissione comporta in termini di prova e di spese (v. par. 8).

Nel caso, poi, in cui il problema si ponga in un arbitrato con sede all'estero, il ricorso al giudice italiano sulla base della convenzione dell'Aja del 1970 va escluso, in quanto essa non si applica all'ipotesi in esame.

Infine, l'art. 816-ter c.p.c. dispone che il collegio arbitrale possa delegare ad uno dei suoi membri l'istruttoria o singoli atti di istruzione, introducendo così una eccezione al principio di collegialità; la delega può riguardare anche un singolo atto, nel qual caso il collegio dovrà specificarlo. Poiché è buona regola che chi è chiamato alla decisione assista personalmente all'assunzione delle prove, di questo potere deve farsi, a mio avviso, uso con prudenza, in caso di necessità (sull'ammissibilità di un divieto pattizio di delega, v. cap. XI, par. 1).

Inoltre, poiché la delega può essere esclusivamente attribuita a membri del collegio, va escluso il ricorso a prove delegate e a rogatorie internazionali affidate a terzi, che presuppongono un'ordinanza riservata esclusivamente all'autorità giudiziaria (artt. 203 e 204 c.p.c.).

c) *Efficacia probatoria delle prove: libero apprezzamento e prove legali.* La grande maggioranza delle questioni sottese all'ammissibilità della prova si sposta, in arbitrato ancor più che nel processo, nella fase della sua valutazione.

Ritengo che anche in arbitrato debba valere il principio del libero e prudente apprezzamento delle prove, in quanto connaturato all'attività di giudizio: un parametro analogo è, del resto, adottato in molti ordinamenti stranieri e nella prassi dell'arbitrato internazionale (ad esempio, v. l'art. 27 delle *Uncitral rules*).

Nella valutazione, gli arbitri ricorreranno verosimilmente alle già viste massime di esperienza, che dovranno utilizzare con ragionevolezza, dato che, talvolta, esse possono portare a generalizzazioni o deduzioni non veritiere. Il rispetto dei canoni di valutazione si riversa sull'onere di motivazione, sancito dall'art. 829, comma 1, n. 5 c.p.c.

Occorre invece chiedersi se le parti e gli arbitri siano tenuti ad osservare il regime di prova legale che la legge italiana stabilisce per talune risultanze probatorie. La maggior parte degli interpreti è favorevole, osservando che la maggiore flessibilità concessa agli arbitri nel determinare gli schemi procedurali reputati migliori non significa che essi possano non tener conto degli effetti normativi degli atti compiuti.

Una parte degli interpreti è più liberale, fondando l'assunto sul fatto che la violazione dell'efficacia legale non rientra fra i motivi tassativi di nullità del lodo.

Nessuna delle due impostazioni mi convince. Non la prima, perché vi depongono a sfavore la centralità, in arbitrato, dei valori di autodeterminazione e di flessibilità procedimentale, unitamente al mancato richiamo del regime di prova legale. Non la seconda, perché parte dal presupposto, indimostrato, che l'efficacia di prova legale non rientri nell'ordine pubblico di cui all'art. 829, comma 3, c.p.c.

Ancora una volta, rovescerei la prospettiva. Poiché il regime di prova legale va ritenuto norma eccezionale ed esso non è richiamato in arbitrato, il criterio di riferimento, coerente con la flessibilità arbitrale, rimane il libero apprezzamento dell'arbitro (anche, a mio avviso, per le circostanze che danno luogo, nel processo civile, ai più deboli argomenti di prova: se ne vedranno applicazioni a proposito dell'esibizione e dell'ispezione al par. 8).

Il principio del libero apprezzamento potrà essere derogato dalle parti imponendo un vincolo probatorio là ove non vi sia o, al contrario, escludendo che una data prova sia sufficiente a reggere la decisione, solo se il patto derogatorio superi il giudizio di meritevolezza rispetto ai valori insuperabili di cui la regola del ragionevole apprezzamento è espressione.

Esempi. 1. *Principio di acquisizione.* Le parti non possono a mio avviso derogare al principio di acquisizione, perché la deroga al libero convincimento dell'arbitro deve

poggiare le sue basi su ragioni legate al contenuto della prova o alle sue modalità di formazione e non sulla sua provenienza. 2. *Prova legale*. Le parti possono a mio avviso decidere in anticipo in favore dell'attendibilità di essa. Tuttavia, il patto dovrà essere interpretato secondo buona fede, per evitare effetti distortivi: ad esempio, se ritenere vere le risultanze svolte dal pubblico ufficiale nell'esercizio della sua funzione è giustificabile, non altrettanto lo è per attività esterne al suo ruolo; il vincolo di una confessione giudiziale potrà operare soltanto se essa sia frutto di una scelta consapevole, su fatti specifici e conosciuti preventivamente; parimenti non pare meritevole un patto finalizzato a rendere vincolante la dichiarazione della parte a sé favorevole, o una dichiarazione testimoniale, senza alcuna plausibile giustificazione. 3. *Patto di esclusione*. Le parti potrebbero impedire agli arbitri di fondare la decisione su determinate prove? Mi pare che la soluzione sia la medesima di quella già vista a proposito degli arbitrati "rapidi" (cap. XI, par. 5). 4. *Gravità, precisione e concordanza delle presunzioni*. Se è vero che è massima di esperienza quella secondo cui un solo indizio non fa una prova, d'altro lato non possono escludersi casi in cui l'inferenza sia attendibile anche in presenza di un solo elemento indiziario. Sarei dunque per dare alle parti la possibilità di discostarsi dall'art. 2729 c.c., purché però gli arbitri possano attenuarne l'incidenza dove risulti irragionevole, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, attribuire il torto alla parte sulla base di un unico fatto secondario.

D'altro canto, l'efficacia di prova legale attribuita dalla legge trova *rationes* differenti, a seconda del tipo di prova. Pertanto, anche nell'ambito del libero apprezzamento, gli arbitri non potranno non tenere conto della particolare forza delle massime di esperienza che stanno alla base dell'efficacia vincolante delle prove per il giudice, dovendo rispettare il criterio di ragionevolezza nella valutazione delle prove.

Nell'arbitrato internazionale, poi, essi potranno tenere conto di altre peculiari circostanze, come l'affidamento che una parte può riporre nella particolare efficacia che una prova riveste nell'ordinamento applicabile al merito (*lex causae*).

Esempi. 1. *Atti pubblici e le scritture private autentiche*. Per gli atti formati da pubblico ufficiale, la particolare attendibilità deriva dalle qualità dell'autore; pertanto, gli arbitri non potranno non tener conto di queste qualità, quando si trovano a valutare una sua dichiarazione e, pur non essendo vincolati alla prova, dovranno dare conto con particolare rigore della ragione per cui intendessero distaccarsi. Insomma, detta qualità è una caratteristica fortemente "persuasiva". Non diverse considerazioni valgono per

quel che riguarda la riferibilità all'autore della firma per effetto dell'autentica. 2. *Confessione*. Per la confessione giudiziale o stragiudiziale opera la massima di esperienza secondo cui chi nuoce a sé stesso dice la verità: la massima, ragionevolmente, varia la sua intensità a seconda che la confessione sia resa alla controparte o ad un terzo. Pertanto, nel valutare la dichiarazione, la valutazione in senso sfavorevole alla parte che rende la dichiarazione è la soluzione più ragionevole, a meno che le specificità del caso non spingano gli arbitri a opinare diversamente (per es. il luogo ed il tempo della dichiarazione, le modalità con le quali è stata resa – ad es. circostanziata, con capitoli specifici, o liberamente – ed il suo contenuto), nel qual caso occorrerà motivare in modo particolarmente attento.

5. Il documento.

Nel sistema italiano vi è una netta contrapposizione fra il documento scritto proveniente dalla parte contro la quale è prodotto ed ogni altro documento, come quello, scritto, proveniente dalla parte che se ne avvale o da terzi, oppure quello non scritto, rappresentato dalle riproduzioni *ex art.* 2712 c.c.

Come si è detto nel par. 3, in arbitrato tutti i documenti vanno tendenzialmente ritenuti ammissibili: vediamoli in dettaglio.

a) *Scritture contabili*. Il codice civile regola l'efficacia probatoria delle scritture contabili provenienti dalla parte che se ne avvale, dandovi pieno rilievo probatorio nella lite fra imprenditori. In coerenza con l'esegesi adottata, riterrei la regola non applicabile in via diretta, dovendosi piuttosto tener conto della *ratio* che vi sta alla base.

Ora, una massima di esperienza indica che una scrittura formata dalla parte che se ne giova è presumibilmente inattendibile; tuttavia, le modalità formali di redazione delle scritture contabili ed oggi anche delle fatture elettroniche che implicano un impegno di veridicità nei confronti della collettività, nonché la qualifica di imprenditore comune a tutte le parti con il conseguente assoggettamento agli stessi oneri, giustificano una parziale deroga.

Se così è, ritengo che il criterio del prudente apprezzamento possa condurre ad un ragionevole bilanciamento dei valori in gioco, con il vantaggio di poter tenere presente le circostanze del caso concreto: gli arbitri potranno così valutare se sia opportuno superare la citata massima di esperienza tenendo presente non soltanto la qualifica delle parti e l'apposizione di validazioni formali esterne, ma

anche le prassi contabili nei rapporti fra le parti, la corrispondenza reciproca delle poste e così via.

Se la disputa riguardi un consumatore, saranno invece prevalenti le norme di tutela del consumo, da considerarsi, nel diritto europeo, di ordine pubblico.

b) Documenti provenienti dai terzi. Il documento proveniente dal terzo, pur dovendo essere distinto dalla testimonianza scritta, dalla consulenza tecnica e dalle informazioni alla pubblica amministrazione, in quanto formato al di fuori del processo senza che agli arbitri sia richiesta alcuna attività probatoria, rappresenta una categoria difficile da trattare unitariamente, appartenendovi documenti eterogenei come i verbali della pubblica autorità e le dichiarazioni o le constatazioni dei privati.

Il nodo principale, per l'efficacia probatoria, riguarda il rispetto del contraddittorio: poiché il documento non garantisce la partecipazione di tutte le parti al momento della sua formazione, esso, secondo una parte della dottrina, non potrebbe spiegare efficacia pari alle altre prove piene, cioè soggette al libero apprezzamento. È stato però obiettato che il contraddittorio può essere garantito anche *ex post*, al momento dell'entrata del documento nel processo, analogamente a quanto accade quando l'arbitro acquisisce la documentazione della pubblica amministrazione alla quale ha rivolto una richiesta di informazioni. È indispensabile, dunque, che le parti possano interloquire sul peso probatorio del documento, prima che gli arbitri si pronuncino sul punto: nel qual caso, gli arbitri potranno liberamente valutare il documento, tenendo in considerazione la provenienza della prova e le circostanze della causa.

c) Riproduzioni fotografiche, meccaniche, informatiche. L'art. 2712 c.c., forse un po' troppo sbrigativamente, permette all'avversario di espungere la prova dietro semplice contestazione, tanto che la giurisprudenza esige da chi contesta una motivazione. Se la *ratio* è quella di mettere sull'attenti circa la facile alterabilità del documento, mi sembra più utile valutare la sua idoneità probatoria secondo le circostanze concrete, affidandosi al prudente apprezzamento degli arbitri: una fotografia digitale ha caratteristiche di attendibilità diverse rispetto ad una riproduzione audio o video o ad una fotografia analogica. Pur con tutti i dubbi del caso sarei dunque propensa a permettere agli arbitri di discostarsi dal tenore dell'art. 2712 e di valutare il documento con prudente apprezzamento, tenendo conto delle obiezioni delle parti e dando adeguata motivazione della scelta.

d) Documenti informatici scritti. Particolare importanza assumono i documenti informatici disciplinati nel codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 82 del 2005

e successive modificazioni). Emerge una netta tendenza ad affidare al giudice la valutazione circa l'idoneità probatoria del documento, compreso quello sottoscritto digitalmente, che deve essere esaminato secondo le sue caratteristiche di "qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità", per cui torna a valere, di fatto, il generale principio del ragionevole apprezzamento.

e) *Scrittura privata o atto pubblico proveniente dall'avversario*. Sono le prove "regine" nel processo statuale, dotate di efficacia vincolante quanto all'estrinseco, cioè, per l'atto pubblico, alla provenienza dal pubblico ufficiale, nonché agli accadimenti occorsi davanti a lui, mentre, per la scrittura privata, alla provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, quando la firma sia autenticata, espressamente riconosciuta o non disconosciuta nella prima difesa *ex art. 215 c.p.c.*

Ho detto che, a mio avviso, in arbitrato il sistema delle prove legali non è automaticamente trasponibile: si pone dunque il problema della valutazione ad opera degli arbitri, che mi pare possa esser risolto rimandando a quanto detto al par. 4, sub lett. c), ricordando in particolare che lo *status* giuridico del pubblico ufficiale è una caratteristica che rende le sue dichiarazioni intrinsecamente e fortemente persuasive.

Si pone allora sotto una diversa luce la questione circa l'ammissibilità della querela di falso in arbitrato: infatti, poiché quest'ultima è strettamente legata all'efficacia vincolante del documento nella parte c.d. estrinseca, in assenza di detta efficacia eventuali falsità dovrebbero poter essere esaminate dagli arbitri come elementi rilevanti nell'ammissione della prova, ancora prima che nella sua valutazione. Va detto, però, che per la maggior parte degli interpreti, gli arbitri non possono decidere sulla querela di falso, in quanto ritenuta non compromettibile.

Parimenti, se la verifica incidentale di scrittura privata va a maggior ragione ritenuta, come credo, funzionale all'ammissione del documento come prova nel processo in corso, gli arbitri potranno senz'altro occuparsene, data la sua vocazione meramente istruttoria.

6. La prova testimoniale.

La prova testimoniale in arbitrato è disciplinata dall'art. 816-ter c.p.c.

Sulle regole di ammissibilità si è già detto nel paragrafo dedicato (par. 4), mentre, quanto alle modalità di assunzione, se non v'è, come credo, automatica tra-

sposizione delle regole vigenti davanti al giudice, va però detto che alcune di esse debbono essere applicate anche in arbitrato (v. par. 4).

In particolare, i capitoli di prova, cioè le specifiche circostanze su cui il teste è chiamato a deporre, sono a mio avviso necessari affinché tutte le parti siano informate dei fatti sui quali verterà la testimonianza: è lo stesso art. 816-ter a richiedere appositi “quesiti”. È sempre fatto salvo, ovviamente, il diritto degli arbitri e delle parti a chiedere tutti i chiarimenti che sorgano dalla deposizione del teste.

Inoltre, alle parti deve essere garantita la possibilità di partecipare all’assunzione della prova.

È altresì necessaria la verbalizzazione, da effettuarsi con ogni modalità idonea, come le videoregistrazioni o le trascrizioni effettuate da personale specializzato o da *softwares* appositi: l’arbitrato, grazie alla sua flessibilità, rende più agevole l’uso di questi strumenti, particolarmente utili per apprezzare la deposizione del teste nella sua versione integrale.

Viceversa, non ritengo essenziale, durante la deposizione del teste, l’intermediazione dell’arbitro, come invece previsto per il processo statale dall’art. 253 c.p.c.: questi potrà (peraltro dopo un’attenta valutazione sulla sua opportunità) autorizzare il difensore della parte ad interrogare direttamente il terzo, oppure potrà disporre la tecnica della *cross-examination*, frequente nella prassi arbitrale internazionale anche se non rigorosamente conformata alle regole processuali angloamericane, purché con modalità rispettose del diritto al contraddittorio.

Il teste non è tenuto a giurare davanti all’arbitro o, meglio, l’eventuale falsità delle sue dichiarazioni non è penalmente sanzionata, giacché l’art. 372 c.p. riconnette la pena alla deposizione resa davanti all’autorità giudiziaria. Gli arbitri potranno però richiedere al testimone l’impegno a dire la verità ed avvertirlo dell’eventuale responsabilità extracontrattuale che potrebbe derivare da dichiarazioni non veritiere.

Può anche essere disposto il confronto fra testimoni, in caso di discordanze sugli stessi fatti.

L’assenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri ha fortemente inciso sulla funzionalità di questo importante mezzo istruttorio e l’art. 816-ter interviene con alcuni correttivi.

In primo luogo, la norma consente agli arbitri, oltre che di assumere la testimonianza in udienza, di recarsi presso l’abitazione o il domicilio del teste, qualora questi vi consenta; gli arbitri potranno a mio avviso fissare altri luoghi, ove sia opportuno o necessario.

In secondo luogo, è permesso assumere la prova mediante una risposta scritta a quesiti predeterminati. Questa particolare modalità di assunzione della prova – introdotta anche nel processo statale, ma soltanto su accordo delle parti o limitatamente alla conferma di documenti di spesa e purché sia conforme a rigorosi requisiti formali – non è assoggettata ad alcun requisito quanto alla forma ed al contenuto. Tuttavia, l'impossibilità per le parti di assistere ed interloquire, l'assenza di un contatto diretto fra l'arbitro ed il teste, il rischio di incertezza sulla paternità delle dichiarazioni dovranno indirizzare l'arbitro a dettare specifiche formalità di assunzione, che assicurino il più possibile l'attendibilità della deposizione. Sarà dunque consigliabile rendere particolarmente rigoroso l'onere di individuazione degli specifici fatti sui quali il teste è chiamato a rispondere per iscritto, eventualmente intervenendo sul tenore dei capitoli elaborati dalla parte, e prevedere che la risposta contenga alcuni requisiti, quali la firma in ogni pagina, possibilmente autentica, o l'indicazione di eventuali rapporti con le parti, od infine situazioni di segreto professionale o obbligo di riservatezza. Quando possibile e quando le circostanze lo richiedano (per esempio contestazioni delle parti, deposizioni discordanti), occorrerà risentire oralmente il teste. Si tratterà poi di valutarne il peso probatorio, caso per caso.

Il tenore dell'art. 816-ter non esclude peraltro modalità di assunzione della testimonianza che, di fronte a particolari esigenze delle parti e del teste, permettano un più ampio dispiegarsi del diritto di difesa, rispetto alla deposizione scritta: penso a conferenze telematiche (su cui cap. XI, par. 6), da svolgersi con particolari cautele, per evitare che il testimone venga influenzato da terzi; si potrebbe richiedere, ad esempio, la presenza di un pubblico ufficiale nel luogo dove si trova il teste (altre utili indicazioni si trovano nella sentenza della Corte suprema austriaca del 23 luglio 2020).

In terzo ed ultimo luogo, nel caso in cui il teste rifiuti di comparire, poiché il difetto di *ius imperii* non permette agli arbitri la pronuncia di un ordine di accompagnamento coattivo ai sensi dell'art. 255 c.p.c., essi, se lo ritengano opportuno secondo le circostanze, possono richiedere al Presidente del tribunale della sede dell'arbitrato che “ne ordini la comparizione davanti a loro” (art. 816-ter, comma 3). La norma nulla dispone in caso di inottemperanza del provvedimento giudiziale: è però ragionevole ritenere che ne possano derivare la sanzione della multa e l'accompagnamento coattivo, con l'ausilio della pubblica autorità.

7. Il giuramento e la confessione della parte.

Vengo ora alle dichiarazioni della parte, in senso a sé favorevole o sfavorevole.

a) *Giuramento*. Si discute dell'ammissibilità del giuramento in arbitrato. Tutto dipende, infatti, da come si voglia interpretare la previsione contenuta nell'art. 371 c.p., che rende colpevole di reato colui che giura il falso nel corso di "un giudizio civile". A mio parere, il successivo riferimento alla "sentenza" e alla "domanda giudiziale", nonché lo stretto criterio di tassatività, inducono ad escluderne l'applicazione in arbitrato, sicché viene meno lo stesso significato della prova, che basa la sua ragione d'essere sulla potenziale operatività della sanzione. A maggior ragione, se si accede all'idea che in arbitrato il regime delle prove legali non sia applicabile, la dichiarazione della parte a sé favorevole, anche se oggetto di giuramento, non avrebbe caratteristiche diverse dalle risposte rese in sede di interrogatorio libero ai sensi dell'art. 117 c.p.c.

Nel settore dei contratti pubblici, l'ammissibilità è espressamente esclusa dall'art. 209, d.lgs. n. 50/2016. La questione, comunque, assume scarso rilievo nella prassi, dato l'infrequente ricorso a questo peculiare strumento probatorio.

b) *Confessione e interrogatorio formale*. Con riguardo alla dichiarazione di fatti sfavorevoli al dichiarante, gli arbitri potranno acquisire un documento stragiudiziale con natura confessoria e potranno anche disporre l'interrogatorio formale al fine di stimolare l'eventuale confessione della parte nel processo.

Vale, a maggior ragione, l'obbligo di formulare chiaramente i fatti sui quali la parte è chiamata a rendere la dichiarazione. Quanto alle conseguenze derivanti dalla mancata comparizione della parte, la soluzione individuata dall'art. 232, che attribuisce al giudice un potere meramente discrezionale di dare per ammessi i fatti, è in linea con il generale criterio del prudente apprezzamento in capo agli arbitri.

Si è già detto circa la valutazione della dichiarazione confessoria della parte *sub* par. 4.

8. Esibizione, ispezione, richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione.

Rimangono da esaminare tre strumenti assai utili per l'acquisizione di informazioni, che nella prassi giudiziale non riescono a spiegare, per vari motivi, tutta la potenzialità di cui sono dotati.

a) *Esibizione*. Il potere di ordinare l'esibizione di cose o di documenti nei confronti della controparte o di terzi va riconosciuto anche in arbitrato.

L'esibizione riveste particolare importanza per la piena esplicazione del diritto alla prova, come testimonia la particolare attenzione che altri ordinamenti dedicano alla ricerca e produzione dei documenti: si pensi alla *discovery* tipica dei sistemi di *common law*.

Il punto più discusso è il grado di specificità che deve assumere la richiesta: davanti al giudice, infatti, si esclude la c.d. esibizione esplorativa e si richiede la precisa individuazione del documento da esibire (facendo leva sull'art. 94 disp. att., c.p.c.). La questione può essere risolta tenendo presente i criteri che gli arbitri debbono seguire nel determinare le regole probatorie: una ragionevole specificità della richiesta soddisfa la proporzionalità, perché le attività di ricerca dei documenti debbono essere "appropriate", e il diritto al contraddittorio, perché occorre dare modo all'altra parte di elaborare in anticipo una linea di difesa. Dall'altra parte, però, sta la necessità di svolgere un'istruttoria il più completa possibile e spesso chi ha necessità della prova non è in grado di farne una così specifica determinazione in anticipo. Un buon equilibrio è rappresentato dal d. lgs. n. 3 del 2017, sulle cause da risarcimento danni in materia di violazione della concorrenza: sono previste forme di esibizione con requisiti di specificità meno rigorosi di quelli che valgono tradizionalmente davanti al giudice: un buon esempio di "flessibilità ragionevole". Anche le *Iba Rules on the Taking of Evidence* esigono una "narrow and specific requested category of documents that are reasonably believed to exist" (art. 3 [a]). Ben potranno, dunque, gli arbitri far uso di altrettanta flessibilità.

L'altro nodo riguarda il mancato ottemperamento dell'ordine di esibizione.

Se la parte omette di esibire, il giudice può trarre unicamente argomenti di prova *ex art.* 116, comma 2, c.p.c., e, conseguentemente, in assenza di altre prove, la controparte si vedrà rigettare la domanda, a meno che non ricorrano gli estremi per richiedere un sequestro giudiziario sulla prova. Come ho già detto, non ritengo che in arbitrato la regola si applichi in modo automatico; pertanto, riterrei possibile per gli arbitri ritenere provato il fatto di cui il documento non esibito doveva dar conto, purché abbiano precisato in anticipo le conseguenze che potranno derivare dalla mancata collaborazione delle parti.

Inoltre, una volta verificatasi la circostanza, l'obbligo di buona fede impone all'arbitro di valutare se l'omissione non sia derivata da cause giustificabili, tenendo altresì presente che una condanna in totale assenza di elementi probatori

dei fatti costitutivi contrasta con lo spirito di verità che deve informare una giusta decisione.

Ritengo poi che le parti possano previamente stabilire che eventuali inottemperanze all'ordine di esibizione daranno luogo ad inferenza avversa, purché l'accordo sia interpretato e ricondotto a buona fede, sicché, per esempio, gli arbitri potranno derogarvi, quando la parte dimostri di non aver potuto produrre il documento per causa a lei non imputabile (cfr. art. 9.5 *Iba rules on taking of evidence*). Non vedo altresì ostacoli all'ammissibilità di un patto che imponga alla parte l'esibizione di un documento sotto pena di *astreinte* (cioè di una misura di coazione indiretta – v. cap. XV, par. 7), come previsto dall'art. 1467 c.p.c. francese.

Con riguardo all'esibizione nei confronti del terzo, sono inconciliabili con l'arbitrato sia l'istituto della citazione, sia quello della sua opposizione (art. 211 c.p.c.): ciò non toglie, però, che gli arbitri possano invitarlo a esibire un documento, rimanendo, peraltro, tendenzialmente non sanzionata la sua eventuale inottemperanza.

b) *Ispezione ed esperimento giudiziale*. Gli arbitri possono senz'altro disporre l'ispezione di cose, luoghi o addirittura persone, nonché la riproduzione di oggetti, documenti, luoghi e fatti attraverso l'esperimento giudiziale. Queste attività possono essere svolte anche dal consulente tecnico (par. 9), ma è auspicabile che vi provvedano direttamente gli arbitri, ove possibile.

Nel caso in cui la parte impedisca l'ispezione, vale quanto già detto a proposito dell'esibizione. Non è invece compatibile con l'arbitrato la condanna ad una pena pecuniaria del terzo che si rifiuti di permettere l'ispezione, come previsto dall'art. 118, comma 3, c.p.c.

c) *Informazioni alla pubblica amministrazione*. L'art. 816-ter ammette gli arbitri a richiedere alla pubblica amministrazione informazioni o documenti utili per l'accertamento dei fatti. Oltre ad un generale potere di richiesta di informazioni, trova dunque esplicita legittimazione normativa una specie particolare di esibizione rivolta ai pubblici uffici.

È pacifico che la pubblica amministrazione resti libera di rispondere o meno, potendo giustificare la propria decisione sul prevalente interesse pubblico e l'assunto varrà, a maggior ragione, per l'arbitro.

È da segnalare, ai sensi dell'art. 155-sexies disp. att. c.p.c., lo speciale potere di consultazione delle banche dati delle pubbliche amministrazioni, per la ricostruzione dell'attivo e del passivo nei procedimenti in materia di famiglia,

su provvedimento autorizzativo del giudice: quest'ultima specificazione rende però ardua la trasposizione di detto potere nell'eventuale arbitrato familiare (cap. VI, par. 9).

9. La consulenza tecnica.

L'art. 816-ter, comma 5, specifica che gli arbitri possono farsi assistere da uno o più consulenti tecnici, persone fisiche o giuridiche (ad esempio una società di revisione per un'analisi contabile).

L'arbitro può nominare il consulente tecnico anche d'ufficio, ma non può costringerlo né ad accettare l'incarico né a giurare, anche se iscritto nell'apposito albo presso i tribunali, perché non si applica l'art. 366 c.p., che si riferisce al solo caso in cui la nomina provenga dall'autorità giudiziaria.

Il consulente tecnico d'ufficio in arbitrato va a mio avviso qualificato come ausiliario dell'organo arbitrale, come emerge dall'art. 816-ter, che lo definisce esplicitamente come un "assistente" dell'arbitro, di cui deve, dunque, condividere l'imparzialità. Sicché varranno per lui i doveri di indipendenza stabiliti dall'art. 815, ma sarei per escludere il rimedio della ricusazione, in assenza di espressa previsione – opportunamente contenuta ad esempio nei regolamenti di alcune Camere arbitrali, insieme all'obbligo di *disclosure*. Nel caso, il consulente dovrà astenersi dall'accettare l'incarico, oppure l'arbitro potrà sostituirlo; in difetto il lodo deve ritenersi impugnabile per violazione dell'ordine pubblico processuale (art. 829, comma 3, v. cap. VIII, par. 12), se si sia fondato sulle risultanze della perizia.

La prassi fa spesso uso del metodo collaborativo, nella scelta del consulente: le parti possono concordare con gli arbitri il nome o una lista di nomi e un quesito di massima, da precisare eventualmente dopo aver sentito, con la partecipazione di tutti, anche il consulente (v. ad esempio le *Note sulla consulenza tecnica* della Cam, intese come linee guida non vincolanti).

Quanto allo svolgimento della consulenza, il punto nodale è il contraddittorio, che deve essere rispettato durante tutto il corso delle operazioni peritali e non può essere derogato. Coerentemente a quanto ho sostenuto, si deve valutare caso per caso quali siano gli adempimenti essenziali alla difesa, senza operare un'automatica trasposizione degli artt. 191 ss. c.p.c. Così, le parti devono essere notiziate dell'inizio dell'indagine peritale e deve essere data loro la possibilità di

farsi assistere dai consulenti tecnici di parte, le cui osservazioni dovranno essere tenute in debito conto dal consulente d'ufficio nella sua perizia. Non credo invece che il perito sia obbligato ad effettuare l'invio preliminare della bozza del suo elaborato alle parti, secondo la previsione dell'art. 195, comma 3, c.p.c.; è comunque consigliabile dare a queste ultime la possibilità di interloquire, una volta redatta la perizia ed è opportuno, oltre che utile, permettere al consulente di rivedere il proprio elaborato alla luce delle osservazioni delle parti (v. ad esempio le *Note Cam* sopra citate, art. 19).

Ci si può chiedere sia ammissibile sollevare critiche nel merito della perizia per la prima volta nelle difese conclusionali, magari depositando una perizia stragiudiziale di parte. Mentre davanti al giudice, anche in forza dell'art. 195 sopra citato, il tema è discusso, in arbitrato occorre ragionare, a mio avviso, in termini di rispetto del contraddittorio: deve cioè essere possibile dare all'altra parte la possibilità di contraddire con altrettanti dati tecnici ed eventualmente chiedere chiarimenti al consulente tecnico, specie quando la consulenza abbia natura "percepiente", sia cioè un mezzo di prova. Sulla nullità della perizia rinvio al cap. XI, par. 2.

Se gli arbitri omettano il ricorso alla consulenza richiesta dalle parti in virtù di loro specifiche cognizioni tecniche, non riterrei di per sé integrati gli estremi della violazione del diritto di difesa, dato che la nomina è discrezionale, purché sia data alle parti la possibilità di interloquire, eventualmente attraverso l'ausilio di esperti, sulle questioni tecniche tempestivamente sollevate.

Diverso è se le stesse parti abbiano vietato la consulenza tecnica: gli arbitri dovranno adeguarvisi, a condizione che non sia l'unico mezzo grado di provare un dato fatto (ad esempio una consulenza medica per provare il grado di invalidità), pena la violazione del diritto alla prova. In ogni caso, gli arbitri potranno decidere di non accettare l'incarico.

Gli arbitri potrebbero disporre una consulenza tecnica sull'individuazione o l'interpretazione delle norme applicabili alla lite?

Se ne è dubitato, osservando che la perizia giuridica si risolverebbe in un'innammissibile delega delle funzioni decisorie. In effetti la questione si incrocia con l'applicazione del principio *iura novit curia*: benché nell'arbitrato internazionale si discuta della sua applicazione, in forza delle diverse visioni degli ordinamenti nazionali, il principio è sempre più riconosciuto con riguardo, almeno, alle norme di applicazione necessaria o di ordine pubblico.

Non credo che la consulenza giuridica vada esclusa in radice: sicuramente,

potrà essere ammessa quando si tratti di applicare un diritto totalmente estraneo alla provenienza degli arbitri e particolarmente complesso, traendo spunto dalla l. n. 218 del 1995: tuttavia, si è visto che la scelta dell'organo arbitrale deve opportunamente fondarsi anche sulla conoscenza della *lex causae* e della *lex fori*. Negli altri casi, potrebbe essere utile in settori in cui, ad esempio, la legge è densa di tecnicismi di cui gli arbitri non hanno contezza: spesso si tratterà di una consulenza mista, di fatto e di diritto.

Bibliografia essenziale



CAPITOLO XIII

LA PLURALITÀ DI PARTI E LA SUCCESSIONE

1. Il litisconsorzio in arbitrato.

L'origine negoziale dell'arbitrato influenza la sua struttura, perché lo rende particolarmente adatto ad un procedimento con due sole parti; se la lite coinvolge una pluralità di soggetti, si pongono notevoli complicazioni.

Conviene partire da un breve inquadramento della distinzione fra litisconsorzio necessario o facoltativo.

Dare una definizione di litisconsorzio necessario è difficile, perché dipende dalla concezione che si ha della relazione fra i diritti soggettivi e l'oggetto del processo. Ad ogni modo, si può approssimativamente affermare che vi è litisconsorzio necessario quando la pronuncia del giudice è giuridicamente attuabile e utile solo in presenza di tutti i litisconsorti. L'arbitrato sarà dunque possibile se tutti i litisconsorti necessari siano vincolati alla stessa convenzione arbitrale, perché solo in questo caso l'attore potrà chiamarli nel processo arbitrale ed assoggettarli così all'efficacia del lodo.

Il litisconsorzio facoltativo si ha quando sussiste una connessione tra diritti diversi, facenti capo a soggetti diversi. La connessione può essere di diversi tipi:

- a) per pregiudizialità;
- b) per identità dei fatti costitutivi del diritto (*causa petendi*);
- c) per identità dell'oggetto della domanda (*petitum* mediato);
- d) c.d. impropria, quando liti fra loro diverse possono essere decise attraverso la soluzione di identiche questioni.

Esempi. *Pregiudizialità*: i diritti nascenti dal contratto di sublocazione sono dipendenti da quelli del contratto principale di locazione. Se Tizio stipula un contratto di locazione con Gamma e quest'ultima conclude, a sua volta, un contratto di sublocazione con Beta, la cessazione del contratto di locazione influisce sul rapporto di sublocazione, costringendo Beta a rilasciare l'immobile (art. 1596 c.c.). *Identità della causa petendi*: Tizio, conducente di una autovettura, causa un incidente stradale che provoca lesioni al proprio trasportato Caio ed al conducente dell'autovettura antistante Sempronio. Si tratta qui di diversi diritti al risarcimento dei danni, nascenti dal medesimo fatto costitutivo. *Identità del petitum*: Tizia, proprietaria di un appartamento, lo vende a Caio e Sempronio che si obbligano a pagare il prezzo entro un determinato termine. Accade tuttavia che nessuno dei due obbligati provveda a pagare. In forza del principio della solidarietà, Tizia potrà rivalersi indifferentemente nei confronti dell'uno o dell'altro: si tratta di due rapporti giuridici distinti e scindibili, aventi ad oggetto lo stesso bene della vita (per alcuni si tratta invece di un diritto unico con pluralità di parti, per altri anche la *causa petendi* è in comune). *Connessione impropria*: per risolvere la lite relativa a due distinti contratti individuali di lavoro, occorre risolvere un'identica questione di interpretazione del contratto collettivo di categoria.

Nel caso del litisconsorzio facoltativo, solo chi è vincolato alla stessa convenzione compromissoria può essere validamente chiamato a partecipare al processo arbitrale. Altrimenti, l'arbitrato si svolgerà senza il litisconsorte ed il lodo arbitrale non potrà essergli opposto, a meno che non sussistano gli estremi per l'efficacia *ultra partes* della decisione, analogamente alla sentenza (cap. XV, par. 6).

2. Cumulo soggettivo originario: l'instaurazione di un unico arbitrato con più parti.

Si è visto che, a prescindere dal tipo di litisconsorzio, il cumulo soggettivo originario, cioè la partecipazione *ab origine* di più soggetti ad un unico processo arbitrale, è realizzabile solo quando la convenzione vincoli tutti costoro.

Nel caso del litisconsorzio necessario, la condizione è necessaria affinché si abbia una decisione utile. Nel caso del litisconsorzio facoltativo, essa permette una decisione armonica dell'insieme delle liti ed è particolarmente importante in caso di collegamento contrattuale, quando occorre tener conto degli equilibri

risultanti dall'operazione economica nel suo complesso e non soltanto dei singoli negozi (cap. VII, par. 8).

Quanto mai opportuno, in questi casi, è il rinvio a regolamenti arbitrali che contengano una disciplina *ad hoc*.

Esempi. Il regolamento *Icc* contiene una disciplina dettagliata all'art. 9 combinato con l'art. 6: "Le domande derivanti da, o relative a, contratti diversi possono essere formulate in un unico arbitrato [...], anche se formulate in base a una o più convenzioni arbitrali che richiama il Regolamento. [...]". "L'arbitrato procede se e nella misura in cui la Corte constata *prima facie* la possibilità dell'esistenza di una convenzione arbitrale che richiama il Regolamento" e che vincoli tutte le parti; e se più sono le convenzioni arbitrali, è necessario che a) le convenzioni siano compatibili; b) emerga che "tutte le parti all'arbitrato potrebbero aver convenuto che tali domande possono essere decise in un singolo arbitrato" (occorre cioè un indice di volontà ulteriore, che non derivi unicamente dalla compatibilità delle clausole). Le *Hong Kong rules* all'art. 29 prevedono che, in caso di contratti collegati, occorre che le liti siano connesse, che derivino dalla stessa operazione economica e che le convenzioni arbitrali siano compatibili.

3. Cumulo soggettivo successivo: l'intervento di terzi in un processo arbitrale già pendente.

Il cumulo soggettivo può realizzarsi anche dopo l'inizio del processo, con l'intervento del terzo o la riunione di più processi arbitrali pendenti.

L'intervento è regolato dall'art. 816-*quinquies*, che richiede l'accordo di tutti – terzo, parti e arbitri –, eccetto i casi del litisconsorte necessario, dell'interveniente adesivo dipendente e dell'acquirente della *res litigiosa*.

Per affrontare il tema dell'entrata del terzo a procedimento già iniziato, conviene fissare due preliminari ma indispensabili distinzioni.

In primo luogo, bisogna distinguere fra ingresso nella convenzione arbitrale ed ingresso nel processo. Con il primo, il soggetto diviene titolare dei poteri ed oneri conseguenti alla scelta arbitrale (quelli che ho sintetizzato nel termine "diritto di azione arbitrale"); con il secondo è titolato a svolgere le attività relative a quel dato processo.

A mio avviso, l'ingresso del terzo non compromittente nel processo arbitrale non comporta automaticamente l'ingresso nella convenzione. Infatti, un conto è

l'integrazione del patto compromissorio, che richiede un espresso atto di accettazione proveniente da tutte le parti della convenzione; un altro conto è la "modifica del programma esecutivo" della convenzione originaria, attraverso il conferimento al terzo della titolarità di svolgere attività in quel processo: conferimento che richiede, ai sensi dell'art. 816-*quinquies*, o il consenso delle altre parti oppure una previsione di legge. Dunque, a meno che non sussista un esplicito consenso di tutti gli stipulanti ad integrare il terzo nella convenzione arbitrale, l'entrata nel processo comporterà il conferimento al terzo di poteri esclusivamente riferiti a quel giudizio.

Al contrario, quando il terzo è già parte del patto compromissorio, l'art. 816-*quinquies*, nella parte in cui richiede il consenso di tutti, va interpretato tenendo conto di questa circostanza: poiché, infatti, la stipula della convenzione arbitrale ha già conferito al terzo i poteri e gli oneri derivanti dalla scelta arbitrale, un rifiuto alla partecipazione, in certi casi, potrebbe essere contrario a buona fede (per essere più chiara, rinvio subito appresso all'analisi dei singoli casi).

Una seconda distinzione poggia sul contratto d'arbitrato, che si instaura fra parti ed arbitri all'atto del conferimento dell'incarico. Ci si chiede se il terzo, entrando nel processo, debba aderire anche al contratto d'arbitrato già in essere e conseguentemente accettare tutti agli arbitri a suo tempo nominati.

La risposta dipende dalla soluzione di una questione più generale, vale a dire se all'intervento del terzo si applichi l'art. 816-*quater*, che impone l'accordo di tutte le parti sulla designazione degli arbitri (cap. VIII, par. 3). Benché la questione sia oggetto di un acceso dibattito, sarei per la negativa: la norma di riferimento rimane l'art. 816-*quinquies* e, dunque, l'entrata nel processo comporta automatica accettazione dell'organo arbitrale già costituito, salvo i casi eccezionali che si vedranno subito appresso (e che sono motivati dal fatto che il terzo non può rifiutare di partecipare, in quanto vincolato dal patto compromissorio).

Esaminiamo ora le specifiche ipotesi di intervento, distinguendo fra i due tipi di litisconsorzio.

a) Terzi litisconsorti necessari.

a1) I litisconsorti necessari estranei al patto compromissorio possono intervenire volontariamente a processo arbitrale già iniziato senza necessità di consenso, né delle parti originarie, né degli arbitri *ex art. 816-quinquies*. È opportuno ribadire che non v'è per ciò solo integrazione del patto compromissorio.

Secondo l'interpretazione che ritengo preferibile, il terzo litisconsorte necessario che voglia partecipare deve accettare gli arbitri già nominati, aderendo al

contratto d'arbitrato già stipulato fra le parti originarie e gli arbitri, senza che questi ultimi possano rifiutare detta adesione.

È invece da escludere che le parti o gli arbitri possano forzare il litisconsorte non compromittente a partecipare. Non opera, dunque, neppure in via analogica, l'istituto dell'integrazione del contraddittorio *ex* art. 102 c.p.c. Nulla toglie, peraltro, che gli arbitri invitino informalmente il terzo a partecipare, direttamente (nel qual caso si pongono però problemi di riservatezza, su cui cap. XVII, par. 7) o, preferibilmente, chiedano alle parti di chiamarlo, ma il suo rifiuto non avrà alcuna conseguenza e agli arbitri non resterà che pronunciare un lodo di rito; si potrebbe anche configurare una rinuncia all'incarico per giusta causa.

a2) Il *litisconsorte necessario vincolato dal patto compromissorio* potrà sicuramente intervenire volontariamente in arbitrato senza il consenso delle parti né l'accordo degli arbitri: l'art. 816-*quinquies* si applica anche a questo caso, ma la spiegazione è differente, rispetto al caso *sub a1*).

La norma, infatti, non conferisce al terzo il potere di svolgere attività in quel processo, perché detto potere gli deriva dalla sottoscrizione del patto compromissorio; più limitatamente, gli assicura la concreta possibilità di esercitarlo. Per quel che riguarda le parti, poi, il principio di buona fede non incide tanto sul potere di rifiutare terzi soggetti, bensì su quello di determinare le regole del processo: esse sono tenute cioè ad accettare la modificazione derivante dalla partecipazione dell'interveniente. Gli arbitri non possono rifiutare per gli stessi motivi già visti prima, tenendo anche conto del fatto ch'essi avrebbero potuto prevedere l'intervento già ad una prima lettura della convenzione arbitrale unitamente agli atti introduttivi.

Ci si chiede se il terzo litisconsorte necessario possa essere chiamato a partecipare all'arbitrato anche senza il suo consenso. Di fronte al tenore incerto dell'art. 816-*quinquies*, comma 1, che pure fa riferimento alla chiamata in causa, a me sembra che vada valorizzato il consenso già prestato nella convenzione arbitrale da parte di tutti gli stipulanti. Se il terzo si rifiutasse di partecipare violerebbe il canone della buona fede nell'esecuzione del contratto, perché il suo rifiuto determinerebbe l'impossibilità di svolgere l'arbitrato. Né potrebbe, per lo stesso motivo, opporsi la parte avversa a quella che ha formulato la chiamata. Anche l'accordo degli arbitri non è a mio avviso obbligatorio, in coerenza con quanto già detto *supra*.

Tuttavia, ritengo che in caso di chiamata in causa, a differenza dell'intervento volontario, al litisconsorte compromittente debba essere data la possibilità di ridiscutere la nomina degli arbitri.

Dalla chiamata della parte va distinto il caso in cui siano gli arbitri a sollecitare le parti a citare il litisconsorte necessario compromittente: ferma l'inapplicabilità dell'art. 102 c.p.c., non sarei per escludere detta facoltà, ma, se le parti non ottemperino, non resterà che emettere una pronuncia di rito, salvo, direi, il diritto di rinunciare all'incarico per giusta causa.

b) Terzi litisconsorti facoltativi.

b1) I titolari di una causa connessa che non siano vincolati dalla convenzione arbitrale possono intervenire o essere chiamati in causa con il consenso del terzo, delle parti e con l'accordo degli arbitri: in tal senso è ancora una volta l'art. 816-*quinquies*, che non parrebbe neppure richiedere una connessione fra le liti.

Vi fa eccezione l'intervento adesivo dipendente: quando il terzo fa valere un semplice interesse, di regola ricollegabile ad un rapporto di pregiudizialità-dipendenza fra il diritto del terzo e quello oggetto del processo, e vuole intervenire al solo fine di sostenere le ragioni di una delle parti, può farlo liberamente ai sensi del comma 2 dell'art. 816-*quinquies*, senza il consenso né delle parti né degli arbitri. Per converso, non può essere costretto a partecipare all'arbitrato, se non lo vuole.

A ben vedere, l'intervento del terzo adesivo-dipendente, imponendo ai compromittenti un litigante estraneo patto compromissorio, viola il principio del consenso, perché, se è vero che non amplia la materia del contendere, apporta pur sempre un contributo alla difesa di una delle parti a danno dell'altra. Pertanto, a me sembra che esso sia pienamente giustificabile solo quando il lodo arbitrale spieghi effetti riflessi nei riguardi del terzo (negli stessi casi in cui detti effetti sono prodotti da una sentenza: cap. XV, par. 6), in quanto l'esigenza di difesa prevale sul consenso; negli altri casi, la deroga è assai meno giustificabile.

Esempio. In un processo fra Alfa e Beta, su un contratto di locazione contenente una clausola arbitrale, per il rilascio dell'immobile, potrà intervenire il subconduttore Gamma, che ha interesse a sostenere la posizione del conduttore. Il lodo, infatti, spiegherà effetti riflessi nei suoi riguardi a prescindere dalla sua partecipazione o meno al processo. Secondo quanto detto nel testo, peraltro, egli dovrà accettare l'organo arbitrale già costituito.

b2) I litisconsorti facoltativi vincolati dalla convenzione arbitrale possono intervenire volontariamente, senza che sia richiesto, a mio parere, un espresso accordo delle parti, in quanto già prestato all'epoca della convenzione arbitrale. Anche la chiamata in causa del terzo deve ritenersi ammissibile per le stesse ragioni. Sarei

invece per ritenere necessario l'accordo degli arbitri, in quanto la loro prestazione viene modificata.

Il terzo interveniente volontario dovrà accettare il collegio arbitrale ed il processo nello stadio in cui si trova, altrimenti potrà sempre iniziare un processo a parte; le parti dal canto loro non potranno rimettere in discussione l'organo arbitrale per i motivi già visti negli altri casi.

In casa di chiamata in causa, vale la soluzione opposta: dovrà essere data al terzo la possibilità di riaprire la fase di nomina, nonché di dedurre e produrre senza che possano essergli opposte eventuali decadenze, sempre che ve ne siano state. Altrimenti, dovranno essere instaurati singoli procedimenti arbitrali paralleli.

L'art. 816-*quinquies* nulla dice in ordine alla possibilità per gli arbitri di chiamare in causa terzi, a cui la causa sia comune alla stregua dell'art. 107 c.p.c. valevole davanti al giudice statale. Anche in questo caso, non è vietato agli arbitri invitare le parti a convenire in giudizio un terzo, purché tengano conto di tutte le circostanze del caso concreto e limitino il loro invito ai casi in cui l'esigenza di coinvolgere il terzo nasca da un probabile effetto del lodo nei suoi riguardi: valgono cioè le stesse limitazioni poste dagli interpreti alla chiamata *iussu iudicis* nel processo statale, data la necessità di contemperarla con il principio della libera disponibilità dell'oggetto del processo. Il problema è, se mai, la sanzione in caso di inadempimento dell'invito. Escluderei l'estinzione del procedimento, in quanto non contemplata dalla legge; piuttosto, la mancata ottemperanza può essere invocata come giusta causa di rinuncia del mandato da parte degli arbitri.

4. Segue: le specificità dell'arbitrato societario.

Con riguardo alla clausola compromissoria contenuta negli statuti societari, l'art. 35 d.lgs. 5/03 devia in modo significativo dalle regole generali e la ragione sta nel fatto che le liti societarie coinvolgono spesso interessi esterni alle parti in lite.

a) *Intervento volontario*. L'intervento volontario del terzo titolare di un diritto connesso a quello oggetto dell'arbitrato è sempre ammesso, a prescindere dal consenso delle altre parti e degli arbitri, che accettano l'incarico già consapevoli del rischio di allargamento dell'ambito soggettivo del processo, salva l'astensione per eventuali incompatibilità sopravvenute. La regola vale sia per il litisconsorte facoltativo (attraverso il richiamo dell'art. 35, d.lgs. 5/03 all'art. 105 c.p.c.), sia per il litisconsorte necessario (a cui si applica, comunque, l'art. 816-*quinquies* c.p.c.).

Dunque, non v'è ragione di distinguere fra terzi vincolati o meno dalla convenzione arbitrale e neppure fra tipi di intervento, essendo ammesso – benché una parte della dottrina non sia d'accordo – anche un allargamento oggettivo dell'arbitrato, con proposizione di nuove domande da parte del terzo interveniente in via principale o adesiva autonoma.

Esempi. La società chiama in arbitrato l'amministratore per promuovere nei suoi riguardi un'azione di responsabilità. L'assicurazione (terzo rispetto alla convenzione arbitrale) dell'amministratore può intervenire, per far valere l'insussistenza del suo obbligo a garantire l'amministratore medesimo, o più semplicemente per sostenere le ragioni di quest'ultimo nei confronti della società. Ancora, un socio impugna una deliberazione assembleare della società; un altro socio (vincolato al patto compromissorio) interviene per proporre a sua volta l'impugnazione della stessa delibera per motivi diversi.

b) Chiamata ex parte. Le parti possono chiamare in causa i soci titolari di un diritto connesso (garanzia o comunanza) con l'oggetto della lite. La *ratio* sta nel fatto che i soci sono vincolati alla clausola statutaria (art. 34 d.lgs. 5/03).

È lecito chiedersi se la stessa regola valga anche per la società e per gli organi sociali, anch'essi vincolati al patto compromissorio: benché il tenore della norma, se inteso in senso letterale, lo escluda, ritengo di sì, per coerenza con la regola generale vista nel par. precedente.

c) Chiamata per ordine dell'arbitro. L'art. 35 d.lgs. 5/03 fa espresso riferimento all'art. 107 c.p.c., mostrando di voler importare la chiamata per ordine del giudice in arbitrato, limitatamente ai soci e, come si è detto al punto precedente, agli altri soggetti vincolati al patto compromissorio.

L'ordine dell'arbitro è meno invasivo di quanto si possa pensare, una volta che sia correttamente coordinato con il principio dispositivo. Esso dovrà, infatti, essere limitato alle ipotesi di connessione che presentino una esigenza di coordinamento particolarmente pregnante: quando, per esempio, si tratti di determinare il responsabile fra più soggetti indicati come tali; oppure quando il terzo sia titolare di una posizione dipendente o pregiudiziale rispetto a quella delle parti, ed in particolare quando risenta degli effetti del lodo; e forse i casi di litisconsorzio necessario, pur non essendovi richiamo all'art. 102 c.p.c.

La perplessità risiede piuttosto nella sanzione in caso di inottemperanza dell'ordine dell'arbitro: poiché la cancellazione della causa dal ruolo non è appli-

cabile all'arbitrato, non resta che ipotizzare la sussistenza di una giusta causa di rinuncia all'incarico.

Esempio. Gli arbitri potranno decidere di ordinare la chiamata in causa di soci investiti degli effetti del futuro lodo sulla validità della delibera assembleare impugnata da uno di loro.

Per tutte le forme di intervento si pone, anche qui, la questione della nomina degli arbitri, nonché della possibilità di allargare la materia del contendere.

Quanto alla prima, riterrei che l'organo arbitrale, necessariamente nominato da un terzo *ex art. 34 d.lgs. 5/03*, non possa essere messo in discussione per le medesime ragioni già viste nel par. precedente (anche se maggiori dubbi sorgono nei casi in cui ho riconosciuto il diritto del terzo alla rinomina, dato che il terzo designatore ha individuato l'arbitro senza tener conto del soggetto interveniente).

Quanto alla seconda, il problema è attenuato dal fatto che l'entrata del terzo deve avvenire al massimo entro la "prima udienza di trattazione" (*art. 35 d.lgs. 5/03*): tale udienza non è regolata dalla disciplina dell'arbitrato, per il vero, ma gli arbitri potranno definire tale il primo incontro, al solo scopo di fissare un *dies ad quem* per l'intervento.

In caso di intervento, gli arbitri potranno disporre, anche d'ufficio, una proroga del termine per la pronuncia, ai sensi dell'art. 820, comma 4, c.p.c., che si cumula a quelle eventualmente già disposte per l'assunzione dei mezzi di prova o per la pronuncia di un lodo non definitivo.

5. Cumulo soggettivo successivo: la riunione fra arbitrati pendenti.

Il cumulo successivo può realizzarsi, nel litisconsorzio facoltativo, anche attraverso la riunione di più procedimenti arbitrali. Vale però come sempre il principio consensuale: solo l'accordo delle parti potrà legittimare il processo unitario.

Il punto critico è rappresentato dall'organo arbitrale: è evidente, infatti, che la riunione può concretamente realizzarsi se gli arbitri siano i medesimi in tutte le cause pendenti, salvo che le parti si accordino per nuove nomine.

Esempio. In relazione ad un unico complesso immobiliare, vengono stipulati più contratti di appalto con contraenti diversi, tutti contenenti convenzioni arbitrali che prevedono identiche modalità di nomina. Sorta la lite, vengono instaurati tanti procedimenti arbitrali quante sono le convenzioni, ma le parti nominano identici collegi arbitrali. Sia le parti sia gli arbitri acconsentono affinché tutti i procedimenti arbitrali iniziati separatamente confluiscono in un unico vaso arbitrale, davanti al collegio arbitrale già nominato. L'eventuale disparità quanto allo stato della trattazione potrà essere risolto tramite un allungamento del termine per la pronuncia.

Una particolarità riguarda l'arbitrato societario da clausola statutaria: se più soci iniziano arbitrati separati per l'impugnazione di una stessa delibera assembleare, ci si deve chiedere se sia applicabile l'art. 2378, comma 5, c.c., secondo cui i processi dovranno essere obbligatoriamente riuniti, per evitare che la delibera venga valutata in modo contrastante nelle diverse decisioni: la norma, tuttavia, è tagliata "su misura" sul giudizio statuale (si pensi alla previsione secondo cui la "trattazione della causa di merito ha inizio trascorso il termine stabilito nel comma 6 dell'art. 2377 c.c."), per cui la sua applicazione non è scontata. Nel dubbio, sarà opportuna la nomina dello stesso organo arbitrale per tutte le impugnazioni.

Molti regolamenti arbitrali contengono specifiche previsioni sulla possibilità di riunione, permettendo a certe condizioni la trattazione di un arbitrato unitario, su disposizione degli arbitri o dell'ente amministratore, a seconda dei casi. Il rinvio ad uno di questi regolamenti, pertanto, permetterà una più larga applicazione delle possibilità di riunione. Di grande interesse sono l'art. 27c dell'*Arbitration act* australiano, che regola l'ipotesi di riunione in caso di organi arbitrali diversi, nonché l'art. 1046 del c.p.c. olandese.

6. Il “venir meno” della parte e la successione universale nel processo arbitrale.

Anche eventi che colpiscono le parti in causa possono determinare l'entrata di altre parti nel processo arbitrale. L'art. 816-*sexies* c.p.c. regola le ipotesi in cui la parte (incluso, deve ritenersi, il rappresentante legale) del processo arbitrale “viene meno per morte o altra causa”, lasciando agli arbitri mano libera per disporre i provvedimenti più opportuni.

Il “venir meno” della parte, analogamente a quanto disposto dall'art. 110

c.p.c., che può essere utilmente richiamato a questi fini, può verificarsi quando vi sia un sopravvenuto difetto di legittimazione processuale o di rappresentanza, o in caso di successione universale di persone fisiche o giuridiche. È opportuno precisare che, secondo la giurisprudenza, non importano successione universale né la fusione né l'incorporazione delle società (Cass., 17 settembre 2010, n. 19698), mentre la scissione, anche parziale, e la trasformazione determinano piuttosto una successione a titolo particolare *ex art. 111 c.p.c.* (Cass., 30 dicembre 2011 n. 30246; Cass., 9 febbraio 2011 n. 3180).

L'art. 816-*sexies* cit. stabilisce che gli arbitri hanno l'obbligo di adottare i provvedimenti idonei a garantire il ripristino del contraddittorio e possono a tal fine sospendere il procedimento. Dunque, in caso di morte della parte, occorrerà che gli eredi, in quanto succeduti nella convenzione arbitrale, partecipino all'arbitrato: se si presentano spontaneamente, l'arbitrato può proseguire senza soluzione di continuità, altrimenti gli arbitri inviteranno le parti, in particolare la parte che ha interesse alla prosecuzione, a chiamare i nuovi contraddittori nel processo. Potrà essere a tal fine necessario sospendere il procedimento e, con esso, il termine per la pronuncia.

Qualora le parti non ottemperino all'invito, gli arbitri potranno rinunciare all'incarico, pronunciando l'estinzione del procedimento *ex art. 819-bis c.p.c.*

La norma non contempla il caso in cui l'evento colpisca la parte prima della costituzione dell'organo arbitrale. Se la prosecuzione è possibile, perché la parte colpita aveva già provveduto ai propri incombeni di nomina, gli arbitri, una volta costituiti, applicheranno l'art. 816-*sexies*; altrimenti l'avversario dovrà darsi cura di coinvolgere i nuovi legittimati nella nomina, o questi ultimi dovranno direttamente provvedere in tal senso.

Infine, la norma non regola il caso in cui il difensore, ove presente, venga meno per morte o per cancellazione dall'albo degli avvocati: sarà comunque opportuno che gli arbitri diano modo alla parte di ripristinare la situazione *quo ante* attraverso la nomina di un nuovo difensore.

7. La successione a titolo particolare in pendenza della lite arbitrale.

Si ha successione a titolo particolare quando la *res litigiosa* sia trasferita con atto tra vivi, oppure, nel caso di successione *mortis causa*, quando sia oggetto di un legato.

In entrambi i casi, ai sensi dell'art. 816-*quinquies* c.p.c., opera l'art. 111 c.p.c.:

il processo prosegue tra le parti originarie, oppure fra la parte originaria e l'erede dell'altra, proprio in forza dell'applicazione della norma citata al processo arbitrale. Il terzo acquirente o il legatario potranno liberamente intervenire senza alcuna necessità di consenso degli altri, o essere chiamati nel processo, mentre l'estromissione del dante causa sarà possibile solo con l'accordo di tutti. In ogni caso, il lodo avrà effetti anche nei confronti del successore, in quanto gli arbitri pronunciano sul diritto di cui è titolare.

La norma, come si vede, è posta a tutela della parte avversa a quella che aliena il bene controverso. Regola generale vuole che chi succeda del diritto succeda anche nella relativa convenzione arbitrale (cap. VII, par. 7) e questo spiega perché il successore a titolo particolare possa sempre intervenire o essere chiamato nel processo. Tuttavia, egli non potrà rimettere in discussione l'organo arbitrale già costituito, poiché la soluzione contraria andrebbe a danno della parte che subisce la successione. L'alienante, per contro, non è più compromittente e rimane nell'arbitrato unicamente per espresso disposto dell'art. 111, che gli conferisce, in via di "legittimazione straordinaria", l'esercizio dei poteri scaturenti dalla convenzione arbitrale di cui non è più parte.

La disciplina deve poi essere coordinata con le regole sulla trascrizione, come esplicitamente disposto dall'art. 2653 c.c. (cap. IX, par. 2): se il terzo trascrive l'acquisto prima della trascrizione della domanda di arbitrato, il lodo non gli sarà opponibile, benché questi abbia acquistato il bene dopo l'inizio della lite.

Nel caso di beni mobili, invece, vale l'art. 1153 c.c.: il terzo acquista validamente se possiede il bene in buona fede al momento dell'instaurazione della lite, in applicazione della regola "il possesso vale titolo".

Esempi. 1. *Proprietà immobiliare e trascrizione.* Caio conviene in arbitrato Tizio per sentir accertare la proprietà di un appartamento intestato a quest'ultimo; durante il processo arbitrale Tizio vende a Sempronio l'appartamento. Il processo prosegue fra Caio e Tizio; Sempronio può, se vuole, intervenire ed il lodo avrà efficacia, in ogni caso, anche nei suoi confronti. Ritengo che Sempronio subentri non solo nella titolarità del diritto di proprietà ma anche nella titolarità delle correlative tutele giudiziarie, sia dal lato attivo, sia da quello passivo; pertanto, poiché Tizio, nel vincolarsi al patto compromissorio con Caio, ha sostituito la tutela giudiziale con quella arbitrale (venendo meno la prima a favore della seconda), è in quest'ultima che Sempronio succede, sia dal lato attivo sia dal lato passivo. Sempronio non subirà invece gli effetti del lodo se abbia trascritto l'acquisto prima della trascrizione della domanda: vale a dire, se

Tizio notifica la domanda di arbitrato nei confronti di Caio il 10 aprile e Caio vende l'immobile a Sempronio l'11 aprile, trascrivendo l'acquisto lo stesso giorno, mentre Tizio trascrive la domanda di arbitrato, già notificata, solo il 12 aprile, Sempronio sarà salvo, in forza dell'ordine temporale delle trascrizioni. 2. *Successione nel contratto*. La società Alfa conviene in arbitrato la società Beta, per ottenere la condanna al pagamento del canone mensile, in adempimento di un contratto di noleggio di autovetture, contenente una convenzione arbitrale. La società Alfa, durante il processo, cede alla società Delta il contratto di noleggio. La società Delta, nell'acquistare il contratto, succede nella clausola compromissoria ivi contenuta: potrà dunque intervenire, o essere chiamata in causa, oppure non partecipare in alcun modo ed in ogni caso il lodo pronunciato dagli arbitri avrà effetto anche nei suoi riguardi.

8. La liquidazione giudiziale ad arbitrato pendente.

Si è già detto (cap. VII, par. 10) che il curatore è vincolato alla convenzione arbitrale quando succede nel contratto non ancora eseguito, mentre, in tutti gli altri casi, rimane estraneo all'arbitrato, salva l'ipotesi delle c.d. azioni neutre (risoluzione, annullamento, ecc.).

Bisogna ora verificare quali siano le ricadute processuali nel caso in cui la liquidazione giudiziale sia disposta a processo arbitrale già pendente. La norma di riferimento è l'art. 83-*bis* l. fall. (rimasto invariato nel codice della crisi, art. 192) secondo cui “se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito”: per comprenderla occorre peraltro delineare il quadro generale di riferimento.

Pur partendo dall'assunto – a mio avviso corretto – che il curatore è titolare di una posizione autonoma rispetto a quella del debitore, occorre tenere conto dell'art. 43 l. fall. (ripreso nell'art. 143, comma 3, c. crisi), secondo cui, all'atto dell'apertura della liquidazione, il processo davanti al giudice si interrompe e il curatore sta in giudizio al posto del debitore limitatamente ai “rapporti di diritto patrimoniale” compresi nella liquidazione giudiziale. Poiché l'istituto dell'interruzione inerisce ad eventi incidenti sulla capacità processuale della parte, è ragionevole affermare che la liquidazione incida su questo fondamentale presupposto. Se così è, il debitore perderà la legittimazione processuale anche in arbitrato, limitatamente ai rapporti patrimoniali oggetto della procedura concorsuale; egli,

pur conservando l'idoneità astratta a stare in giudizio, cioè la capacità processuale, viene privato dei relativi poteri, cioè la legittimazione (va però doverosamente segnalato che, secondo una parte degli interpreti, il debitore conserverebbe la legittimazione in alcune limitate ipotesi).

Tutto sta nel capire se si applichi l'art. 43 l. fall. cit., con conseguente interruzione obbligatoria, oppure, come ritengo preferibile, l'art. 816-*sexies* c.p.c. che, con il generico riferimento al "venir meno" della parte, è in grado di ricomprendere anche il caso *de quo*. L'applicazione dell'art. 816-*sexies* ha il notevole vantaggio di una maggiore flessibilità sui provvedimenti da adottare e si adatta meglio dell'art. 111 c.p.c. al passaggio dal debitore al curatore.

Infatti, gli arbitri dovranno predisporre le misure idonee al ripristino del contraddittorio, invitando le parti a chiamare, o invitando essi stessi il curatore, che potrebbe anche costituirsi spontaneamente; se del caso potranno sospendere il procedimento, in una con il termine per la pronuncia del lodo. La prosecuzione del procedimento arbitrale non è però scontata, ma dipende dall'oggetto della controversia.

Se la lite non riguarda beni assoggettati alla procedura concorsuale – o in tutti i casi in cui il debitore non perde la legittimazione nonostante la messa in liquidazione, se si vuole accedere alla tesi estensiva sopra menzionata –, l'arbitrato andrà senz'altro avanti fra le parti originarie (debitore e terzo).

In caso contrario, occorrerà prima di tutto verificare se vi siano domande riguardanti il pagamento di un debito a carico della massa, che dovranno essere necessariamente rimesse alla procedura concorsuale di ammissione al passivo per effetto dell'art. 52 l. fall. (art. 151 c. crisi), ove il terzo voglia ottenere la soddisfazione del suo credito: gli arbitri non potranno dunque proseguire il processo.

Fuori da questa ipotesi, volendo essere coerenti con quanto detto nel cap. VII, par. 10, occorre distinguere. Nel caso in cui, pendendo una controversia arbitrale su un determinato contratto, il curatore abbia comunicato di volersi sciogliere da esso o lo scioglimento operi *ex lege*, gli arbitri dovranno dichiarare che l'arbitrato non può proseguire, in base all'art. 83-*bis* (art. 192 c. crisi), che non permette (purtroppo) alcuna valutazione discrezionale del curatore. Nel caso in cui, invece, il curatore sia subentrato nel contratto di cui si discute, o quando la lite abbia ad oggetto azioni c.d. neutre di impugnativa del contratto *ex art.* 72, comma 5°, l. fall. (art. 172, comma 5°, c. crisi), l'arbitrato proseguirà ed il curatore sarà comunque soggetto agli effetti del lodo, anche quando decida di non partecipare attivamente.

Sentenze



1. Cassazione civile sez. I, 16/06/2000, n. 8231

Bibliografia essenziale



CAPITOLO XIV

PLURALITÀ DI DOMANDE E QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1. Il cumulo originario di domande fra le stesse parti nel medesimo processo arbitrale.

Accade spesso che la parte intenda proporre, nei riguardi di un'altra, una pluralità di domande corrispondenti ad una pluralità di diritti. Il cumulo originario, cioè la proposizione di tutte le domande nello stesso atto iniziale, è possibile nei seguenti casi.

a) Quando la medesima convenzione arbitrale è in grado di coprire tutti i diritti controversi, l'attore può liberamente inserire le proprie richieste nell'unica domanda di arbitrato, a prescindere dal fatto che siano connesse o meno. Se invece l'attore propone una nuova domanda compresa nel patto arbitrale dopo l'inizio del procedimento, è necessario che gli arbitri assicurino il contraddittorio e si preoccupino di valutarne la compatibilità con il termine per la pronuncia del lodo (si discute se debbano farlo anche in mancanza di eccezione di parte), a meno che non siano state previste apposite preclusioni (cap. XI, par. 7).

b) Quando alcune delle domande non riguardano diritti compresi nella convenzione arbitrale, il convenuto deve sollevare l'eccezione nel corso del processo arbitrale, ai sensi dell'art. art. 817, comma 3. In caso negativo gli arbitri possono decidere sulla domanda esuberante.

La disposizione non prevede che l'eccezione debba essere sollevata entro un preciso momento, bastando il rilievo nel corso del procedimento. Non credo che si possa fare leva, in contrario, sull'art. 829, comma 2, c.p.c., che impone il rilievo

delle nullità procedurali nella prima difesa successiva alla violazione, perché la *lex specialis* dell'art. 817 dovrebbe prevalere.

La mancata reazione non porta ad un compromesso tacito, ma riterrei, pur con tutti i dubbi del caso, che gli arbitri non possano comunque rifiutarsi di pronunciare sulla domanda estranea al compromesso, pena la nullità del lodo ai sensi del n. 10, dell'art. 829, comma 1, che ricorre quando gli arbitri abbiano pronunciato nel rito, anziché nel merito.

c) Infine, può darsi che la pluralità di domande sorga da una pluralità di rapporti giuridici, tutti od alcuni soltanto assistiti da convenzione arbitrale. Il tipico caso è quello del collegamento contrattuale volontario, quando cioè più contratti, diretti a realizzare un'unica complessa operazione economica, contengano ciascuno una convenzione arbitrale: per la soluzione si rinvia al cap. VII, par. 3.

2. Procedimenti arbitrali iniziati separatamente fra le stesse parti.

Una volta iniziati più procedimenti arbitrali fra le stesse parti, potrebbe essere assai vantaggioso riunirli, specie quando la connessione renda particolarmente opportuna una soluzione armonica (si pensi al caso della pregiudizialità, sui cui *infra*). L'instaurazione di una pluralità di arbitrati separati può dipendere dal fatto che ciascun rapporto litigioso è assistito da una diversa convenzione arbitrale; tuttavia, non è da escludere che anche a fronte di una convenzione arbitrale unitaria, la parte instauri più procedimenti arbitrali, magari in successione fra loro.

Esempio. Nello statuto di una società c'è una clausola arbitrale. Il socio Tizio impugna una deliberazione assembleare di aumento del capitale iniziando il relativo procedimento arbitrale; successivamente, a seguito di ulteriore delibera di aumento del capitale, impugna anche quest'ultima con altra e diversa domanda d'arbitrato.

Se vi è accordo delle parti e degli arbitri, la riunione sarà senz'altro possibile; questo presupporrà, di regola, che gli arbitri siano i medesimi in tutti i procedimenti.

In mancanza di accordo, nel silenzio della legge italiana, gli arbitri non possono ordinare d'ufficio la riunione in un unico procedimento, come viceversa può disporre il giudice: la volontà delle parti è sovrana. Si tratta di un limite notevole, superabile attraverso il richiamo a regolamenti arbitrali che disciplinino questa eventualità; alcune leggi nazionali hanno scelto di dettare un'apposita disciplina (per es. l'art. 1046 c.p.c. olandese o l'art. 27c *Arbitration act* australiano).

Esterna ai casi che sto esaminando è l'ipotesi, patologica, in cui più arbitrati siano instaurati sulla stessa domanda, si verifichi cioè una "litispendenza arbitrale". Poiché l'art. 39 c.p.c. non sembra richiamabile, la riunione potrà essere disposta solo in caso di identità dell'organo arbitrale, mentre, in caso contrario, uno dei due organi potrebbe rinunciare all'incarico; altrimenti, a meno che non sia possibile sospendere (par. 11), non resterà che risolvere la questione in base alle regole sul contrasto materiale fra decisioni (cap. XVI, par. 7). Per il caso della pregiudizialità rinvio al par. 11.

3. La pregiudizialità costituzionale.

Prima della riforma del 2006, la dottrina e la giurisprudenza avevano lungamente discusso sulla possibilità per gli arbitri di sollevare la questione di costituzionalità di una norma. La Corte costituzionale, con sentenza del 28 novembre 2001, n. 376 [1], aveva risposto positivamente, affermando che gli arbitri, pur essendo giudici privati, svolgono un'attività di giudizio e perciò, dal punto di vista funzionale, soddisfano i requisiti per il rinvio pregiudiziale.

La novella del 2006 ha confermato questa soluzione all'art. 819-*bis* c.p.c., che riconosce agli arbitri la possibilità di rinviare alla Corte costituzionale, quando la questione di legittimità sia ritenuta rilevante e non manifestamente inammissibile o infondata, ai sensi dell'art. 23 l. n. 87/53.

In tal caso gli arbitri dovranno sospendere, con ordinanza motivata, il processo davanti a loro per tutta la durata del giudizio davanti alla Corte costituzionale. Il processo sarà ripreso soltanto se la parte interessata deposita istanza di prosecuzione entro il termine fissato dagli arbitri o entro un anno dalla cessazione della causa di sospensione (occorrerà avere riguardo alla data di trasmissione all'arbitro della sentenza della Corte *ex* art. 29, l. n. 87 del 1953). In caso contrario, il processo si estingue.

L'ordinanza di sospensione non è impugnabile, ma revocabile ai sensi dell'art. 816-*bis* c.p.c.

4. La pregiudiziale europea.

Si è già detto che gli arbitri debbono applicare il diritto europeo ogniqualvolta la *lex causae* appartenga ad un ordinamento interno alla Ue; non solo, ma l'ordine pubblico europeo rileverà anche quando gli arbitri stimino possibile

il riconoscimento o l'impugnazione del lodo in territorio europeo (cap. XI, par. 11).

Sarebbe dunque coerente attribuire agli arbitri il potere di rivolgersi alla Corte di giustizia dell'Unione europea per ottenere l'interpretazione di una norma del trattato e degli atti derivati, se non fosse che la stessa Corte, con un orientamento assai criticabile (specie a seguito della modifica della l. n. 117 del 1988: cap. VIII, par. 15), ha escluso questa possibilità, motivando il proprio diniego sulla base di una prospettiva non funzionale ma strutturale: afferma, cioè, che gli arbitri non sono inquadrabili come autorità giudiziarie, in quanto difettano dei requisiti propri di queste ultime, fra i quali l'obbligatorietà e il legame con lo Stato membro.

Pertanto, se l'arbitro ritenga che la norma italiana contrasti con quella europea ha l'obbligo di disapplicarla, ma non può rivolgersi alla Corte di giustizia per ottenerne la corretta interpretazione. Sarà però sempre possibile il rinvio pregiudiziale in sede di impugnazione del lodo davanti al giudice.

5. La pregiudizialità penale.

Può darsi che nel giudizio arbitrale vengano in rilievo fatti rilevanti a fini di reato. La regola è che i processi penale e arbitrale proseguono indipendentemente, così come accade fra giudice civile e penale: gli arbitri potranno conoscere dei predetti fatti e potranno anche valutare, sempre incidentalmente, se quei fatti integrino un reato, a fini, per esempio, della prescrizione (art. 2947 c.c.). La soluzione è in linea con quella adottata per il giudice civile.

Esempio. Nel caso in cui sia chiesto agli arbitri il risarcimento dei danni derivanti da un incidente stradale, oggetto di processo penale per il reato di lesione colposa (nel quale non vi è stata alcuna costituzione di parte civile), gli arbitri possono valutare autonomamente i fatti ai fini della responsabilità civile del danneggiante, finanche giungendo a conclusioni difformi da quelle del giudice penale (ben possibile, anche per il fatto che reato ed illecito civile rispondono a requisiti oggettivi e soggettivi differenti).

Il raccordo, però, è più complesso di quel che appaia: con specifico riferimento al diritto alle restituzioni e al risarcimento dei danni da reato, infatti, l'art. 819-*bis* c.p.c. richiama l'art. 75 c.p.p., che regola il coordinamento fra processo civile e proposizione dell'azione civile nel processo penale e che va, a sua volta,

letto in combinato disposto con gli artt. 651, 651-*bis*, 652 e 654 c.p.p., operativi anche in arbitrato.

Premesso che la questione si pone unicamente quando vi sia identità oggettiva e soggettiva fra le azioni, la soluzione parrebbe a prima vista semplice: l'arbitrato si sospende unicamente in caso di previa costituzione di parte civile nel processo penale o quando, prima del suo inizio, sia stata pronunciata sentenza penale di primo grado.

Tuttavia, la questione è assai più complessa, ostandovi un nodo pregiudiziale che non ha trovato ancora soluzione: l'ambito di applicazione dell'intera disciplina di raccordo delineata dal legislatore.

Il punto più delicato riguarda il rapporto fra domanda d'arbitrato e costituzione di parte civile nel processo penale (mentre quando l'arbitrato sia iniziato dopo la pronuncia della sentenza penale di primo grado la sospensione è ritenuta per lo più necessaria, dovendo gli arbitri attendere il suo passaggio in giudicato).

Una parte degli interpreti, infatti, calcando sull'autonomia dell'arbitrato e sul venir meno dell'azione civile per effetto della convenzione arbitrale, ritiene la costituzione di parte civile inammissibile *tout court* e conclude per l'inoperatività del regime speciale dell'art. 75, salvo il caso della sospensione dell'arbitrato iniziato dopo la pronuncia della sentenza penale di primo grado.

Altra parte, invece, muove dall'opposto presupposto che l'art. 75 contiene una disciplina speciale di raccordo con il processo penale applicabile ad ogni tipo di "azione civile", arbitrale o giudiziale che sia. Di conseguenza, il successivo trasferimento dell'azione arbitrale originaria in sede penale comporta rinuncia "agli atti" del procedimento arbitrale *ex* comma 1. Quando invece l'azione civile proposta in sede penale sia successivamente trasferita in arbitrato, gli arbitri debbono sospendere ai sensi dell'art. 75, comma 3.

Infine, chi valorizza il tenore letterale dell'art. 819-*bis* ritiene applicabile il solo comma 3 della norma, cioè la sospensione del processo arbitrale al ricorrere delle due ipotesi ivi menzionate, cioè la proposizione della domanda d'arbitrato dopo la costituzione di parte civile o dopo la sentenza penale di primo grado.

Insomma, il panorama interpretativo è quanto mai incerto.

Per quel che riguarda la disciplina della sospensione vale quanto già visto per la pregiudizialità costituzionale, in ordine alla forma del provvedimento di sospensione e alla riassunzione del giudizio.

6. Le questioni pregiudiziali di rito.

L'arbitro può trovarsi a dover affrontare, nel corso del suo giudizio, questioni che riguardano la regolarità e la validità del processo arbitrale e che vanno risolte affinché quest'ultimo sia in grado di portare ad una decisione nel merito. Ad esempio, la parte eccepisce l'invalidità di una convenzione arbitrale (questione di rito e non di merito: cap. I), oppure occorre accertare la capacità processuale della parte o la sussistenza di una o più condizioni dell'azione.

Si suole ritenere che le questioni di rito siano rilevabili anche d'ufficio, a meno che la legge non disponga il contrario, come per l'eccezione di invalidità della convenzione arbitrale *ex* art. 817 c.p.c. Tuttavia, l'art. 829 c.p.c., nella parte in cui prevede che il mancato rilievo della nullità procedimentale entro la prima difesa successiva al ricorrere del vizio impedisce l'annullamento del lodo per questo motivo, sembra andare in direzione contraria. La soluzione è dubbia, perché questa previsione non implica il divieto per l'arbitro di rilevare d'ufficio la nullità processuale, potendo valere se né l'arbitro né la parte abbiano sollevato il vizio.

Si è già detto che l'ordinanza è lo strumento per risolvere tutte le questioni che si presentano nel corso del giudizio: essa è revocabile e modificabile, non vincolante né impugnabile. Quando, però, la soluzione della questione pregiudiziale di rito sia in grado di definire la lite, cioè di terminare il processo davanti all'arbitro (c.d. pregiudiziale impediante), l'arbitro ha due alternative.

Innanzitutto, può rimettere subito in decisione la questione pregiudiziale di rito prima di proseguire nella trattazione, utilizzando la forma del lodo, con due possibili esiti. Se decida per la fondatezza della questione, il lodo, definitivo, chiuderà in rito l'intera vertenza davanti a lui. Se, invece, ritenga la questione non fondata, emetterà un lodo non definitivo (lodo su "questioni", come si dirà oltre), rimettendo con ordinanza per il prosieguo del procedimento. In entrambi i casi, l'arbitro non potrà più tornare sulla questione.

L'arbitro può invece decidere di rinviare la soluzione della questione pregiudiziale impediante all'esito del processo arbitrale, continuando nella trattazione della causa. La decisione della questione pregiudiziale avverrà insieme al merito: il lodo definitivo sarà di rito o di merito, a seconda della soluzione sulla pregiudiziale.

Per decidere se rimettere subito in decisione la questione pregiudiziale impediante, oppure rinviarla all'esito del processo arbitrale, l'arbitro compie una valutazione *prima facie*, non vincolante ed informale, circa la probabile fondatezza

o infondatezza della questione: solo se ritenga che sussistano buone probabilità di accoglimento, rimetterà subito in decisione, per evitare il rischio di svolgere un'ulteriore attività processuale inutile; se invece ritenga la questione probabilmente infondata, la decisione più ragionevole sarà quella di rinviare all'esito del processo, per decidere tutto in una volta sola.

L'arbitro potrà inoltre, se lo desidera, rendere manifeste le predette riflessioni con un'ordinanza.

Esempio. In prima udienza Caio eccepisce l'invalidità della convenzione arbitrale. È opportuno che l'arbitro valuti *prima facie* l'eccezione, per decidere se continuare con il procedimento o pronunciarsi immediatamente sulla questione pregiudiziale. a) Propenderà per la prima soluzione se ritenga l'eccezione verosimilmente infondata e potrà anche esplicitare detta intenzione in una ordinanza pronunciata *in limine litis*, rinviando al lodo finale ogni più approfondita valutazione: l'ordinanza non è vincolante, né per le parti né per l'arbitro, che potrà sempre cambiare idea. In sede di decisione l'arbitro potrà ritenere, *re melius perpensa*, la convenzione invalida (nel qual caso, peraltro, l'istruttoria svolta sarà stata inutile), oppure potrà ritenerla valida: in entrambi i casi il lodo sarà definitivo, perché, in caso di dichiarata validità, si passerà alla decisione nel merito. b) Se, invece, valuti *prima facie* come probabilmente fondata l'eccezione, sarà opportuno rimettere subito in decisione, per evitare ulteriori attività che potrebbero con ogni probabilità risultare superflue; il lodo potrà essere definitivo, se l'arbitro riscontri effettivamente l'invalidità della convenzione arbitrale, o non definitivo, quando decida per la sua validità: detto lodo, a differenza dell'ordinanza, non sarà revocabile o modificabile e potrà essere accoppiato ad una ordinanza contenente i provvedimenti più opportuni per la prosecuzione del giudizio arbitrale (ad esempio la fissazione di una udienza o l'ammissione di mezzi istruttori). Per una breve guida sui tipi di provvedimenti da adottare ogniquale volta gli arbitri debbano pronunciarsi su domande o su questioni v. cap. XV, par. 11.

7. Le questioni preliminari e pregiudiziali di merito.

Le questioni di merito riguardano il diritto soggettivo sostanziale dedotto in lite e l'arbitro deve necessariamente pronunciarsi su di esse per giungere alla decisione di merito: sono i fatti costitutivi, impeditivi, estintivi e modificativi, che incidono sull'esistenza o il modo d'essere del diritto controverso.

Esse vanno tenute ben distinte dalle domande, che individuano i diritti soggettivi controversi oggetto del processo arbitrale. Di regola, per ogni domanda vengono in rilievo più questioni, in quanto per ogni diritto vengono in rilievo più fatti.

È possibile distinguere le questioni di merito in due categorie:

a) le questioni che non possono essere oggetto di una causa autonoma (da molti definite come questioni preliminari di merito) o meri fatti;

b) le questioni che possono essere oggetto di una causa autonoma (da molti definite come questioni pregiudiziali di merito) o fatti-diritti. Converrà trattarle separatamente nei due paragrafi che seguono.

Esempi (*con approfondimento*). La categoria delle questioni di merito è composita, ove venga vista dalla prospettiva del processo che, attraverso i criteri di individuazione delle azioni e delle eccezioni, “deforma” i diritti soggettivi, mettendo in luce le reciproche interrelazioni, nonché la loro struttura interna. 1. *L'impostazione qui accolta*. Utile è a questo proposito l'inquadramento del diritto soggettivo come “fattispecie-effetto”: la fattispecie è l'insieme degli elementi, giuridicamente qualificati, che dà luogo all'effetto giuridico (il diritto, appunto). Questi elementi possono consistere in meri fatti, oppure in veri e propri effetti giuridici (cioè diritti) che compongono la fattispecie di un altro diritto: questi ultimi vengono efficacemente denominati da una dottrina fatti-diritti, definizione di cui si farà uso nel prosieguo. **Esempio 1.** Tizio chiede gli interessi del prezzo di una compravendita; Sempronio deduce che gli interessi non sono dovuti, perché non è dovuto neppure il capitale sollevando così un fatto-diritto impeditivo; infatti, la questione riguardante il capitale, pur essendo stata eccepita come mero fatto, potrebbe fondare una causa separata, perché accorda un autonomo bene della vita. L'esempio vale solo se si ritenga che gli interessi integrino un diritto diverso dal capitale (in dottrina è discusso). **Esempio 2.** Secondo l'interpretazione che ritengo preferibile, il diritto al prezzo di Tizio nei confronti di Caio è un insieme che contiene al suo interno più fatti-questioni (che l'arbitro deve cioè risolvere per accertare detto diritto). Caio potrà eccepire, ad esempio, la prescrizione, che è un – mero – fatto estintivo del diritto. Potrà altresì eccepire l'inadempimento dell'obbligo di consegna, che, dato il sinallagma contrattuale, può condizionare la condanna al pagamento del prezzo. Detto obbligo, a differenza della prescrizione, è un fatto-diritto: nell'esempio, ha assunto la veste di un mero fatto, cioè di una questione impediente la condanna al prezzo, per effetto dell'eccezione di Caio, ma potrebbe assumere la veste di vero e proprio autonomo diritto, ove Caio proponesse, invece di una mera eccezione, una domanda autonoma di accertamento e condanna all'ob-

bligo di consegna. Nel caso della prescrizione si parlerà di questione preliminare di merito, mentre nel caso della consegna si parlerà di questione pregiudiziale di merito.

2. *Altre ricostruzioni dottrinali.* Non adottato qui la distinzione, proposta invece da autorevole dottrina, fra pregiudizialità in senso logico e pregiudizialità in senso tecnico: la prima riguarderebbe la relazione fra un dato effetto giuridico e il rapporto giuridico complesso a cui detto effetto appartiene (ad esempio il contratto); la seconda riguarderebbe i casi in cui un distinto effetto giuridico sia contenuto nella fattispecie di un altro diritto (cioè la nozione di pregiudizialità qui accolta). Portano all'estremo questa impostazione le ss. uu. della Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, secondo cui, con riguardo all'impugnativa contrattuale, oggetto del processo non è il diritto all'impugnazione (annullamento, risoluzione ecc.) bensì l'intero contratto: ad esempio, se si fa valere l'adempimento di un contratto, oggetto della lite sarebbe l'intero rapporto e la sua eventuale nullità non sarebbe un fatto-diritto distinto, da sollevare tramite eccezione o domanda riconvenzionale, bensì farebbe parte dell'oggetto del giudicato in ogni caso, anche implicitamente (ove la nullità non venga rilevata, cioè, il giudicato sull'adempimento conterrebbe anche la "non nullità"). Senza poter qui spiegare le ragioni, che richiederebbero ben altra trattazione, preferisco affrontare il complesso problema attraverso un'analisi strutturale della fattispecie: pertanto, dalla mia prospettiva, l'oggetto del processo è soltanto il diritto all'adempimento e non l'intero rapporto giuridico, mentre ogni altro fatto-diritto che vi incida (ad esempio l'annullamento, la risoluzione, finanche la stessa nullità) è in relazione di pregiudizialità (tecnica, per chi accolga la predetta distinzione), alla quale si applicano l'art. 34 c.p.c. nel processo civile e l'art. 819 c.p.c. nell'arbitrato, allo stesso modo di tutti gli altri fatti-diritti pregiudiziali; ancora, dedotta l'obbligazione al prezzo, l'obbligazione alla consegna non è parte del rapporto giuridico complesso oggetto della lite, bensì è un fatto-diritto autonomo che si pone in relazione di reciproca dipendenza tecnica (cioè reciproca continenza di fattispecie).

3. *L'arbitrato può avere ad oggetto solo diritti e non questioni (cioè fatti).* Quanto sin qui detto presuppone che, a differenza della domanda, non sia possibile avviare un processo sull'accertamento di una mera questione. Ad esempio, non è possibile chiedere all'arbitro di accertare la prescrizione di un diritto al pagamento di un prezzo, quale fatto estintivo di quest'ultimo, perché il processo non avrebbe ad oggetto alcun diritto soggettivo; è possibile invece domandare l'accertamento – anche negativo – del diritto al prezzo, nell'ambito del quale dedurre la questione di prescrizione. Tuttavia, il suddetto presupposto non è pacifico in dottrina, poiché una parte degli autori ritiene che in arbitrato siano deducibili autonomamente anche mere questioni, quando vi sia interesse.

4. *Complicazioni soggettive.* Va precisato

che, nell'impostazione che ho deciso di adottare, non vi è alcuna differenza a seconda che il fatto-diritto sia di titolarità attiva o passiva delle stesse parti, oppure di parti differenti: in caso di differenza soggettiva, tuttavia, la questione è più complessa, perché viene in gioco il diritto di difesa del terzo coinvolto. Ad esempio, la banca Tizia stipula con Caio un contratto di fideiussione per garantire il debito del figlio di quest'ultimo, Sempronio. Sorge controversia circa la debenza della garanzia e l'arbitro deve decidere pregiudizialmente sulla sussistenza del debito fra Tizia e Sempronio, senza il quale non sussisterebbe neppure l'obbligo fideiussorio di Caio.

8. Segue: Le questioni di merito che non possono essere oggetto di causa autonoma.

L'arbitro deve pronunciarsi sulle questioni preliminari di merito in base all'art. 112 c.p.c., applicabile anche in arbitrato. Il giudicato, peraltro, avrà come oggetto unicamente il diritto fatto valere, mentre la questione preliminare di merito sarà conosciuta, in via strumentale, solo ai fini di accertare positivamente o negativamente il suddetto diritto.

Il meccanismo di rimessione in decisione della questione preliminare di merito è analogo a quello già visto con riguardo alla questione pregiudiziale di rito. Quando l'arbitro constata che la questione è in grado di definire autonomamente il giudizio, può decidere di rimetterla immediatamente in decisione senza attendere la conclusione del processo arbitrale; oppure può rimandare la decisione all'esito del processo. Se decide di rimettere subito in decisione, l'esito dipenderà dalla fondatezza o meno della questione. Il lodo che, nel decidere la questione preliminare, definisce l'intera vertenza accertando – positivamente o negativamente – il diritto sarà definitivo; in caso contrario, il lodo sarà non definitivo (come si dirà oltre, su “questioni”).

Esempio. Tizio eccepisce la prescrizione del credito di Caio. Poiché la prescrizione è astrattamente in grado di definire la vertenza comportando, se fondata, il rigetto della domanda, l'arbitro compie una valutazione informale *prima facie*, sulla sua fondatezza. Se la ritiene probabilmente fondata, rimette subito in decisione, senza attendere la fine dell'istruttoria e possono darsi due ipotesi. a) Se con il lodo accerti che il prezzo non è dovuto perché si è prescritto, il giudicato cade sul diritto al prezzo e non sulla questione della prescrizione, che è meramente strumentale all'accertamento de cre-

dito. *b)* Se invece accerti che la prescrizione non è maturata, il provvedimento non contiene l'accertamento circa il credito, che deve essere ancora oggetto di ulteriori indagini. La peculiarità (eccezionale) sta nel fatto che il relativo lodo, non definitivo, non contiene l'accertamento di un bene della vita, bensì la decisione su una mera questione preliminare di merito: esso sarà impugnabile solo insieme al lodo definitivo.

9. Segue: Le questioni di merito che possono essere oggetto di causa autonoma.

Come si è detto nel par. precedente, le questioni pregiudiziali che possono essere oggetto di causa autonoma sono state opportunamente qualificate come fatti-diritti: fatti rilevanti per la controversia su un dato diritto, che a loro volta costituiscono un altro diritto soggettivo, oggetto di un possibile giudizio separato in grado di accordare un "bene della vita" distinto.

Anche per i fatti-diritti l'arbitro deve necessariamente pronunciarsi sulla questione pregiudiziale. Tuttavia, vi è una complicazione in più: occorre infatti chiedersi se sulla questione pregiudiziale l'arbitro decida con efficacia di giudicato (si parla di accertamento incidentale), cioè con vincolo in giudizi futuri aventi ad oggetto il fatto-diritto o diritti da esso dipendenti; oppure se giudichi la questione ai soli fini del diritto fatto valere in quel processo (si parla di cognizione meramente incidentale o *incidenter tantum*), con la conseguenza che il fatto-diritto sarà di nuovo valutabile in futuri giudizi, ad altri fini.

La risposta sta nell'art. 819 c.p.c., speculare, ma non identico, all'art. 34 c.p.c. vigente nel processo di cognizione ordinario.

Volendo dare un'indicazione di massima, la chiave sta nelle modalità in cui il fatto-diritto entra nel processo arbitrale: o in via di eccezione, rilevabile *ex parte* o anche d'ufficio a seconda dei casi, oppure per effetto di una vera e propria domanda, ad esempio una domanda riconvenzionale del convenuto. Nel primo caso il fatto-diritto rimane allo stato di "fatto" e su di esso non scende il giudicato; nel secondo caso il fatto-diritto assume allo stato di "diritto", e, per la corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, l'arbitro decide con efficacia di giudicato.

Esempio. In una lite sull'adempimento del contratto fra Tizio e Caio, l'arbitro si pronuncia sulla questione pregiudiziale del suo annullamento, ritenendo il contratto valido. Successivamente, Tizio instaura un altro processo arbitrale per sentire dichia-

rare l'annullamento del contratto; l'arbitro può pronunciarsi su questa domanda, oppure è vincolato alla pronuncia precedente? Tutto dipende da come è stata introdotta nel primo processo la questione dell'annullamento. Tizio si è limitato ad eccepirla, il diritto all'annullamento sarà ancora proponibile in un altro processo; se Tizio ha formulato domanda riconvenzionale, l'ambito oggettivo del giudicato si allarga e la domanda di annullamento non sarà più proponibile.

Tuttavia, il problema in arbitrato è complicato, rispetto al processo statutale. Infatti, le questioni pregiudiziali potrebbero non essere arbitrabili, oppure potrebbero non essere comprese nella convenzione arbitrale. Inoltre, per espressa disposizione dell'art. 819-ter c.p.c., in arbitrato non opera l'istituto della sospensione obbligatoria del procedimento, che nell'ambito dei processi statuali serve da raccordo quando davanti ad altro giudice penda una causa pregiudiziale rispetto alla decisione della lite (art. 295 c.p.c.); ne consegue che l'eventuale sussistenza di una lite sul fatto-diritto pregiudiziale davanti al giudice statale non rileva, salvo il caso previsto dall'art. 819-bis, n. 2, c.p.c. che si vedrà subito appresso.

Volendo dare un sintetico quadro delle diverse ipotesi, possiamo dire quanto segue.

a) Per quanto attiene alle questioni compromettibili e potenzialmente coperte dalla convenzione arbitrale, se la questione pregiudiziale è sollevata dalla parte in via di mero fatto, solitamente in via di eccezione, l'arbitro ne conosce *incidenter tantum*, ai soli fini di accertare il diritto oggetto della lite.

Se invece la questione venga fatta oggetto di apposita domanda, ad esempio una domanda riconvenzionale, la questione sarà decisa una volta per tutte ad ogni effetto, vincolante anche per giudizi futuri sullo stesso oggetto o su oggetti dipendenti. Ciò vale anche quando sia la legge ad imporre la decisione con effetto di giudicato: stabilisca cioè che, ogniqualvolta sorga la questione, essa debba essere sempre accertata come autonomo diritto.

Le cose si complicano se la questione non sia compresa nella convenzione arbitrale, nel qual caso occorrerà che le parti siano tutte d'accordo per allargare la cognizione degli arbitri, quando sia finalizzata al giudicato.

b) Ulteriori complicazioni sorgono quando la questione pregiudiziale riguardi una materia non compromettibile. Di regola gli arbitri possono conoscerla in via meramente incidentale e l'assenza di una vera e propria decisione risolve ogni problema.

Quando invece debbano deciderla con efficacia di giudicato per espressa di-

sposizione di legge, si pone l'ostacolo della non compromettibilità. In quest'ultimo caso, dunque, gli arbitri avranno l'obbligo di sospendere il processo *ex art. 819-bis*, comma 1, n. 2, in attesa che il giudice si pronunci con sentenza passata in giudicato. La parte interessata è tenuta a depositare "presso gli arbitri copia autentica dell'atto con il quale la controversia sulla questione pregiudiziale è proposta davanti all'autorità giudiziaria", entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione (art. 819-bis, comma 3), a pena di estinzione del processo arbitrale. Per la riassunzione del processo all'esito della decisione giudiziale vale quanto detto al par. 3.

10. *Segue: L'eccezione di compensazione.*

L'art. 817-bis c.p.c. contiene una disciplina specifica sull'eccezione di compensazione: si precisa, opportunamente, che gli arbitri possono conoscere dell'eccezione di compensazione nei limiti del valore del credito domandato, anche se il controcredito fuoriesca dall'oggetto della convenzione arbitrale. La disposizione permette così di introdurre nel processo arbitrale il controcredito, anche se derivi da un titolo diverso da quello a cui la convenzione arbitrale si riferisce, purché sia conosciuto dagli arbitri ai soli fini di estinguere il credito domandato.

Per comprendere la norma occorre ricordare che l'eccezione di compensazione viene tradizionalmente ritenuta un'ipotesi di accertamento incidentale *ex lege*: vi è cioè l'obbligo per il giudice di accertare il controcredito con effetto di giudicato (art. 35 c.p.c., salvo discutere se sia necessaria o meno la contestazione del credito eccepito in compensazione).

In arbitrato, possono darsi tre diverse eventualità.

a) Gli arbitri sono chiamati a conoscere di un controcredito compreso nella convenzione arbitrale. In questo caso, ritengo che valga la regola, già vista, dell'accertamento incidentale *ex lege*, per cui essi avranno il potere di decidere sull'intero controcredito con effetto di giudicato (salvo verificare se la contestazione sia o meno necessaria). L'art. 817-bis, nel precisare che la regola si applica "anche" al caso in cui il controcredito non sia compreso nel patto compromissorio, conferma *a contrario* questa lettura, poiché è irragionevole ritenere che, quando il controcredito sia compreso nella convenzione arbitrale, debba escludersi l'accertamento *ex lege*.

b) Gli arbitri sono chiamati a conoscere di un controcredito estraneo alla convenzione arbitrale e contestato. L'utilizzo del verbo "conoscere", anziché "decidere", da parte del legislatore nell'art. 817-bis cit., indurrebbe a ritenere che gli arbitri

tri siano tenuti ad una valutazione del controcredito soltanto in via di cognizione *incidenter tantum*. L'esigenza che l'accertamento arbitrale sia frutto della volontà delle parti confermerebbe la tesi.

Tuttavia, come è stato giustamente notato, questa soluzione renderebbe superflua la successiva specificazione circa il fatto che la decisione deve avvenire “nei limiti del valore della domanda”, perché la valutazione meramente incidentale, essendo finalizzata unicamente a dichiarare l'estinzione del credito domandato dall'attore, è già *in re ipsa* limitata all'entità di quest'ultimo. Pertanto, pur con tutti i dubbi del caso, mi sembra più convincente la soluzione opposta: gli arbitri sono tenuti a pronunciarsi con accertamento incidentale *ex lege* sul controcredito, nei soli limiti del valore del credito domandato in via principale, non avendo i necessari poteri per giudicare sul residuo.

Potranno invece decidere sulla parte eccedente, nell'ipotesi in cui la parte non sollevi l'esorbitanza della questione *ex art. 817 c.p.c.*

Esempio. Se Tizio chiede 100 a Caio, sulla base di un contratto di compravendita contenente la convenzione arbitrale e Caio eccepisce che sussiste un controcredito di 150, derivante da un altro contratto di mutuo, non contenente la clausola arbitrale, gli arbitri potranno giudicare con efficacia di giudicato su entrambi i crediti, ma, per quanto riguarda il controcredito, solo nei limiti di 100. Se, dunque, ritengano il controcredito esistente, entrambi saranno estinti per 100 e si potrà ridiscutere in un altro processo dei 50 residuali. Se invece gli arbitri ritengano inesistente il controcredito, per un verso il credito principale non si estinguerà (e potrà essere riconosciuto ove ne sussistano tutti i presupposti), per altro verso il controcredito sarà accertato come inesistente solo nei limiti di 100. Se, poi, l'attore nei confronti del quale viene eccepita la compensazione non rilevi l'inesistenza della convenzione arbitrale sul controcredito, la competenza degli arbitri sul controcredito si avrà per radicata anche sui 50 residui.

c) Il giudice statuale, adito per il pagamento di un credito, è chiamato a conoscere di un controcredito assistito da convenzione arbitrale. L'art. 817-*bis* non regola questa ipotesi. Dunque, se l'attore sollevi l'*exceptio compromissi* in ordine al controcredito opposto dal convenuto (altrimenti il giudice potrà liberamente occuparsene), si potrebbe forse invocare, in via analogica, l'art. 35 c.p.c. nella parte in cui regola l'ipotesi di incompetenza del giudice rispetto alla somma opposta in compensazione.

11. Processi pregiudiziali pendenti; la sospensione facoltativa.

Da quanto detto precedentemente, si è compreso che l'arbitro non ha, in via generale, il dovere di sospendere il procedimento arbitrale quando penda davanti a lui, ad altro arbitro, o al giudice statale, una lite pregiudiziale.

Lo conferma l'art. 819-*ter*, secondo cui la competenza dell'arbitro non è esclusa dalla pendenza di eventuali liti connesse o identiche davanti al giudice, per cui i relativi procedimenti continuano in via parallela, senza applicazione dell'art. 295 c.p.c. Ciò vale, secondo la giurisprudenza, a prescindere da quale causa sia stata iniziata per prima (Cass., 3 settembre 2007, n. 18525 [2]).

Si discute invece se il giudice sia tenuto a sospendere in attesa della definizione di un processo arbitrale pregiudiziale: sulla carta non vedrei motivi per escluderlo, anche se la possibilità, in capo al giudice, di conoscere incidentalmente la questione pregiudiziale *ex* art. 34 c.p.c. finirà per escluderne l'esigenza (*contra*, invece Cass., 6 ottobre 2020, n. 21497, fa leva su una interpretazione estensiva dell'art. 819-*ter* comma 2 [3]).

Ne segue che, in presenza di una lite pregiudiziale, l'arbitro deve applicare l'art. 819 in combinato disposto con l'art. art. 819-*bis* (par. 10).

La situazione cambia se il giudice sia già pervenuto ad una sentenza. Il comma 2 dell'art. 819-*bis* c.p.c. richiama infatti l'art. 337 c.p.c. e permette agli arbitri di sospendere il processo davanti a loro, nell'ipotesi in cui sia invocata dalle parti "l'autorità di una sentenza".

Tutto sta nel capire cosa si debba intendere per "autorità" della precedente decisione. Tenendo presente che la norma rappresenta l'unica strada per impedire un contrasto logico (che si verifica appunto in caso di pregiudizialità, quando le soluzioni non siano armoniche) o materiale (che si verifica nel diverso caso in cui le liti abbiano lo stesso oggetto) fra pronunce, propenderei per un significato allargato alla sentenza non ancora passata in giudicato, impugnata in appello o in cassazione. Inoltre, in virtù dell'equiparazione fra lodo e sentenza, riterrei che la sospensione possa essere disposta anche quando sia fatto valere un lodo arbitrale emesso in un altro procedimento.

Data l'ampia interpretazione accolta, gli arbitri dovranno però fare un uso molto prudente di questa possibilità, soppesando rischi e benefici: da un lato, la sospensione può essere opportuna al fine di evitare futuri contrasti fra decisioni, che possono dar luogo all'impugnazione del lodo; d'altro lato, vi è il rischio allungare di molto i tempi del processo arbitrale.

Esempio. In un giudizio arbitrale avente ad oggetto gli interessi di una obbligazione di pagamento somme, il convenuto Sempronio formula domanda riconvenzionale di annullamento del contratto dal quale è nata l'obbligazione: domanda non compresa nella convenzione arbitrale e già oggetto di un processo davanti al giudice. Gli arbitri potranno valutare l'annullamento del capitale ai soli fini degli interessi, senza vincolo di giudicato: se, però, il giudice si sia già pronunciato e gli arbitri, dissentendo dalla pronuncia giudiziale, ritengano non opportuno correre il rischio di decisioni disarmoniche, potranno decidere di sospendere.

Sentenze



1. Corte Costituzionale, 28/11/2001, n. 376
2. Cassazione civile sez. III, 03/09/2007, n. 18525
3. Cassazione civile sez. I, 06/10/2020, n. 21497
4. Corte giustizia UE IV sezione, 27/01/2005, C-125/04

Bibliografia essenziale



CAPITOLO XV

IL LODO

1. Il transito alla fase della decisione.

Terminata la trattazione, con o senza istruttoria, arriva il momento di decidere. In arbitrato non è previsto un passaggio formale da una fase all'altra, come accade nel processo civile con l'udienza di precisazione delle conclusioni (utile, fra l'altro, ai fini del provvedimento interinale di condanna *ex art. 186-ter c.p.c.*, che non è tuttavia applicabile in arbitrato: cap. XI, par. 14).

Occorre peraltro che gli arbitri rispettino il contraddittorio anche in questo momento di transizione, dando la possibilità alle parti di interloquire sulle risultanze dell'attività istruttoria, pena l'annullamento del lodo (v. cap. XI, par. 3). Spetta agli arbitri, possibilmente di concerto con le parti, stabilire le modalità più idonee a tali fini: ad esempio, potranno assegnare alle parti termini per il deposito di memorie conclusionali, con l'eventuale replica, sempre scritta; potranno stabilire una trattazione esclusivamente orale, fissando apposita udienza per la discussione; oppure, con tecnica mista, potranno ordinare il deposito di memorie scritte con eventuale replica in udienza, o viceversa.

Non è neppure previsto un formale invito alle parti a precisare definitivamente le proprie conclusioni, cioè le loro domande ed istanze (ad esempio, le richieste di prove che gli arbitri non abbiano ammesso e che la parte intenda rimettere alla loro attenzione in sede di decisione). Tuttavia, la ricapitolazione di ciò che viene chiesto è da ritenersi oltremodo opportuna, per agevolare gli arbitri nella determinazione dei quesiti sui quali sono chiamati a rispondere. A

tal fine, non vi è necessità di una udienza espressamente dedicata: sarà sufficiente un foglio di conclusioni da depositare separatamente o insieme ad eventuali memorie finali.

In caso di difformità fra le conclusioni rassegnate all'esito dell'istruttoria e quelle precisate negli atti introduttivi o comunque all'inizio dell'arbitrato, occorrerà verificare che la divergenza non leda il diritto di difesa dell'avversario, privato della possibilità di interloquire sulla modificazione, sia con nuove allegazioni, sia con richieste di prova e che non siano stati violati eventuali termini dichiarati perentori; inoltre, gli arbitri dovranno verificare se la modifica importi rinuncia alla versione originariamente proposta, in favore di quella da ultimo modificata.

Nel capitolo precedente si è visto che gli arbitri, all'inizio della trattazione, possono rimettere subito in decisione una questione preliminare o pregiudiziale impediente e, in assenza di diversa previsione di legge, la rimessione potrà essere anche parziale: dunque gli arbitri, a differenza dei giudici, possono invitare le parti a dedurre le loro difese solo con riguardo alla questione impediente.

2. I passaggi in cui si snoda la fase della decisione.

La fase della decisione si snoda, di regola, nei seguenti passaggi:

- a) deliberazione del lodo;
- b) redazione del lodo per iscritto (che può essere contestuale alla fase di deliberazione, ma di regola la segue);
- c) sottoscrizione del lodo da parte di tutti gli arbitri entro il termine fissato per la pronuncia;
- d) comunicazione del lodo alle parti entro i successivi dieci giorni.

3. La deliberazione, la redazione e la firma del lodo.

La fase di deliberazione del lodo si atteggia in modo differente, a seconda del numero degli arbitri. Infatti, mentre nel caso di arbitro unico il momento della deliberazione non segue particolari modalità e può rimanere indistinto dalla redazione e dalla sottoscrizione del lodo, nel caso di collegio arbitrale, invece, l'*iter* è più complesso. È opportuno distinguere tra *quorum* costitutivo e *quorum* deliberativo.

a) *Quorum costitutivo*. L'art. 823 c.p.c. richiede, come regola generale, la “partecipazione” di tutti gli arbitri facenti parte del collegio. Soltanto se uno degli arbitri lo richieda, o se sia stato così previsto dalle parti *ex art. 816-bis c.p.c.*, è obbligatoria la “conferenza personale”.

Conferenza personale significa che gli arbitri debbono trovarsi fisicamente nel medesimo luogo e nel medesimo tempo, per raggiungere una decisione; per partecipazione, invece, si intendono tutte le possibili modalità che permettano un ruolo attivo di ciascun arbitro nella fase di deliberazione.

Esempi. Può ipotizzarsi una videoconferenza; oppure una *conference call*, cioè una conferenza telefonica in contestualità di tutti gli arbitri; uno scambio di *e-mails*; e così via. È frequente lo scambio di opinioni e appunti fra gli arbitri, mentre sembra meno opportuna la predisposizione di una bozza di lodo da parte del presidente, da sottoporre agli altri arbitri prima ancora che vi sia stata una corale discussione sulla lite; utile può essere invece la preparazione, da parte del medesimo, di una tabella o di uno schema con i punti rilevanti per la decisione, sui cui gli altri arbitri possono esprimere la loro opinione.

La ragione della distinzione sta nel fatto che, pur essendo la conferenza personale di gran lunga preferibile al fine di assicurare una effettiva collegialità, non sempre è possibile per gli arbitri essere fisicamente compresenti, per impedimenti di qualunque natura o distanze che non permettano una riunione in tempi brevi.

Inoltre, la prassi dell'arbitrato riporta casi patologici in cui uno degli arbitri adotta un comportamento ostruzionistico, ostacolando la deliberazione del lodo nella speranza di forzare il collegio ad adottare una decisione diversa da quella ch'egli si aspetta. Tale comportamento, oltre a rilevare sia sul piano deontologico sia su quello risarcitorio, giustifica una richiesta di sostituzione dell'arbitro ai sensi dell'art. 813-*bis* c.p.c.: tuttavia, nell'imminenza della scadenza del termine per la decisione, non è sempre possibile ricorrere alla suddetta procedura, che richiede un certo tempo. L'art. 823, nel sancire l'obbligo della mera partecipazione degli arbitri, permette di superare l'*impasse*. Basterà cioè che gli arbitri mettano il collega a conoscenza dei loro convincimenti circa il caso, affinché possa dirsi che anch'egli, pur rimanendo in silenzio, abbia partecipato alla fase di delibera. Per alcuni sarebbe addirittura sufficiente un invito formale alla deliberazione.

Alcuni regolamenti permettono addirittura agli altri arbitri di continuare in

assenza dell'arbitro riottoso (c.d. *truncated tribunal*): ad esempio l'art. 12.5 *Icc* che prevede il controllo dell'ente o l'art. 15 *International Centre for Dispute Resolution, Aaa (Icdr)*, che lascia agli arbitri la piena discrezionalità di decidere in tal senso. Si tratta di una soluzione di dubbia validità, con riguardo all'ordinamento italiano, perché, venendo meno la collegialità della deliberazione, pur nei limiti della già vista partecipazione, si altera il principio inderogabile di equidistanza del collegio arbitrale rispetto alle parti.

b) *Quorum deliberativo*. La decisione può essere adottata anche soltanto a maggioranza dei voti. Se uno degli arbitri dissente e non intende firmare il lodo, è necessario però che gli altri arbitri ne diano atto, a pena di nullità (art. 823, comma 2, c.p.c.).

In Italia, a differenza di altri sistemi (art. 20, *Arbitration act* inglese, art. 35 l. spagnola, art. 1512 c.p.c. francese), non è invece previsto che il voto del presidente prevalga, in assenza del raggiungimento di una maggioranza.

Terminata la fase di deliberazione, si passa alla stesura materiale e alla sottoscrizione della decisione. Nella prassi, la redazione del lodo viene spesso affidata ad uno degli arbitri, di solito il presidente, che la farà circolare per eventuali modifiche od integrazioni, prima del varo finale (redazione unilaterale legittimata da Cass., 24 ottobre 2017, n. 25189).

Quando il termine sta per scadere o è già scaduto, gli arbitri possono stendere per iscritto e sottoscrivere – almeno a maggioranza – il solo dispositivo: in questo modo, ottengono l'effetto di bloccare eventuali future iniziative delle parti, tese a far valere l'invalidità del lodo tardivo rispetto al termine per la sua pronuncia (art. 821 c.p.c., cap. XI, par. 9).

Alcuni regolamenti prevedono che il lodo, prima di essere definitivamente pronunciato, sia sottoposto all'approvazione dell'ente arbitrale, in automatico o su istanza degli arbitri (cfr. art. 34 Cam). L'intervento è di regola finalizzato a correggere eventuali errori di forma, ma, in alcuni regolamenti, può spingersi fino a rilevare eventuali problemi sulle statuizioni di merito in grado di influenzare la validità o l'esecutorietà del lodo (ad esempio omessa pronuncia su alcune domande); l'ente deve peraltro limitarsi a segnalare le eventuali obiezioni agli arbitri, che saranno liberi di valutarle come meglio credano (art. 33 *Icc*).

4. L'opinione concorrente e dissenziente.

Molti si chiedono se un arbitro possa esprimere posizioni differenti da quelle della maggioranza.

Nel processo davanti al giudice vige il segreto della camera di consiglio, cioè l'obbligo, la cui violazione è penalmente sancita, di non rendere manifesto il proprio dissenso durante la decisione. Il testo novellato dell'art. 131 c.p.c. prevede un'opportuna attenuazione, necessaria per coordinare il suddetto principio con la responsabilità civile del giudice: questi può infatti manifestare l'opinione dissenziente su atto separato dalla sentenza, da depositarsi in plico sigillato presso il tribunale e destinato ad essere aperto nell'eventualità che sia iniziato un procedimento di responsabilità civile nei riguardi del collegio giudicante.

In arbitrato, non vi è un espresso divieto di esprimere una posizione diversa da quella della maggioranza, ma la sua ammissibilità non è pacifica. È vero, infatti, che il reato di violazione del segreto della camera di consiglio non può operare, perché gli arbitri non sono equiparabili all'autorità giudiziaria; tuttavia, il dissenso è espressamente codificato dall'art. 823 c.p.c., che permette all'arbitro dissenziente di non firmare il lodo, esonerandolo così da ogni responsabilità risarcitoria per vizi *in iudicando*.

Per risolvere la questione, è opportuno distinguere fra opinione concorrente (*concurring opinion*) e opinione dissenziente (*dissenting opinion*).

La prima ricorre quando l'arbitro dissente dalle motivazioni ma non dal dispositivo della decisione e, a prescindere dalla modalità in cui venga espressa, fa parte integrante del contenuto del lodo, a riprova di una decisione discussa ed approfondita, mentre la delibera è comunque da intendersi resa all'unanimità. Va dunque a mio avviso senz'altro ammessa.

Più delicata è l'ammissibilità della *dissenting opinion*, quando cioè le divergenze riguardino sia la motivazione sia il dispositivo.

Il panorama interpretativo è diviso fra chi ritiene legittimo, anzi dovuto, che le parti abbiano contezza del dissenso di uno degli arbitri e dei relativi motivi; e chi invece sottolinea il rischio di un indebolimento della decisione, prodromico ad un suo eventuale annullamento, adducendo a riprova il fatto che, nella grande maggioranza dei casi, a dissentire è l'arbitro nominato dalla parte soccombente. Alcuni regolamenti prevedono espressamente la possibilità di inserire in calce al lodo una opinione dissenziente (v. art. 47 *Icsid*), altri la vietano (art. 63, reg. *Jcaa*, *Japan Commercial Arbitration Association*).

Non sono in linea di principio sfavorevole all'ammissibilità dell'opinione dissenziente, purché sia intesa in coerenza con la sua funzione, che non è quella di evidenziare eventuali motivi di impugnazione del lodo ad uso e consumo di una parte, bensì di manifestare il proprio convincimento a favore di una diversa valutazione dei fatti e delle norme, ritenuta più corretta, in una prospettiva costruttiva e senza intento polemico con l'*iter* argomentativo seguito dalla maggioranza.

La prassi riporta forme più "attenuate" di manifestazione del dissenso, inglobate, anonimamente o no, all'interno della motivazione, in modo che la maggioranza possa rispondere alle obiezioni mosse, come occasione per un maggior approfondimento delle diverse questioni ed un rafforzamento della decisione, firmata di regola da tutti gli arbitri. La Corte di cassazione ha riconosciuto la legittimità di una siffatta modalità (Cass., 28 settembre 2015, n. 19163 [1]).

L'opinione dissenziente vera e propria, invece, come espressione di una visione radicalmente diversa, è autografa e viene nella maggior parte dei casi scritta a parte, datata contestualmente alla delibera o quanto meno non oltre la firma del lodo e acclusa a quest'ultimo; si ritiene dai più che, pur essendo comunicata alle parti insieme al lodo, vi resti estranea; di essa si dà, di regola, notizia all'interno del lodo, con la precisazione che la delibera è avvenuta a maggioranza.

La prassi, peraltro, riporta casi in cui l'arbitro, del cui dissenso si dà atto, sottoscrive il lodo: ho dubbi che in questo caso l'opinione dissenziente valga a sollevarlo da eventuale responsabilità nel giudicare, perché la sottoscrizione gli attribuisce, nonostante tutto, la paternità della decisione nel suo complesso.

5. I requisiti del lodo.

Il contenuto-forma del lodo è disciplinato dall'art. 823, comma 2, c.p.c., da coordinare con l'art. 829, comma 1, n. 5. Il legislatore distingue fra due categorie di requisiti: quelli la cui mancanza determina la nullità del lodo e quelli che possono essere integrati anche in un secondo momento, tramite la correzione da parte degli arbitri o del giudice (art. 826).

a) I requisiti previsti dall'art. 823 a pena di nullità del lodo:

- a1) l'esposizione sommaria dei motivi che hanno portato alla decisione;*
- a2) il dispositivo, cioè la risposta degli arbitri alle domande delle parti;*
- a3) la sottoscrizione di tutti o della maggioranza degli arbitri, nel qual caso occorre dare atto che il lodo è stato deliberato con la partecipazione di tutti e che gli*

altri non hanno voluto o potuto firmare il lodo; questo requisito, si diceva, è a pena di nullità, ma se la sottoscrizione manca in uno soltanto degli originali, oppure vi è difformità fra questi ultimi con riguardo alle firme, è possibile la correzione.

b) I requisiti previsti dall'art. 823 non a pena di nullità del lodo:

b1) l'indicazione degli arbitri;

b2) l'indicazione della sede dell'arbitrato, fondamentale per conoscere, fra gli altri, il foro davanti al quale proporre l'impugnazione;

b3) l'indicazione delle parti, anch'essa essenziale, perché se non è possibile individuare in alcun modo, neppure dal contesto della motivazione, i soggetti della lite, non è possibile attuare materialmente il lodo;

b4) l'indicazione dell'accordo compromissorio e delle conclusioni rassegnate dalle parti; riguardo alle seconde, è buona regola per l'arbitro dare atto anche delle eventuali modifiche che le parti abbiano apportato alle loro conclusioni nel corso del processo;

b5) la data di ciascuna sottoscrizione. Benché non sia prevista a pena di nullità, l'omissione è grave, perché da quel momento decorre il termine lungo per l'impugnazione (v. cap. XVI, par. 1); inoltre, essa rappresenta il *dies ad quem* per verificare il rispetto del termine per la pronuncia del lodo. Occorrerà dunque trovare una soluzione, attraverso, eventualmente, il ricorso al procedimento correttivo, benché quest'ultimo non si attagli perfettamente al caso. Secondo la giurisprudenza, se la parte intenda contestare la data indicata dagli arbitri deve proporre querela di falso (Cass., 7 febbraio 2014, n. 2807). Di regola accanto alla data si indica anche il luogo di sottoscrizione.

c) I requisiti non indicati dall'art. 823 ma opportuni.

La novella del 2006 ha eliminato, tra le indicazioni necessarie, il resoconto dello svolgimento del processo, che, tuttavia, può essere opportuno inserire, per dimostrare la regolarità degli atti ed il rispetto del contraddittorio.

Non sono più richiesti né il luogo di delibera del lodo, né l'attestazione della conferenza personale (essendo richiesta solo l'indicazione della "partecipazione" di tutti gli arbitri, quando il lodo sia a maggioranza), ma ritengo essenziale darne atto, quanto meno quando uno degli arbitri l'abbia chiesto, in quanto una interpretazione coordinata dell'art. 823 commi 1 e 2 n. 7 potrebbe portare a ritenere il lodo reso a maggioranza nullo, in difetto; la specificherei comunque, anche a prescindere dall'espressa richiesta di uno degli arbitri o delle parti.

Infine, è consigliabile indicare il criterio di giudizio, diritto od equità, utilizzato dagli arbitri nella decisione.

6. L'efficacia del lodo.

La novella del 2006 ha espressamente sancito, all'art. 824-*bis* c.p.c., che il lodo rituale ha “dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”.

Si è già detto, al cap. I, della natura dell'arbitrato e del lodo: qui basti ribadire che, secondo l'impostazione preferibile, la decisione degli arbitri ha peculiarità sue proprie e rappresenta una fattispecie precettiva a sé stante, autonoma sia rispetto al contratto sia rispetto alla sentenza.

Quanto agli effetti, l'art. 824-*bis* cit. prende invece una posizione netta: la parificazione del lodo alla sentenza fin dalla sua sottoscrizione significa che la pronuncia arbitrale è vincolante nei riguardi delle parti, non appena firmata dagli arbitri anche a maggioranza, non più revocabile da questi ultimi. Benché il problema fosse già stato superato, in via interpretativa, prima della novella del 2006, l'equiparazione alla sentenza facilita la circolazione dei lodi italiani all'estero, dato che la convenzione di New York del 1958, all'art. V, subordina il riconoscimento del lodo straniero alla circostanza ch'esso abbia efficacia vincolante (*binding*) nel paese di origine.

Nulla si dice, invece, in ordine al momento nel quale il lodo statuisce in modo incontrovertibile sul diritto sostanziale. Mentre per la sentenza non più soggetta alle impugnazioni ordinarie il legislatore parla costantemente di passaggio in giudicato, per il lodo utilizza espressioni non concordanti: nell'art. 829 c.p.c. fa riferimento ad una non ben precisata non impugnabilità, mentre, con riguardo alle questioni pregiudiziali, l'art. 819 c.p.c. si spinge fino a parlare di efficacia di giudicato.

Ad ogni modo, da una lettura sistematica delle norme, emerge che per “non impugnabilità” occorre intendere l'impossibilità di proporre l'impugnazione per nullità, o perché sia scaduto il relativo termine, o perché l'impugnazione medesima sia già stata esperita. Invece, la revocazione straordinaria e l'opposizione di terzo, essendo esperibili in ogni tempo, non sono in grado di condizionarla.

L'impugnazione per nullità costituisce dunque il mezzo ordinario in grado di permettere l'equiparazione fra sentenza passata in giudicato e lodo non più soggetto a detta impugnazione. Valgono dunque i corollari che seguono:

a) al passaggio in giudicato si produrranno tutti gli effetti di accertamento e costitutivi;

b) si applica l'art. 2953 c.c., nella parte in cui trasforma la prescrizione breve in prescrizione decennale per effetto dell'accertamento incontrovertibile del diritto;

c) nei giudizi in cui è parte la pubblica amministrazione, il lodo non più impugnabile, analogamente alla sentenza passata in giudicato, fonda il giudizio di ottemperanza (art. 112, comma 1, lett. e), del codice del processo amministrativo);

d) al pari della cosa giudicata, il lodo non più impugnabile prevale rispetto allo *ius superveniens* retroattivo e alla declaratoria di incostituzionalità di una legge;

e) è possibile sollevare l'*exceptio rei per arbitratum finitae*, similmente all'eccezione di giudicato, in un successivo processo avente ad oggetto la medesima lite, o una lite connessa per pregiudizialità-dipendenza;

f) secondo l'interpretazione che ritengo preferibile, benché, occorre dirlo, affatto pacifica, il lodo non più impugnabile è in grado di spiegare gli effetti tipici della cosa giudicata, sia con riferimento all'oggetto del giudizio, sia con riferimento ai soggetti, in piena equiparazione alla sentenza.

In particolare, con riguardo all'oggetto, il lodo arbitrale ha efficacia vincolante sui diritti dipendenti da quello deciso e sono trasponibili, ove compatibili, tutte le elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza riguardanti i limiti oggettivi del giudicato statuale, come quella sulla contrapposizione fra diritti auto ed eterodeterminati, mentre per quel che riguarda le questioni pregiudiziali, varrà l'art. 819 (cap. XIV, par. 9).

Esempio. Tizio chiama Caio davanti agli arbitri per sentir accertare la proprietà di un appartamento ch'egli assume essergli stato donato in vita dallo zio Sempronio. L'arbitro accerta che la donazione è nulla per mancanza di forma solenne e rigetta la domanda con lodo che passa in giudicato. Successivamente, Tizio si rivolge al giudice per sentir accertare la proprietà dello stesso appartamento per averlo usucapito. I limiti oggettivi del lodo coprono il diritto di proprietà del bene, a prescindere dal titolo allegato (c.d. diritti autodeterminati), dunque il giudice sarà vincolato all'accertamento compiuto dagli arbitri.

Con riguardo ai soggetti, il lodo arbitrale spiega effetto, prima di tutto, nei riguardi delle parti del procedimento arbitrale, le c.d. parti in senso processuale; l'efficacia si estende agli eredi e agli aventi causa subentrati dopo la domanda (in virtù degli artt. 111 c.p.c., richiamato espressamente dall'art. 816-quinquies e 2909 c.c., i cui principi sono applicabili in virtù dell'equiparazione fra lodo e sentenza), nonché ai terzi, titolari di diritti dipendenti, soggetti agli effetti *ultra partes* del giudicato.

7. L'*exequatur* del lodo e le misure coercitive ex art. 614-bis c.p.c.

Il lodo, per produrre alcuni effetti, necessita di un “visto” del giudice.

Vi fa eccezione il lodo reso sotto l’egida dell’*Icsid*, in materia di investimenti *private to State*, che va trattato al pari di un “final judgement of a court in that State”, benché, per darvi concretamente esecuzione, occorra presentare la copia del lodo certificata dal Segretario generale *Icsid* all’autorità giudiziaria competente (art. 54 del regolamento *Icsid*).

In tutti gli altri casi il deposito in tribunale, regolato dall’art. 825 c.p.c., permette di ottenere:

- a) l’eseguibilità coattiva del lodo, tramite il processo di esecuzione forzata;
- b) la trascrizione del lodo su diritti immobiliari, che va coordinata con la trascrizione anticipata della domanda d’arbitrato, al fine di far retroagire gli effetti del lodo;
- c) l’iscrizione dell’ipoteca giudiziale sui beni del debitore.

Per attivare il procedimento di *exequatur* è necessario depositare il lodo in originale, o in copia conforme, insieme all’atto contenente la convenzione arbitrale, ove sussistente, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario ha sede l’arbitrato.

Il controllo del giudice è esclusivamente formale: egli verifica soltanto se il documento presentato sia *prima facie* un lodo, senza entrare nel merito di eventuali nullità (v. però, sulla vessatorietà della clausola compromissoria, cap. VI, par. 7).

All’esito di tale controllo e senza obbligo di convocare le parti, il giudice emette un decreto, con il quale concede o nega la esecutività. In caso di rigetto per incompetenza o per difetto dei necessari documenti giustificativi, l’istanza sarà riproponibile. In ogni ipotesi, contro il provvedimento di rigetto o di accoglimento è ammesso reclamo mediante ricorso alla corte d’appello, entro trenta giorni dalla sua comunicazione ed i giudici provvedono con ordinanza non ricorribile in cassazione secondo la giurisprudenza (Cass.. 27 ottobre 2016, n. 21739 [2]).

Una delle patologie più frequenti nella prassi è la concessione dell’*exequatur* nei confronti di un lodo irrituale, ma rinvio per la risposta al cap. XVIII, par. 4. Può altresì darsi l’omologazione di un lodo straniero, ritenuto dal Tribunale erroneamente interno: in tal caso il provvedimento sarà reclamabile e si potrà altresì proporre opposizione all’esecuzione eventualmente iniziata.

Se il lodo sia stato impugnato per nullità e l’impugnazione sia stata rigettata, sarei per ritenere, benché sia discusso, che gli effetti esecutivi conseguano automaticamente al passaggio in giudicato, senza necessità di deposito.

Una questione altrettanto discussa riguarda la possibilità per gli arbitri di pronunciare le misure coercitive *ex* art. 614-*bis* c.p.c., in caso di obbligazioni diverse dal pagamento di una somma di denaro, ma la maggior parte degli interpreti sembra favorevole.

Esempio. Gli arbitri condannano Tizio a dipingere il ritratto di Caia: si tratta di una obbligazione di fare, che non può essere coattivamente eseguita, poiché nessuno si può sostituire a Tizio nella realizzazione del quadro: se si sposa la tesi positiva, gli arbitri potranno, su istanza di Caia, condannare Tizio a pagare cento euro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento dell'obbligazione.

8. La comunicazione del lodo.

Il lodo va comunicato alle parti, a cura degli arbitri – nella prassi spesso a cura del presidente del collegio –, entro dieci giorni dall'ultima sottoscrizione.

Il termine non è a pena di nullità, ma è necessario rispettarlo, perché il lodo può essere impugnato entro un anno dall'ultima sottoscrizione ed eventuali ritardi nella comunicazione finirebbero per danneggiare la parte soccombente che voglia proporre gravame. Dubbia è la sussistenza di responsabilità risarcitorie in capo agli arbitri, dato che la legge richiede che il lodo venga annullato per lo stesso motivo che ha dato luogo a responsabilità, e una siffatta censura non è contemplata nell'art. 829 c.p.c.: si potrebbe forse costruire sulla lesione del diritto alla difesa. E comunque la Cassazione ha riconosciuto la possibilità di rimessione in termini nel caso in cui la parte dimostri di non aver potuto impugnare tempestivamente il lodo (Cass. sez. un., 30 marzo 2021, n. 8776, cit. par. 1, cap. XVI).

Di regola, la comunicazione consiste nella consegna a ciascuna delle parti di un originale e sarà pertanto necessario redigere tanti originali quanti siano i contendenti, più un originale da conservare a cura degli arbitri, per l'eventuale correzione.

L'art. 824 c.p.c. prevede che alle parti possa essere consegnata anche una copia conforme, ma l'utilità della previsione è attenuata dal fatto che la conformità deve essere attestata da tutti gli arbitri e non dal solo presidente, come sarebbe stato più opportuno per facilitare l'onere di comunicazione, in caso di redazione di un solo originale firmato da tutti.

La comunicazione può avvenire o mediante consegna a mani, da effettuare con apposita ricevuta di riscontro, o con plico raccomandato. Per plico rac-

comandato si intende la spedizione del lodo senza involucri (l'atto può essere piegato in tre parti e spillato), affinché il timbro di consegna risulti direttamente sul documento.

L'equiparazione fra comunicazioni cartacee e comunicazioni telematiche induce a ritenere che gli arbitri possano effettuare la comunicazione anche tramite posta elettronica certificata del lodo redatto su documento informatico e firmato digitalmente dagli arbitri medesimi: sarebbe però auspicabile un'espressa previsione in tal senso, sicché nel dubbio conviene procedere anche per la via cartacea.

9. La correzione del lodo.

L'art. 826 c.p.c. prevede la possibilità di correggere il lodo, nei casi in cui:

- a) contenga omissioni, errori materiali o di calcolo, anche se abbiano determinato divergenza fra i diversi originali del lodo;
- b) non contenga i requisiti di cui all'art. 823, n. 1), 2), 3), 4) c.p.c., cioè i requisiti che non sono previsti a pena di nullità (par. 6);
- c) difetti della sottoscrizione (o risultino altre difformità, sempre relativamente alle firme) in uno od alcuni degli originali: non in tutti, altrimenti il lodo sarebbe nullo.

La correzione del lodo può essere richiesta agli arbitri entro un anno dalla sua comunicazione ed essi debbono provvedere entro sessanta giorni, dandone notizia alle parti ai sensi dell'art. 824. Nel caso in cui gli arbitri non provvedano, o il lodo sia già stato depositato, diviene competente il tribunale. L'attribuzione del potere di correzione al tribunale in caso di deposito, che aveva una sua *ratio* nella disciplina originaria, non trova oggi una giustificazione sistematica: non si prevede più, infatti, che il lodo acquisisca efficacia di sentenza solo con il deposito in tribunale.

Nell'art. 828 è opportunamente stabilito che la proposizione dell'istanza di correzione non sospende il termine per l'impugnazione del lodo. Inoltre, se l'istanza viene accolta, è sempre possibile impugnare il lodo nel termine breve di novanta giorni dalla comunicazione dell'atto di correzione, limitatamente alle parti corrette, quando il termine originario sia già scaduto, oppure quando l'impugnazione del lodo sia già stata proposta. Infine, se, al momento in cui si propone l'impugnazione contro la parte corretta, penda già l'impugnazione in relazio-

ne alla parte che non è stata oggetto di correzione, i due procedimenti dovranno essere riuniti ai sensi dell'art. 831.

Al di fuori dei limiti della correzione, non è possibile, in Italia, alcun'altra forma di integrazione del lodo: né i c.d. *additional awards*, in caso di omissione di pronuncia, né i lodi interpretativi, entrambi previsti dalla legge modello *Uncitral* (art. 33) e da alcune leggi nazionali.

10. Il lodo non definitivo su domande e su questioni.

L'art. 827 c.p.c. disciplina il lodo con il quale gli arbitri, non esaurendo la materia del contendere, risolvono alcune soltanto delle questioni o domande dedotte davanti a loro. Il quadro è però più complesso di quanto sembri.

Il legislatore distingue infatti fra due sottotipi: il lodo che “decide parzialmente il merito della controversia”, immediatamente impugnabile e il lodo che “risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale”, impugnabile solo unitamente al lodo definitivo. L'art. 820, comma 4, lett. c) riprende la distinzione parlando di lodo non definitivo contrapposto a quello parziale. Infine, nell'art. 816-*bis*, è previsto che gli arbitri si pronuncino su tutte le questioni con ordinanza non impugnabile, sempre revocabile e modificabile, “se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo”.

Per capire quale sia l'esatto riparto di operatività fra ordinanza, lodo non definitivo e lodo parziale, occorre avere riguardo all'oggetto della pronuncia: l'ordinanza e il lodo non definitivo vertono su questioni, il lodo parziale su domande.

a) *Ordinanza*. L'ordinanza è la sede naturale per la pronuncia su qualsiasi questione che si presenti durante il procedimento. Tuttavia, riprendendo le osservazioni del cap. XIV, parr. 6-9, può darsi che sorga una questione di rito o di merito suscettibile di definire il giudizio davanti agli arbitri (cioè impediante). In questo caso, conviene valutare, *prima facie*, il grado di probabile fondatezza della questione: se il grado di probabilità è basso, gli arbitri potranno continuare nel processo, eventualmente anticipando la loro opinione circa la questione impediante in una apposita ordinanza, che non li vincolerà in sede di decisione finale; se il grado di probabilità è alto, invece, converrà loro decidere immediatamente, con lodo, definitivo o non definitivo a seconda dell'esito della decisione (punto b)).

Escluderei invece l'uso dell'ordinanza per una pronuncia, seppur modificabile, su domande, cioè su “beni della vita”: se il riferimento dell'art. 816-*bis* alla

non depositabilità dell'ordinanza indurrebbe ad una soluzione positiva, in quanto sembra dare per presupposta la potenziale esecutività, tipica del capo di condanna, mi pare decisivo, in senso opposto, il riferimento della stessa norma alle sole questioni. Il problema si è posto soprattutto per l'eccezione di invalidità della convenzione arbitrale, che però, a mio avviso, non è pronuncia su domande ma su questioni: *infra sub d*).

b) Lodo su questioni o lodo non definitivo. Gli arbitri si pronunciano con lodo non definitivo quando si limitano a decidere su un fatto costitutivo, impeditivo, modificativo o estintivo del diritto, oppure su una questione di natura processuale, senza statuire sull'esistenza o il modo d'essere del diritto litigioso. Si è già visto (cap. XIV, parr. 6-7-8-9), infatti, che l'arbitro, in sede di trattazione, può rimettere subito in decisione una questione di merito o di rito, pronunciando un lodo non definitivo su questioni se la soluzione adottata non permetta di definire l'intera vertenza.

La rimessione in decisione può però avvenire soltanto se la questione preliminare o pregiudiziale sia potenzialmente idonea a chiudere il processo arbitrale (sia cioè impediente): lo si desume, a mio parere – e benché non tutti siano d'accordo –, *a contrario*, dalla precisazione contenuta nell'art. 827, ove afferma che il lodo è non definitivo quando gli arbitri, nel risolvere la questione, non definiscano il giudizio: la specificazione presuppone una preventiva valutazione su tale qualità e sul fatto che almeno potenzialmente la questione sia in grado di definire il giudizio.

Parimenti, l'arbitro emette un lodo non definitivo, quando, avendo già rimesso l'intera causa in decisione, ritenga che soltanto una o più questioni siano mature per la decisione.

Nella categoria delle questioni di merito debbono ricomprendersi anche le questioni trasformabili, ma non trasformate, in cause (i c.d. fatti-diritti: cap. XIV, par. 9).

Rinviando al cap. XVI, par. 11 per il regime di impugnazione, resta da precisare quali siano i rapporti fra lodo non definitivo e lodo definitivo. In primo luogo, gli arbitri, in sede di lodo definitivo, non possono discostarsi da quanto già deciso nel lodo non definitivo, pena l'invalidità per disposizioni contraddittorie (art. 829, n. 11 c.p.c.): lo stesso vincolo vale per la Corte d'appello, investita dell'impugnazione del solo lodo definitivo. In secondo luogo, se per qualche motivo il lodo definitivo non venga pronunciato, il lodo non definitivo viene meno, secondo l'interpretazione più in linea con il dettato normativo che, nel sancire l'inimpugnabilità autonoma, lo concepisce come un mero prodromo alla pronuncia finale.

Esempi. 1. *Preliminare di merito*: gli arbitri decidono, alla prima udienza, di rimettere subito in decisione la questione della prescrizione del prezzo, eccepita dal debitore; ove ritengano che la prescrizione non operi, si tratterà di un lodo “non definitivo”, su questioni. 2. *Pregiudiziale di merito con fatto-diritto*. Viene chiesto il pagamento degli interessi di un capitale, ed il debitore eccepisce che quest’ultimo non è dovuto; gli arbitri rimettono in decisione sulla questione pregiudiziale e la risolvono ritenendo che il prezzo sia dovuto: il lodo è non definitivo, impugnabile soltanto con quello definitivo. La questione viene classificata da molti come pregiudiziale di merito, per contrapporla alla preliminare di merito, che non è suscettibile di trasformazione in domanda. In arbitrato, tutte le questioni, a prescindere dalla loro classificazione, sono accomunate sotto il lodo non definitivo. 3. *Pregiudiziale di rito*: durante il corso di un processo arbitrale tra la società Alfa e la società Beta sorgono delle contestazioni in merito alla capacità processuale del legale rappresentante della prima. Gli arbitri potranno scegliere se decidere immediatamente sulla capacità o se rinviare tutte le decisioni all’esito dell’istruttoria. Occorre premettere che, qualora gli arbitri rilevino un problema di capacità processuale, possono invitare la parte a regolarizzare la propria posizione. Peraltro, se il vizio non venga sanato, si determina la nullità dell’intero processo arbitrale; pertanto, gli arbitri dovranno effettuare una sommaria delibazione di probabile fondatezza della questione di capacità processuale, per valutare se rimettere subito la questione in decisione. Ove la sommaria delibazione abbia esito positivo essi pronunceranno un lodo. In particolare, il lodo sarà definitivo se rileveranno l’insussistenza della capacità; si tratterà di un lodo non definitivo qualora la ritengano sussistente, nel qual caso la causa sarà rimessa in istruttoria con ordinanza separata. 4. *Pregiudiziale di rito non impediente*. Non consente l’uso del lodo non definitivo la questione della determinazione della legge processuale applicabile, oppure del criterio di giudizio (equità, diritto).

c) *Lodo su domande o lodo parziale*. In un processo a pluralità di domande, il lodo parziale accerta l’esistenza o il modo di essere di uno o di alcuni dei diritti litigiosi, lasciando impregiudicati gli altri.

Il lodo è sempre parziale, sia quando pronuncia su una causa pregiudiziale, sia quando decide su alcune delle cause connesse per i soggetti, per il titolo o per l’oggetto.

I lodi parziali, al pari di quelli definitivi, sono eseguibili su deposito in tribunale, sono immediatamente impugnabili (cap. XVI, par. 11) e, se il lodo finale non venga pronunciato per qualunque motivo, sopravvivono all’estinzione del processo arbitrale.

Esempi. Tizio conviene in arbitrato Caio chiedendogli la risoluzione del contratto concluso fra le parti per inadempimento ed il conseguente risarcimento del danno. Gli arbitri potranno rimettere in decisione la domanda relativa alla risoluzione del contratto, rinviando ad ulteriore istruttoria quella sul risarcimento del danno. Ancora: di fronte agli arbitri viene richiesta la condanna al pagamento di un prezzo e degli interessi dal momento in cui il prezzo sia divenuto liquido ed esigibile. Si ponga il caso che l'*an* e il *quantum* del prezzo siano facilmente accertabili, mentre sorgano problemi sul *dies a quo* per l'esigibilità degli interessi, che richiede una lunga istruttoria. Gli arbitri possono scegliere di decidere immediatamente sul prezzo e posticipare la statuizione sugli interessi. Un tipo particolare di lodo parziale è la condanna generica *ex art. 278 c.p.c.*: riprendendo il primo esempio, gli arbitri potranno accertare l'*an* del risarcimento del danno, insieme alla risoluzione del contratto, eventualmente aggiungendovi una provvisoria, cioè un "acconto" sulla futura quantificazione, che viene rinviata all'esito di ulteriore istruttoria.

d) Il lodo sulla potestas iudicandi degli arbitri. Una specifica questione si è posta con riguardo al lodo con il quale gli arbitri si pronunciano sulla validità della convenzione arbitrale: se sia un lodo parziale o non definitivo.

Il problema si è posto in quanto, per un verso, l'art. 819-ter, ult. comma, c.p.c. mostra di considerare la questione sulla validità o l'efficacia della convenzione arbitrale come un bene della vita, tanto da permettere l'instaurazione di un processo autonomo davanti al giudice; per altro verso, la stessa norma e l'art. 817 c.p.c. parlano di competenza, tipica questione di rito. La questione è nodale, perché, in caso di lodo parziale, vi è onere di impugnazione immediata, mentre, in caso di lodo su questioni, occorre attendere il lodo definitivo, con conseguente inammissibilità di un'eventuale impugnazione immediata.

Nell'incertezza del panorama normativo, sono intervenute le sezioni unite (Cass., 18 novembre 2016, n. 23463 [3]), che, partendo dal presupposto della natura giurisdizionale dell'arbitrato, hanno definito il capo sulla *potestas iudicandi* come questione processuale ed hanno conseguentemente qualificato la decisione affermativa della validità della convenzione arbitrale come lodo non definitivo, quando gli arbitri non abbiano statuito anche sul merito chiudendo la lite avanti a sé. Condivido la soluzione, pur partendo da una diversa impostazione circa la natura dell'arbitrato (cap. I, par. 5): la validità della convenzione arbitrale rappresenta una mera questione pregiudiziale all'accertamento della *potestas iudicandi*

degli arbitri e la sua decisione non può, dunque, essere qualificata come capo su domanda (domanda sulla quale gli arbitri, fra l'altro, non avrebbero la legittimazione a pronunciarsi, non rientrando nell'ambito oggettivo dello stesso patto compromissorio).

Il lodo, essendo non definitivo su questioni, sarà impugnabile soltanto con il lodo definitivo.

Esempio. Innanzi agli arbitri, il convenuto, nella sua prima memoria, rileva la nullità della clausola compromissoria, per non compromettibilità della lite e gli arbitri convengono di decidere subito: se statuiscono che la materia oggetto dell'arbitrato non è compromettibile, il lodo sarà definitivo; se invece decidono che l'oggetto dell'arbitrato riguarda una materia compromettibile, il lodo non esaurisce tutta la materia del contendere loro devoluta, perché occorre continuare nel merito. Il lodo non è impugnabile subito, bensì occorre attendere il lodo definitivo ed impugnare poi entrambi insieme (la parte soccombente nel non definito ma vittoriosa nel definitivo potrebbe ritenere conveniente non impugnare).

11. Breve sintesi sulla forma dei provvedimenti degli arbitri, con riguardo all'oggetto della decisione.

Data la complessità del panorama, conviene effettuare una breve sintesi sui tipi di provvedimenti da adottare, ogni qualvolta si presenti agli arbitri la necessità di decidere su questioni o su domande.

a) Se si tratta di questioni istruttorie o relative alla conduzione del procedimento, la forma è l'ordinanza, revocabile e non depositabile, non vincolante per gli arbitri.

b) Se si tratta, all'opposto, di pronunciarsi sull'esistenza o il modo d'essere del diritto controverso, in maniera da esaurire l'intero oggetto del procedimento arbitrale, la forma è quella del lodo definitivo, irrevocabile ed impugnabile con gli strumenti tassativi previsti dalla legge.

c) Se si tratta di risolvere questioni che esulino dall'ambito istruttorio e investano l'ambito decisorio, si potrà trattare innanzitutto di questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito che non possono in astratto costituire oggetto di un autonomo processo (fatti). L'arbitro dovrà verificare se siano potenzialmente idonee a definire il giudizio, nel qual caso potrà rimetterle in decisione ed emet-

terà un lodo che potrà essere non definitivo o definitivo a seconda dell'esito della decisione; o potrà per contro rinviare la decisione all'esito della trattazione, se del caso anticipando le proprie considerazioni con ordinanza, sempre revocabile e modificabile. In sede di decisione finale, l'arbitro sarà vincolato alla decisione assunta nel lodo non definitivo, mentre quest'ultimo potrà essere impugnato soltanto insieme al lodo definitivo.

d) Se si tratta di questioni pregiudiziali di merito che possono costituire oggetto di un autonomo giudizio (c.d. fatti-diritti), può darsi innanzitutto che la questione non sia stata trasformata in causa, non sia stata cioè oggetto di una domanda di parte, nel qual caso gli arbitri ne conosceranno *incidenter tantum*, cioè ai soli fini della causa principale, con applicazione di quanto detto *sub c)*. Parimenti vale per il caso in cui sia stata proposta domanda su un fatto-diritto non compromettibile o su un fatto-diritto compromettibile, ma esterno alla convenzione arbitrale, senza l'accordo di tutti.

Se sia stata oggetto di domanda, la decisione in senso non ostativo per la prosecuzione del giudizio va pronunciata con la forma del lodo parziale. Il tutto a condizione che non si tratti di questione non compromettibile da risolversi con efficacia di giudicato *ex lege*, nel qual caso occorrerà sospendere il processo in attesa della sentenza del giudice.

e) In tutti i casi in cui si tratti di decidere su una delle domande cumulate nel processo arbitrale, o sulla condanna generica, il lodo è parziale, depositabile, immediatamente impugnabile e suscettibile di passare in giudicato.

Sentenze



1. Cassazione civile sez. I, 28/09/2015, n. 19163
2. Cassazione civile sez. I, 27/10/2016, n. 21739
3. Cassazione civile sez. un., 18/11/2016, n. 23463

Bibliografia essenziale



CAPITOLO XVI

LE IMPUGNAZIONI DEL LODO

1. Profili generali delle impugnazioni.

L'art. 827 c.p.c. elenca i mezzi di impugnazione contro il lodo arbitrale rituale (per l'irrituale v. cap. XVIII): l'impugnazione per nullità, la revocazione e l'opposizione di terzo. Essi non sono previamente rinunciabili, a differenza di altri sistemi, come quello svizzero sull'arbitrato internazionale fra parti non residenti in Svizzera (art. 192 l.d.i.p.).

Vediamo alcune caratteristiche generali, per poi passare all'esame dei singoli mezzi.

a) La tassatività dei rimedi. Non vi è spazio per altre impugnazioni: il regolamento di competenza è riservato alla sentenza dell'autorità giudiziaria, che si pronuncia sulla propria competenza.

L'equiparazione fra lodo e sentenza, intesa nel suo significato più lato, potrebbe far sorgere dubbi sull'applicabilità del ricorso in cassazione straordinario *ex* art. 111 Cost. per violazione di legge diversa dall'ordine pubblico, ma sarei per escluderlo, sia perché, a mio avviso, il lodo ha natura diversa dalla sentenza (cap. I), sia perché, soprattutto, il legislatore racchiude la possibilità di riforma del lodo in un sistema autonomo e autosufficiente.

Si ammette invece una generale azione di accertamento in caso di inesistenza (anche definita come nullità assoluta) del lodo (par. 14).

b) I termini. I termini per impugnare il lodo variano a seconda del tipo di impugnazione.

Per quanto concerne l'impugnazione per nullità, l'art. 828 prevede un termine breve e un termine lungo. Il primo è di novanta giorni dalla data della notificazione del lodo: notificazione che può essere fatta anche al difensore, ai sensi dell'art. 816-*bis*. Il secondo è di un anno e trentuno giorni (per effetto dell'art. 16 d.lgs. n. 132 del 2014) dalla data dell'ultima sottoscrizione: la legittimità del *dies a quo* è stata posta in discussione da Cass., ord. 24 settembre 2020, n. 21104, ma è stata confermata dalle sezioni unite (Cass., 30 marzo 2021, n. 8776 [1]); sarà l'ultima firma in ordine di tempo, anche se apposta dall'arbitro dissenziente (Cass., 28 settembre 2015, n. 19163 cit. cap. XV, par. 4), oppure l'ultima degli altri arbitri se uno di essi non abbia voluto o potuto sottoscrivere (Cass., 30 marzo 2021, n. 8776 cit.).

Per quanto riguarda, invece, la revocazione e l'opposizione di terzo, trovano applicazione le stesse regole previste per le sentenze: per la revocazione e l'opposizione di terzo revocatoria sono trenta giorni dalla scoperta del vizio o dal passaggio in giudicato del lodo, mentre l'opposizione ordinaria non è soggetta ad alcun termine.

Negli arbitrati degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2026, art. 209), l'impugnazione va proposta entro novanta giorni dalla notificazione del lodo e non oltre centoottanta giorni dal deposito del lodo presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici.

c) *Le condizioni per impugnare*. Affinché una parte possa impugnare un lodo, è necessario che vi abbia interesse: vale dunque il criterio della soccombenza materiale, che può essere anche parziale. Per verificare se si sia soccombenti materiali bisogna confrontare la decisione ottenuta con quella che si sarebbe potuta ottenere nella migliore delle aspettative della parte. Se, ad esempio, il soccombente abbia vinto nel merito pur avendo il giudice rigettato alcune sue eccezioni, egli non può dirsi soccombente in senso materiale, benché l'interesse ad impugnare possa risorgere a seguito dell'impugnazione dell'avversario.

Legittimati ad impugnare, eccetto l'opposizione di terzo, sono tutti coloro che hanno partecipato al processo arbitrale, a prescindere dal fatto di esser stati parti o no della convenzione arbitrale (cap. VII, par. 4). Pertanto, il soggetto compromittente che non abbia partecipato al processo arbitrale non può impugnare il lodo per nullità, ma proporre l'opposizione di terzo, se ne ricorrano i presupposti.

Il discorso è diverso se il soggetto compromittente sia stato convenuto in giudizio, ma non gli sia giunta notizia del processo, a causa di irregolarità nella notifica della domanda: una volta pronunciato il lodo, questi potrà proporre impugnazione per nullità per violazione del contraddittorio, anche fuori dal termine previsto dall'art. 828, in applicazione analogica dell'art. 327. Eccezionalmente, anche il

successore nella *res litigiosa* è abilitato all'impugnazione della parte, pur non essendo intervenuto nel processo arbitrale.

d) *L'oggetto dell'impugnazione.* Oggetto dell'impugnazione è il lodo, nelle due forme, già viste, di lodo definitivo e di lodo parziale; il lodo non definitivo può essere impugnato soltanto con quello definitivo. Le ordinanze non sono mai soggette ad impugnazione, essendo revocabili e modificabili in ogni tempo.

Ci si può domandare se anche in arbitrato si possa invocare il principio della prevalenza della sostanza sulla forma: se cioè l'ordinanza con la quale gli arbitri abbiano pronunciato su domande o su questioni idonee ad esaurire il processo sia impugnabile come un lodo, avendo contenuto decisorio. Rispondo negativamente, perché il dettato normativo esprime una netta preferenza della forma sulla sostanza: se l'ordinanza potesse essere qualificata come lodo, dovrebbe conseguirne, per coerenza, la sua esecutorietà tramite deposito, ma la legge non lo permette, ai sensi dell'art. 816-*bis*, ult. comma.

Poiché il mezzo di impugnazione si determina sulla qualifica data dagli arbitri, la parte che sostenga la natura irrituale dell'arbitrato deve utilizzare, per far valere la censura *ex n.* 4 dell'art. 829, il rimedio dell'arbitrato rituale (*a contrario* Cass., 8 novembre 2013, n. 25258 [2]).

e) *Impugnazione ed esecutività del lodo.* Oggi, diversamente dal passato, è possibile impugnare il lodo rituale a prescindere dal suo deposito in tribunale. Con riguardo all'opposizione di terzo, invece, rinvio al par. 15.

f) *La pluralità di parti nell'impugnazione; riunione ed impugnazione incidentale.* Quando alcune soltanto delle parti del processo impugnino il lodo, si applica la disciplina di cui agli artt. 331 (per cause inscindibili o dipendenti) e 332 (per cause scindibili) c.p.c., in attuazione del principio di unità del processo di impugnazione, valevole anche per l'arbitrato.

Parimenti si applicano l'obbligo di riunione, nel caso di contestuale proposizione di più impugnazioni separate, in applicazione dell'art. 335 c.p.c., nonché il regime dell'impugnazione incidentale, tempestiva o tardiva.

2. Classificazione delle impugnazioni.

Le impugnazioni contro il lodo possono essere classificate a seconda delle loro principali caratteristiche.

a) *Con riguardo alla stabilità del lodo ed agli effetti sostanziali della domanda.* Non v'è

dubbio che l'impugnazione per nullità presenti alcune peculiarità, rispetto all'opposizione di terzo e alla revocazione: si è già detto che il lodo non più suscettibile di declaratoria di nullità acquista una stabilità pari al giudicato, correlata al fatto che il vizio impugnatorio è rilevabile fin dal momento della pronuncia. Potrà dunque parlarsi di impugnazione ordinaria, contrapposta agli altri due rimedi, di natura straordinaria.

Più in generale, a differenza dell'opposizione di terzo e della revocazione, la proposizione dell'impugnazione non spezza la linea di continuità rispetto al procedimento arbitrale, poiché rimangono fermi gli effetti prodotti *ab origine* dalla domanda d'arbitrato.

Esempio. In caso di controversia su beni immobili, mentre la domanda di revocazione e di opposizione di terzo debbono essere trascritte, affinché siano opponibili ai terzi, la domanda di impugnazione per nullità non necessita di trascrizione, in quanto si continua a fare riferimento al momento della trascrizione della domanda d'arbitrato.

b) Con riguardo alla funzione e alla struttura delle impugnazioni (e disciplina processuale applicabile). L'impugnazione per nullità ha peculiarità sue proprie quanto alla funzione e, conseguentemente, alla struttura. Essa, da un canto, si pone in continuità rispetto al processo arbitrale, non potendo dunque essere considerata un primo grado puro (a differenza del lodo irrituale che ha natura di contratto); d'altro canto, ha natura rescindente e non sostitutivo-devolutiva, a differenza dell'appello, in quanto è strutturata in due fasi: *iudicium rescindens*, finalizzato ad eliminare il lodo e *iudicium rescissorium*, devoluto, a seconda dei casi, al giudice o ad altri arbitri, per la nuova decisione nel merito.

Ne segue che il rinvio alla disciplina dell'appello o della cassazione contro le sentenze va verificato caso per caso.

In particolare, mentre l'applicazione delle regole sulle impugnazioni in generale è tendenzialmente da riconoscersi, il fatto che l'impugnazione del lodo sia proponibile davanti alla Corte d'appello non significa che sia richiamabile *in toto* la relativa procedura, ma occorre valutare, norma per norma, se essa sia rispettosa della struttura e strumentale alla funzione di questo speciale rimedio. La giurisprudenza mi sembra sulla stessa linea, quando afferma che la disciplina del giudizio d'appello è applicabile a condizione di compatibilità (ad esempio, Cass., 17 ottobre 2018, n. 26008 [3], sulla rinnovazione dell'atto d'impugnazione). Così, ad esempio, riconosciuta l'applicabilità del regime delle impugnazioni incidentali,

sarà altresì invocabile l'art. 343 c.p.c., sulle modalità di proposizione delle suddette impugnazioni: altri esempi si vedranno al par. 9.

La revocazione e l'opposizione di terzo, invece, presentano chiare analogie con gli omologhi rimedi contro le sentenze; d'altronde, l'ampio richiamo dell'art. 831 c.p.c. alla disciplina vigente nel processo statuale comporta la tendenziale importazione di quest'ultima nell'arbitrato. Tutte le suddette impugnazioni sono da ritenersi a critica vincolata, cioè caratterizzate da motivi di censura tassativi, fatta eccezione per l'opposizione di terzo ordinaria.

3. L'impugnazione per nullità: motivi e limiti al loro rilievo.

L'art. 829 contiene un elenco tassativo dei motivi in forza dei quali è possibile invalidare il lodo, da raggrupparsi in tre macroaree: vizi concernenti la convenzione arbitrale; vizi concernenti il procedimento; vizi concernenti la decisione degli arbitri.

Il legislatore pone rigorosi limiti all'invocabilità dei suddetti vizi, al fine di garantire maggiore stabilità alla pronuncia arbitrale e di evitare che la censura sia utilizzata in modo strumentale. In particolare:

a) con riguardo alla invalidità-inesistenza-inefficacia della convenzione arbitrale, fatta eccezione per l'incompromettibilità dei diritti, il mancato rilievo entro la prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri comporta l'impossibilità di impugnare il lodo per questo motivo (art. 817, comma 2); vi fa eccezione la vessatorietà della clausola arbitrale nei contratti di consumo, per indicazione della Corte di giustizia Ue (cap. XI, par. 7);

b) se la parte abbia proposto una domanda che fuoriesce dall'ambito del compromesso, l'avversario deve eccepirlo nel corso del procedimento arbitrale (anche dopo la prima difesa), per poter poi impugnare il lodo che abbia deciso *extra compromissi* (art. 817, comma 3);

c) se il vizio del lodo riguardi irregolarità nella nomina degli arbitri, occorre che la parte abbia rilevato la nullità nel corso del giudizio arbitrale (art. 829, comma 1, n. 2: per un'applicazione nel settore degli appalti pubblici Cass., 13 ottobre 2015, n. 20558);

d) se gli arbitri abbiano pronunciato il lodo fuori termine, la parte è tenuta a comunicare agli arbitri e alle altre parti di voler far valere la decadenza, prima della delibera del lodo risultante dalla firma del dispositivo (art. 821, comma 1);

e) più in generale, “la parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo” (art. 829, comma 2): la regola deve intendersi applicabile in via residuale, là ove non operino le regole citate ai punti a)-d), da ritenersi prevalenti. Non è chiaro cosa debba intendersi per “regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale”, se cioè si riferisca unicamente alle nullità formali, oppure a tutte le regole fissate dalla legge o dalle parti relative al processo: riterrei la seconda accezione più aderente al dato normativo, per cui vi rientrano anche tutte le violazioni del contraddittorio.

Come si vede, rimangono fuori soltanto i vizi propri ed originari del lodo, per l'evidente impossibilità di rilevarli prima della decisione. Essi dovranno essere sollevati dalla parte, al più tardi, con l'atto di impugnazione, secondo il principio della conversione delle nullità dei vizi di gravame in una con il principio di specificità dei motivi, salvo gli eccezionali casi di inesistenza del lodo (in tal senso Cass., 11 maggio 1998, n. 4738; par. 13).

4. I vizi della convenzione arbitrale.

Il lodo è nullo in caso di inesistenza, invalidità od inefficacia della convenzione arbitrale.

L'art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c., parla esclusivamente di invalidità, ma debbono intendersi comprese sia l'inefficacia sia l'inesistenza, come precisato dall'art. 817 c.p.c., che assume sotto questo profilo funzione integrativa. Vi rientrano quindi i casi in cui la convenzione sia stata stipulata da un *falsus procurator*, oppure quelli in cui sia stato chiamato in giudizio un soggetto estraneo al patto compromissorio, magari in quanto contraente di un contratto collegato e così via.

5. I vizi riguardanti la nomina degli arbitri.

Il lodo è nullo se non siano state rispettate le modalità di nomina previste dalle parti nella convenzione arbitrale (art. 829, comma 1, n. 2), oppure nel caso di incapacità degli arbitri (art. 829, comma 1, n. 3).

Nella prima ipotesi, occorre avere riguardo non solo alle particolari modalità

dettate dalle parti, ma anche al rispetto degli artt. 809, 810, 811 e 813-*bis*, che contengono una disciplina in parte inderogabile, in parte integrativa in assenza di diversa previsione negoziale, nonché dell'art. 832 in caso di nomina da parte di enti ed istituzioni di categoria.

In particolare, bisogna controllare che siano stati rispettati i precetti dell'art. 809 nel caso in cui le parti abbiano indicato un numero pari di arbitri, o non abbiano previsto alcuna modalità di nomina; che sia stata seguita la procedura di cui all'art. 810, nell'ipotesi in cui la parte o il terzo, incaricati di nominare un arbitro, non vi abbiano provveduto; che sia stato seguito l'*iter* dell'art. 811, nel caso in cui uno degli arbitri sia venuto meno; che, infine, sia stato rispettato l'art. 813-*bis*, quando la necessità di sostituire l'arbitro sia derivata da omissione o ritardo nel compimento di un atto.

Se gli arbitri si sono dimenticati di accettare l'incarico, invece, non si verifica una nullità, quando abbiano sottoscritto il lodo, che vale come accettazione.

Si è già detto che il difetto di indipendenza e di imparzialità, o il mancato rispetto delle qualifiche richieste dalle parti vanno tendenzialmente denunciati tramite la ricazione (cap. VIII, par. 12).

Uno specifico problema riguarda la violazione del principio di equidistanza nella nomina arbitrale (su cui par. 1, cap. XVIII). Si discute se essa sia censurabile con il n. 1 dell'art. 829, con il motivo in esame, o per violazione dell'ordine pubblico. Opterei per il motivo in esame, in forza del richiamo del n. 2 dell'art. 829 all'art. 832 (contenuto nel capo VI), che costituisce espressione del principio di equidistanza. Ne consegue, da un lato, che rimane salva la volontà arbitrale e, dall'altro, che alla nullità del lodo conseguirà un nuovo giudizio davanti agli arbitri *ex art.* 830.

Negli appalti pubblici, l'art. 209 del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce una speciale nullità del lodo, per violazione dei criteri di nomina degli arbitri imposti dalla legge: sarei per comprendere la censura nel numero in esame.

6. I vizi del procedimento arbitrale.

Vengo ora alle nullità che si verificano durante il processo arbitrale e che si riverberano sul lodo, annullabile per derivazione.

a) *Violazione delle forme previste dalle parti* (art. 829, comma 1, n. 7). Come giustamente rilevato, l'arbitrato è particolarmente ostile ai vizi processuali. Infatti, il

mancato rispetto delle forme stabilite dalle parti può essere sollevato solo quando esse le abbiano espressamente dichiarate a pena di nullità e il vizio non sia stato successivamente sanato: sanatoria che ricorre quando l'atto abbia raggiunto il suo scopo nonostante la nullità, ai sensi dell'art. 156 ss. c.p.c. Inoltre, la nullità non può essere sollevata dalla parte che vi ha dato causa, o dalla parte che non l'abbia rilevata nella prima difesa successiva al verificarsi del vizio.

Come si vede, a differenza del processo statuale, le parti possono creare nullità in via pattizia.

La norma si riferisce alle sole "forme" procedurali e non alle regole del procedimento in generale: sembra, dunque, che le regole pattizie extra-formali non rientrino nella disposizione in esame, dovendo essere ricondotte agli altri motivi di nullità (v. più in generale, cap. XI, par. 1). Ad ogni modo, occorre intendere in senso ampio il concetto di forma, come manifestazione estrinseca di qualunque attività processuale: non necessariamente, cioè, memorie difensive, ma anche depositi, comunicazioni, modalità di deliberazione del lodo, ecc.

Tuttavia, se il vizio abbia inciso sul diritto al contraddittorio o su altri canoni inderogabili previsti dall'art. 829 c.p.c., il lodo sarà nullo a prescindere dall'espressa sanzione di nullità.

Esempio. Se le parti hanno previsto che gli arbitri debbano fissare un'udienza finale di discussione della lite, o debbano invitarle a precisare formalmente le loro conclusioni prima di decidere in apposita udienza, o ancora debbano osservare l'obbligo di conferenza personale nella deliberazione, esse potranno impugnare il lodo solo se la previsione sia stata in origine corredata della sanzione di nullità e solo se non sia stato accertato che l'atto, nonostante il vizio, abbia comunque raggiunto lo scopo per cui era stato previsto. Se però la mancata fissazione dell'udienza di discussione finale, prevista dalle parti senza sanzione di nullità, non abbia permesso loro di interloquire su eventuali questioni emerse nel corso del processo e rilevabili d'ufficio, che siano poi poste a base della decisione degli arbitri, il lodo è comunque annullabile.

b) Violazione del contraddittorio (art. 829, comma 1, n. 9). Del contraddittorio si è già detto nel cap. 11, par. 2, a cui rimando anche per la casistica.

c) Domanda extra-compromissi (art. 829, comma 1, n. 4). Il vizio consiste nella proposizione, da parte di uno dei contendenti, di una domanda estranea alla convenzione arbitrale, che gli arbitri abbiano esaminato e deciso nel lodo. Occorre però aver sollevato l'esorbitanza nel corso del processo *ex* art. 817 (rinvio al par. 1, cap. XIV).

Il motivo sanziona il superamento, da parte degli arbitri, dei confini entro i quali spetta loro l'esercizio della *potestas iudicandi* (*tantum compromissum tantum iudicatum*): tuttavia, l'ipotesi qui considerata ricorre solo quando la decisione dell'arbitro sia conseguenza della domanda di parte, a differenza di quanto si vedrà al par. 7.

Inoltre, secondo la giurisprudenza (Cass. 27 gennaio 2015, n. 1498), se gli arbitri abbiano espressamente affermato l'inerenza della domanda alla convenzione arbitrale, interpretandone l'ambito oggettivo, la parte non può più invocare il n. 4 ma, ove sussistano, il vizio di motivazione o la violazione delle regole di interpretazione del contratto, sempre che quest'ultima censura sia ammissibile (v. par. 8).

Esempio. Tizio chiede il pagamento a Caio di un prezzo di 70 relativo a un contratto contenente una clausola compromissoria. Quest'ultimo si costituisce affermando che il prezzo non è dovuto, in quanto Tizio deve a Caio 100 in forza di un altro distinto contratto e chiede che Tizio venga condannato a pagare la differenza di 30. La pretesa di Caio, relativa agli eccedenti 30, fuoriesce dalla clausola compromissoria e gli arbitri non potranno pronunciarsi in ordine a quest'ultima domanda, a meno che Tizio non rilevi il vizio. Gli arbitri potranno invece liberamente valutare se il controcredito sussista nei limiti del prezzo di 70 richiesto da Tizio, ai sensi dell'art. 817-*bis* c.p.c. (cap. XIV, par. 10). Se peraltro Tizio abbia sollevato l'esorbitanza e gli arbitri abbiano deciso sul controcredito affermando che la clausola arbitrale si applica anche a quest'ultimo, in quanto derivante da un contratto collegato, Tizio potrà impugnare solo se dimostri che manca la motivazione sul punto, oppure che gli arbitri abbiano violato i canoni di interpretazione della clausola arbitrale (ma solo se sia ammessa la violazione di legge derogabile).

7. I vizi relativi alla decisione.

I vizi relativi alla decisione rappresentano la maggior parte delle censure proponibili contro il lodo.

a) *Pronuncia oltre i limiti del compromesso; equità/diritto* (art. 829, comma 1, n. 4). L'ipotesi si distingue da quella esaminata al par. 6, poiché l'errore è degli arbitri, che hanno deciso su un diritto non compreso nel patto compromissorio, senza che nessuna delle parti l'avesse domandato.

Il motivo comporta la violazione della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, a cui gli arbitri sono tenuti alla pari del giudice, in linea di continuità con il principio della domanda.

La disposizione parla soltanto di pronuncia *extra-compromissi*, ma la materia del contendere si determina sulla base delle domande effettivamente proposte dalle parti (*tantum devolutum tantum iudicatum*), tant'è vero che essa può legittimamente fuoriuscire dall'ambito del compromesso, quando una parte formuli una domanda estranea al patto e l'avversario non reagisca (par. 6, *sub c*). Pertanto, si deve ritenere che la violazione della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato occorra ogniqualvolta gli arbitri si pronuncino su un diritto senza domanda, a prescindere dal fatto ch'esso rientri o meno nel patto compromissorio. Poiché però il motivo in esame si riferisce soltanto alla decisione *extra-compromissi*, nel caso opposto si potrà invocare il comma 3 dell'art. 829 (violazione dell'ordine pubblico processuale), o comunque l'ultimo inciso del n. 4, nella parte in cui colpisce di nullità il lodo che ha pronunciato nel merito senza averne la legittimazione.

Esempi. Agli arbitri viene chiesto di pronunciarsi in ordine all'adempimento del contratto contenente una clausola compromissoria che limita espressamente l'arbitrato alle sole controversie sulla sua esecuzione, ma, a seguito all'istruttoria, emerge un fatto che giustifica l'annullamento del contratto, che nessuna delle parti ha peraltro richiesto. Se gli arbitri dichiarano che il contratto è annullabile, il lodo è invalido per violazione del n. 4 in esame. Se, invece, gli arbitri ritengono che il tenore della clausola arbitrale sia sufficientemente ampio da ricomprendere l'annullamento, e si pronunciano su di esso, senza che le parti l'avessero domandato, il lodo è nullo per violazione dell'ordine pubblico o del n. 4 ultimo inciso (salvo che vi siano motivi di impugnazione del capo che estende la convenzione arbitrale all'annullamento).

Si ritiene che il vizio ricorra anche quando gli arbitri, errando nella scelta del metro di giudizio, abbiano deciso secondo equità al posto del diritto e viceversa. In realtà, l'errore è censurabile più raramente di quanto si possa immaginare. Secondo la giurisprudenza, infatti, gli arbitri di equità che applicano il metro di diritto non sbagliano (Cass., 31 luglio 2020, n. 16553 [4]), se danno adeguata spiegazione delle ragioni per le quali hanno deciso in tal senso: in questo caso, il lodo sarà censurabile se dette ragioni siano talmente insufficienti da comportare una vera e propria mancanza di motivazione, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 5. Viceversa, se gli arbitri, pur essendo tenuti al diritto, abbiano deciso secondo equità, l'errore, secondo la tesi che ritengo preferibile, si risolve nel vizio *in iudicando*, ai sensi dell'art. 829, comma 3, c.p.c. Pertanto, il lodo sarà nullo solo se la

decisione equitativa abbia violato l'ordine pubblico, salvo i casi eccezionali in cui è censurabile la violazione di legge anche derogabile (par. 8).

Infine, rientra nella censura *de qua* anche il caso in cui gli arbitri abbiano pronunciato un lodo rituale, nonostante che le parti avessero previsto un arbitrato irrituale.

b) Mancanza del dispositivo, della sottoscrizione e della motivazione del lodo (art. 829, comma 1, n. 5). Il lodo è nullo se mancano i requisiti indispensabili perché possa definirsi tale: motivazione, dispositivo e sottoscrizione.

Per quanto riguarda il dispositivo, la nullità non ricorre quando esso, pur non essendo formalmente collocato alla fine del lodo, sia desumibile in modo chiaro dal tenore della pronuncia.

Per la sottoscrizione, si è già detto che il lodo non deve essere firmato da tutti gli arbitri, purché si dia espressamente atto che il lodo è stato deliberato con la partecipazione di tutti e che gli altri non hanno potuto o voluto sottoscriverlo. Dal combinato disposto dei commi 1 e 2 n. 7 dell'art. 823, mi pare di poter altresì desumere la nullità del lodo non sottoscritto all'unanimità, quando un arbitro abbia chiesto la conferenza personale e gli arbitri non ne abbiano dato atto nel lodo (mentre se la conferenza personale sia stata prevista dalle parti, occorre a mio avviso che sia stato specificato “a pena di nullità”, affinché il lodo sia nullo). Per contro, è sufficiente che la firma sia presente anche in uno solo degli originali, in quanto è possibile richiedere la correzione degli altri (cap. XV, par. 9).

La censura più frequente nella prassi consiste sicuramente nell'omissione della “sommatoria esposizione dei motivi”. Non è chiaro cosa significhi mancanza della motivazione: se dovesse intendersi in senso letterale, l'ipotesi sarebbe di raro accadimento. Deve dunque ritenersi che vi rientri anche il caso in cui la motivazione, pur sussistente, sia talmente lacunosa o contraddittoria da non permettere la comprensione delle ragioni che hanno portato alla decisione degli arbitri, in linea con quanto ritenuto dalla giurisprudenza circa la censurabilità della motivazione delle sentenze, ridotta al “minimo costituzionale”.

c) Mancato rispetto del termine per la pronuncia del lodo (art. 829, comma 1, n. 6). La pronuncia del lodo oltre il termine fissato dalle parti o dalla legge porta al suo annullamento, a patto però che l'impugnante abbia fatto valere il motivo prima della delibera del lodo risultante dal dispositivo sottoscritto, almeno, dalla maggioranza del collegio arbitrale, *ex* art. 821 c.p.c. (cap. XI, par. 9).

d) Contrarietà ad altra pronuncia (art. 829, comma 1, n. 8). Il lodo è nullo quando sia contrario ad altra preesistente pronuncia arbitrale (*exceptio rei per arbitratum fini-*

tae) o giudiziale (*exceptio iudicati*) resa sullo stesso diritto (stesso *petitum*, stessa *causa petendi*, stessi soggetti). Sarei per estendere la disposizione, dato il suo tenore generico, anche al caso in cui il lodo o la sentenza abbiano pronunciato su un diritto pregiudiziale, incompatibile o concorrente.

Il lodo o la sentenza preesistenti debbono essere rispettivamente non più impugnabile e passata in giudicato, al più tardi al momento della sottoscrizione del lodo da impugnare. Inoltre, dette pronunce debbono essere prodotte nel procedimento arbitrale, produzione da ritenersi possibile anche quando non siano ancora divenute incontrovertibili.

e) Disposizioni contraddittorie (art. 829, comma 1, n. 11). Questo motivo ricorre in caso di contraddittorietà fra parti dello stesso dispositivo, oppure fra i dispositivi contenuti nel lodo parziale o non definitivo e nel lodo finale; si ritiene che il contrasto debba essere tale da portare ad una concreta impossibilità materiale di eseguire il lodo. Con specifico riguardo al lodo parziale, si è invocato il n. 8, ma quest'ultimo mi pare limitato al giudicato esterno (Cass., 8 gennaio 2014, n. 131); escluderei anche i nn. 4, sull'eccesso di potere degli arbitri e n. 7.

f) Omessa petizione (art. 829, comma 1, n. 12). L'omissione di pronuncia ricorre quando gli arbitri non abbiano pronunciato su tutto ciò che è stato loro richiesto. Per verificare la corrispondenza occorre avere riguardo alle domande validamente formulate dalle parti nell'atto iniziale o negli atti successivi. Inoltre, l'omissione è espressamente estesa al mancato esame delle eccezioni, ipotesi che in passato era stata discussa. Se la parte omette di impugnare il lodo, la domanda non decisa può essere riproposta in un successivo arbitrato, mentre non altrettanto vale per l'eccezione, dato che il lodo non impugnato, come la sentenza, copre il dedotto ed il deducibile.

Il vizio va invece escluso per questioni o domande rimaste assorbite, cioè non esaminate perché superflue all'esito della lite.

Esempio. L'attore ha chiesto che gli arbitri dichiarino l'annullamento del contratto, per incapacità del contraente, e comunque, in via subordinata, per errore. Gli arbitri, pronunciando l'annullamento per incapacità, ritengono superfluo esaminare anche l'errore, che rimane dunque assorbito.

g) Pronuncia di merito anziché di rito e viceversa (art. 829, comma 1, nn. 4, ultimo inciso e 12). La legge prevede infine due ulteriori motivi di annullamento: quando gli arbitri abbiano deciso nel merito, mentre avrebbero dovuto pronunciare un

lodo di rito, o quando abbiano pronunciato un lodo di rito, mentre avrebbero dovuto decidere nel merito.

Le genericità dei due motivi si presta a ricomprendere molti di quelli elencati negli altri numeri dell'art. 829 c.p.c.: essi hanno perciò natura residuale, per i casi di nullità che fuoriescano dalle altre previsioni. La prima censura ricorre nell'ipotesi in cui gli arbitri non si siano avveduti di un presupposto impediente di rito, decidendo la lite nel merito. La seconda censura riguarda il caso in cui gli arbitri abbiano ritenuto di non potere decidere nel merito, a causa di un presupposto impediente, che in realtà non sussisteva.

Esempi. 1. *N. 4.* Gli arbitri non hanno rilevato il difetto di legittimazione ad agire, o di legittimazione processuale della parte nel processo arbitrale, o ancora la mancata partecipazione di un litisconsorte necessario; oppure hanno deciso su questioni pregiudiziali non comprometibili, da risolvere *ex lege* con efficacia di giudicato, in violazione dell'art. 819, comma 1, c.p.c.; o ancora hanno deciso nel merito senza che le parti avessero regolarizzato il contraddittorio al venir meno di una di loro; è altresì da accogliere la tesi secondo cui, nell'ipotesi in cui il convenuto non sia stato messo in grado di partecipare attivamente al procedimento, il motivo *de quo* è più garantistico di quello riguardante la violazione del contraddittorio, in quanto permette il giudizio rescissorio davanti agli arbitri (par. 10). 2. *N. 12.* Gli arbitri hanno pronunciato erroneamente l'invalidità della convenzione arbitrale, dichiarando il proprio difetto di *potestas iudicandi* sul merito.

8. La violazione di legge e l'ordine pubblico.

A seguito della riforma del 2006, la decisione arbitrale è impugnabile per violazione o falsa applicazione di norme di diritto relative al merito della controversia, solo con riguardo all'ordine pubblico. Per tutto il resto, l'*error in iudicando* rimane incensurabile.

Vi sono però alcune eccezioni.

In primo luogo, le parti possono liberamente derogare al suddetto limite, anche tramite rinvio ad un regolamento arbitrale.

In secondo luogo, la garanzia del sindacato di legge anche non imperativa è espressamente assicurata in alcune materie. In particolare, l'art. 829 c.p.c. menziona i lodi di lavoro, impugnabili anche per contrarietà alle norme e ai contratti ed

accordi collettivi (cap. XVIII, par. 5), nonché i lodi nei quali, a prescindere dalla natura del diritto litigioso, gli arbitri hanno dovuto risolvere incidentalmente una questione pregiudiziale non compromettibile. Anche nelle controversie endosocietarie (art. 36 d.lgs. n. 5 del 2006), il lodo, interno o internazionale, è sindacabile per violazione di legge quando gli arbitri abbiano deciso sulla validità delle delibere assembleari o abbiano conosciuto di questioni non compromettibili: in quest'ultimo caso, però, a differenza dei lodi non societari, il lodo è impugnabile solo limitatamente alla questione pregiudiziale risolta, per cui non potrà essere annullato se la violazione riguardi profili diversi. Il lodo reso sui contratti pubblici, ai sensi dell'art. 209 d.lgs. n. 50 del 2016, è sempre censurabile per errori di diritto.

Una questione importante riguarda la possibilità di comprendere nella censura in esame la violazione dei principi fondamentali del giusto processo, quando essi non siano coperti dai motivi nn. 1-12 dell'art. 829: ciò comporterebbe il giudizio rescissorio in capo alla Corte d'appello, a differenza ad esempio dei nn. 1, 2 e 3.

Non mi sentirei di negarlo: il comma 3, nel precisare che *l'error in iudicando* deve riguardare il merito della lite sembrerebbe escluderlo, tuttavia la disposizione aggiunge che l'ordine pubblico va tutelato "in ogni caso". Disgiungendo le due previsioni, è possibile ritenere che la violazione dell'ordine pubblico sia sempre censurabile, non solo quando riguardi i principi generali regolatori del diritto litigioso, ma anche quando venga in gioco il rispetto del "giusto processo arbitrale". Un esempio potrebbe essere la violazione dell'inammissibilità della prova testimoniale su contratti con forma scritta *ad substantiam* (ma solo su rilievo *ex parte*, seguendo la giurisprudenza: cap. XII, par. 3); mentre l'interesse diretto dell'arbitro nella causa, a prescindere dall'avvenuta ricusazione potrebbe forse ricondursi al n. 2, evitando così di sottrarre un grado di giudizio.

Per il lodo reso secondo equità rinvio al par. 7.

9. Il procedimento e la decisione: *iudicium rescindens*.

Competente a decidere in merito all'impugnazione per nullità è la Corte d'appello del distretto dove si trova la sede dell'arbitrato: secondo la giurisprudenza non c'è modificazione a favore delle sezioni specializzate, in materia a loro assoggettata (Cass., 23 settembre 2020, n. 19993).

Il giudizio si instaura con un atto di citazione, da notificarsi alla parte o al suo difensore in arbitrato, ai sensi dell'art. 816-*bis* c.p.c.

Si è già detto (par. 2) della tendenziale autonomia del giudizio di impugnazione, rispetto alle regole procedurali dell'appello. La questione se l'impugnante sia tenuto al rigore che caratterizza il contenuto dell'atto di appello, *ex art.* 342 c.p.c. riformato può dunque essere risolta nei seguenti termini. Poiché l'impugnazione per nullità non è un appello, l'onere di prospettare una diversa ricostruzione del fatto di cui al n. 1 della norma citata non è adattabile alla funzione del rimedio in esame; tuttavia, vale pur sempre il principio di specificità dei motivi, che discende direttamente dalla natura vincolata della critica proponibile in sede di impugnazione per nullità (Cass., 30 novembre 2020, n. 27321). Nell'ipotesi in cui l'impugnazione sia carente dei motivi, in difetto di applicazione diretta dell'art. 342, varrà il regime delle nullità sanabili *ex nunc*, di cui all'atto di citazione (sanabili, cioè, se non sia già decorso il termine per impugnare).

La mancanza di un'estensione automatica delle norme sull'appello comporta altresì che l'impugnazione per nullità non sia soggetta al macchinoso sistema di filtro, di cui all'art. 348-*bis* c.p.c., a termini del quale il gravame va dichiarato inammissibile se non ha una ragionevole probabilità di essere accolto.

L'originale del fascicolo del procedimento arbitrale è di regola conservato dagli arbitri (spesso dal presidente, in caso di collegio), che non sono a rigore tenuti alla consegna alle parti, benché possa essere opportuno farlo con riguardo ai fascicoli di parte: peraltro, nel caso in cui vi siano difficoltà, occorrerà che l'attore chieda alla Corte d'appello un ordine di esibizione; con il fascicolo informatico, il passaggio potrà essere gestito in maniera più semplice.

La costituzione in giudizio dell'attore e del convenuto avverrà secondo le regole del processo di cognizione ordinario (artt. 165, 166 c.p.c.), ammessa l'eventuale proposizione dell'impugnazione incidentale, con le forme di cui all'art. 343 c.p.c.

L'impugnante può chiedere al giudice di sospendere interinalmente l'efficacia del lodo per gravi motivi (sul termine "efficacia" v. cap. XV, par. 6): potranno essere prese in esame circostanze relative al danno che il provvedimento potrebbe arrecare all'istante, in comparazione con il danno da mancata esecuzione, o, anche disgiuntamente (ma sarà più probabile in modo congiunto), considerazioni attinenti al *fumus boni iuris*, cioè alla probabile fondatezza del gravame.

All'esito del giudizio rescindente, la Corte d'appello potrà dichiarare inammissibile o rigettare l'impugnazione, nel qual caso il lodo diverrà non più impugnabile ed esplicherà i tipici effetti della cosa giudicata.

Se la Corte d'appello accolga l'impugnazione, la declaratoria di nullità comporta l'immediata ablazione degli effetti del lodo, compresi quelli esecutivi, ma

vige ad un tempo il principio di divisibilità: la pronuncia arbitrale resta valida nelle parti che siano scindibili da quella impugnata ed annullata. L'efficacia del lodo viene meno fin dalla pubblicazione della sentenza di nullità, dovendosi fare applicazione dell'art. 336 per l'attività esecutiva già iniziata e la Corte d'appello potrà altresì disporre le restituzioni conseguenti al venir meno del titolo esecutivo.

Quanto ai terzi intervenienti, il principio di economia processuale di cui è espressione l'art. 344 consiglia di ammettere tutti coloro che sarebbero abilitati a proporre opposizione di terzo.

La sentenza della Corte d'appello sarà impugnabile, a sua volta, in cassazione per censure sue proprie e non del lodo. Se la Cassazione annulli la sentenza e il giudizio di rinvio non sia riassunto nei tempi fissati, non è chiaro se l'estinzione di cui all'art. 393 investa anche giudizio arbitrale: la crescente tendenza a concepire una linea di continuità fra processo statuale e processo arbitrale, di cui è espressione il riconoscimento della *translatio iudicii*, potrebbe spingere verso la soluzione positiva, salvi gli effetti di un eventuale lodo arbitrale non definitivo o parziale, nonché dei capi di domanda non impugnati.

10. *Segue: Iudicium rescissorium.*

Nella maggior parte delle ipotesi, l'annullamento del lodo porterà alla necessità di una nuova decisione sulla lite.

Essa spetta sempre agli arbitri quando le parti l'abbiano espressamente previsto, o quando l'arbitrato sia internazionale; negli altri casi, l'art. 830 c.p.c. ripartisce la competenza fra Corte d'appello (con trattazione collegiale) ed arbitri a seconda del motivo di censura.

Individuare la *ratio* del riparto non è facile: l'unico criterio attendibile è quello fondato sulla tassatività dell'elenco dei casi devoluti al giudice statale. Si rimane davanti alla Corte d'appello quando il lodo sia carente dei suoi elementi indispensabili o sia stato pronunciato fuori termine, quando si siano verificate nullità processuali non sanate o vi sia stata lesione del contraddittorio, quando la pronuncia arbitrale contenga disposizioni contraddittorie, oppure sia stata annullata per *omissa petita* o per violazione di legge (nei limiti previsti dall'art. 829 c.p.c.), o ancora quando sia contraria ad altro lodo o sentenza divenuti incontrovertibili (nel qual caso il giudizio rescissorio si dovrà conformare).

Viceversa, si torna davanti agli arbitri se il lodo sia annullato per irritalità

della nomina o incapacità dell'arbitro, per extrapetizione (su domande comunque comprese nella convenzione arbitrale), per mancata integrazione di un litisconsorte necessario vincolato dalla convenzione arbitrale, o ancora in tutti i casi residuali in cui l'arbitro abbia ommesso di pronunciare nel merito, riscontrando un inesistente difetto in rito. Occorrerà instaurare un nuovo giudizio davanti ad arbitri diversi da quelli nominati in origine, altrimenti ricusabili per aver già conosciuto della vertenza.

In alcuni casi, però, detto giudizio non potrà svolgersi né davanti alla Corte d'appello, né davanti agli arbitri: se venga riconosciuta la nullità o l'inesistenza della convenzione arbitrale, un nuovo giudizio arbitrale è da escludere e al contempo neppure la Corte d'appello potrà pronunciarsi sul merito, perché si salterebbe un grado di giudizio. Lo stesso vale nel caso in cui il lodo sia annullato per extrapetizione, quando la domanda fuoriesca dall'ambito oggettivo della convenzione arbitrale o nell'ipotesi in cui sia riscontrato un difetto processuale che non consente la pronuncia nel merito, come la mancanza della legittimazione ad agire.

Il giudice del rescissorio rimane vincolato alla materia del contendere devoluta in origine agli arbitri (Cass., 3 aprile 2020, n. 7681 [5]) e non sempre può pronunciarsi *ex novo* su di essa. Un primo limite è rappresentato dal già visto principio di divisibilità del lodo: l'oggetto del rinnovato giudizio verterà esclusivamente sui capi impugnati e non potrà estendersi a domande, e relative questioni, che non abbiano formato oggetto di impugnazione. Un secondo limite è rappresentato dall'eventuale pronuncia di un lodo non definitivo: se la parte non lo abbia impugnato insieme al lodo definitivo, la questione risolta non potrà più essere messa in discussione nel giudizio rescissorio.

Quando il giudizio di merito spetti agli arbitri, riterrei salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda di arbitrato originaria, richiamando per via analogica le osservazioni della Corte costituzionale sulla *translatio iudicii* fra giudice e arbitro (cap. X, par. 3).

Quando sia competente la Corte d'appello, fase rescindente e fase rescissoria mantengono un'autonomia reciproca, benché la domanda di riforma nel merito debba ritenersi implicita in quella di nullità e spesso entrambe siano risolte in una unica decisione, quando, ad esempio, non vi sia bisogno di istruttoria per la fase rescissoria, o perché le parti hanno già fornito le prove necessarie, oppure perché non hanno richiesto alcun mezzo di prova, o ancora perché hanno dedotto mezzi di prova inammissibili, a meno che il giudice non voglia disporre prove d'ufficio.

In caso contrario, ben potrà la Corte annullare il lodo e accoppiarvi una ordinanza con la quale dispone di proseguire il processo. Se poi il processo si estingua prima della sentenza di merito, l'art. 808-*quinquies* c.p.c. fa propendere per la reviviscenza della convenzione arbitrale, purché valida.

11. L'impugnazione del lodo non definitivo su questioni e del lodo parziale su domande.

Conviene esaminare le due ipotesi distintamente.

a) *Lodo su questioni*. Si è già visto che il lodo non definitivo su questioni può essere impugnato solo con il lodo definitivo, o con l'eventuale lodo parziale su domande emesso successivamente. La ragione sta nel principio di economia processuale: il soccombente nel lodo non definitivo può attendere l'esito del giudizio, per valutare se l'impugnazione gli convenga o meno.

L'impugnativa per nullità dovrà essere proposta nei termini decorrenti dal lodo finale. Per il vizio di revocazione rilevato prima della pronuncia del lodo definitivo, poiché il termine di trenta giorni dalla scoperta non tiene conto del necessario differimento del gravame all'esito del giudizio arbitrale, è ragionevole ritenere che il suddetto termine decorra dalla notifica del lodo definitivo.

Esempio. Il convenuto al pagamento di un credito eccepisce la prescrizione del diritto, oltre a sostenere che nulla è dovuto per nullità del titolo. Gli arbitri, con lodo non definitivo, rigettano l'eccezione di prescrizione; detto lodo potrà essere impugnato solo all'esito del lodo definitivo. Infatti, il rigetto della prescrizione non significa che il convenuto sia necessariamente condannato al pagamento del debito; gli arbitri, in sede di lodo definitivo, potrebbero ad esempio decidere che il denaro non sia dovuto per nullità del credito e sarebbe dunque antieconomico instaurare, nel frattempo, un processo di impugnazione del lodo non definitivo, sostanzialmente inutile, attesa la vittoria finale del convenuto.

b) *Lodo su domande*. È, come già detto, sancita l'immediata impugnabilità del lodo, nei termini ordinari.

Con riguardo alla sorte del procedimento arbitrale *a quo*, nel silenzio della legge, non sembra possibile trapiantare la disciplina di coordinamento prevista per il processo ordinario di cognizione (art. 279 c.p.c.). È preferibile basarsi su-

gli strumenti che la legge predispone per l'arbitrato e, in particolare, l'art. 820 c.p.c., che prevede la proroga del termine in caso di pronuncia di lodo parziale o non definitivo. Poiché è oltremodo probabile che detta proroga non sia sufficiente per giungere alla decisione sull'impugnazione, sarà altresì possibile una proroga su accordo delle parti, o per ordine del Presidente del tribunale, fino alla detta decisione.

12. L'impugnazione per nullità in materie devolute al rito o alla giurisdizione speciale.

Esaminiamo ora due casi che presentano specificità.

a) *Arbitrato di lavoro*. Per l'impugnazione del lodo rituale di lavoro, ci si domanda se la Corte d'appello debba seguire il rito ordinario, con notifica dell'atto di citazione, o quello previsto dall'art. 433 ss. c.p.c., con deposito del ricorso. La questione è assai delicata perché, se l'attore sbaglia il rito e propone, ad esempio, l'impugnazione con atto di citazione anziché con ricorso, notificato entro il termine, ma depositato dopo la sua scadenza, il giudice deve rilevare l'inammissibilità del gravame: infatti, pur convertendosi la citazione in ricorso, il momento utile per il rispetto del termine è il deposito e non la notificazione dell'atto.

La risposta non è agevole, ma propenderei per il ricorso. Benché l'art. 829 faccia espresso riferimento all'impugnazione dei lodi di lavoro, facendo così supporre che il gravame debba seguire il rito ordinario, l'art. 433 c.p.c. applica il rito speciale all'appello contro le sentenze. Quest'ultima norma, pur, a mio avviso, non direttamente applicabile all'impugnazione per nullità, è espressione di un più generale principio di corrispondenza fra materia e rito e, pertanto, sembra suggerire l'applicabilità del rito del lavoro anche all'impugnazione del lodo.

Per il lodo irrituale di lavoro rinvio al cap. XVIII, par. 5.

b) *I lodi pronunciati nei riguardi della pubblica amministrazione*. I lodi che coinvolgono una pubblica amministrazione debbono essere impugnati davanti al giudice ordinario. La questione, in passato discussa, è risolta dall'art. 12 del codice del processo amministrativo, ove si stabilisce che l'arbitrato sui diritti devoluti alla giurisdizione amministrativa deve essere regolato dall'art. 806 ss. Ne deriva l'applicazione del regime ordinario dell'impugnazione per nullità, con conseguente devoluzione alla Corte d'appello competente.

Il problema nasce dopo, quando si tratta di determinare il giudice del rescisso-

rio: attribuendo quest'ultimo alla Corte d'appello si viola il riparto di giurisdizione, ma il rinvio alle norme dell'arbitrato comprende anche l'art. 830, perciò è a quest'ultima norma che si deve a mio avviso fare riferimento.

13. L'inesistenza del lodo arbitrale e l'*actio nullitatis*.

Nel processo davanti all'autorità giudiziaria, se la sentenza non viene sottoscritta, la nullità è talmente grave da spingere gli interpreti a parlare di inesistenza, rilevabile in ogni tempo attraverso l'*actio nullitatis*. È possibile parlare di inesistenza del lodo?

Il sistema mostra una decisa ostilità verso l'incidenza delle nullità sull'arbitrato, come è dimostrato dai rigorosi limiti temporali che la legge impone per il rilievo dei vizi procedurali, nonché dal fatto che la mancanza di firma dà luogo a nullità censurabile nei limiti dell'art. 829, che prevale a mio avviso sull'art. 161 c.p.c. (benché l'argomento sia discusso).

Non si possono escludere, per ciò solo, casi in cui il vizio è talmente grave da dover ammettere l'esperibilità di una azione di accertamento *ad hoc*, sottratta alle regole dell'impugnazione per nullità e proponibile in ogni tempo, ma, ove la si voglia ammettere, la categoria dell'inesistenza va a mio parere ridotta ai minimi termini.

Sarei per ricomprendervi il lodo che abbia pronunciato su materia non compromettibile e, pur con maggiori perplessità, il lodo contenente statuizioni "impossibili", cioè non classificabili come capi di accertamento, di condanna o costitutivi.

14. La revocazione.

Il lodo è impugnabile, nonostante qualunque rinuncia, per revocazione straordinaria, sulla base dei motivi 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395: vale a dire, dolo di una delle parti a danno dell'altra, decisione basata su prove riconosciute o dichiarate come false, scoperta di nuovi documenti decisivi per causa non imputabile alla parte, dolo dell'arbitro accertato con sentenza passata in giudicato.

Restano dunque esclusi sia la contrarietà ad altra pronuncia, coperta peraltro dall'impugnazione per nullità limitatamente al caso in cui le parti abbiano prodotto la decisione nel giudizio arbitrale, sia il travisamento del fatto, che rimane invece insindacabile.

Quest'ultima scelta è alquanto criticabile, perché il vizio è grave. Pertanto, gli interpreti hanno tentato di trovare soluzioni: si è invocato il difetto di motivazione, oppure si è proposto di applicare al lodo la revocazione ordinaria, facendo leva sulla generica indicazione dell'art. 827 alla revocazione. Le predette soluzioni trovano obiezioni altrettanto forti, sicché, in difetto di altre possibili ricostruzioni, non resta che prospettare l'ipotesi dell'incostituzionalità della norma.

L'art. 831 stabilisce la competenza della Corte d'appello: la trattazione sarà dunque collegiale. Per il resto, si fa rinvio alla disciplina della revocazione delle sentenze. Pertanto, quanto al *iudicium rescissorium* che segue all'accoglimento di uno dei motivi di revocazione, il merito potrà essere pronunciato unitamente al giudizio rescindente, o in una fase successiva, qualora sia necessaria altra istruttoria: qui non sembra esservi spazio per una diversa volontà delle parti, dovendosi applicare l'art. 402.

Quanto al concorso fra revocazione ed impugnazione per nullità, dall'art. 831 c.p.c. si desume che: *a)* se l'impugnazione per nullità non sia stata ancora proposta, oppure sia stata rigettata, la revocazione è proponibile nei tempi e nelle forme ordinarie; *b)* se invece il vizio di revocazione si manifesti a giudizio di nullità pendente, il comma 2 dell'art. 831 stabilisce che il termine per la proposizione della revocazione si sospende fino alla "comunicazione della sentenza che abbia pronunciato la nullità"; *c)* infine, se le impugnazioni siano contemporaneamente pendenti, se ne potrà disporre la riunione quando lo stato delle cause consenta una trattazione unitaria.

15. L'opposizione di terzo.

Al terzo è data protezione contro il lodo, in tutti i casi in cui egli può proporre opposizione contro le sentenze.

Legittimato a impugnare il lodo con opposizione di terzo è colui che non ha partecipato al giudizio arbitrale, in proprio o tramite rappresentante, a prescindere dal fatto che sia o non sia stato parte del patto compromissorio, eccetto il caso del *falsus procurator*: la *ratio* dell'impugnazione, infatti, vista in connessione con i limiti soggettivi della pronuncia e con la tutela del contraddittorio, si fonda sul criterio dell'effettiva partecipazione al giudizio nel quale si è discusso del diritto che pregiudica il terzo.

In particolare l'opposizione di terzo ordinaria spetterà ai seguenti soggetti: *a)*

terzo titolare di diritto autonomo e incompatibile che non ha stipulato il patto compromissorio; *b*) litisconsorte necessario pretermesso che non ha stipulato il patto compromissorio e difetto di legittimazione a compromettere *c*) *falsus procurator* rispetto al patto compromissorio e al processo arbitrale; *d*) terzo che ha stipulato validamente il patto compromissorio ma che non è stato chiamato a partecipare al giudizio arbitrale, pur trovandosi, ad esempio, nelle posizioni sub *a*) e *b*).

L'opposizione di terzo revocatoria, invece, spetta ai creditori, in virtù del richiamo dell'art. 831 c.p.c. al comma 2 dell'art. 404 c.p.c., sempre a condizione che dimostrino che il debitore ha colluso con l'altra parte a loro danno.

Spetta altresì ai terzi soggetti agli effetti riflessi del lodo, questa volta *secundum legem*, in virtù di un nesso di dipendenza fra il rapporto di cui sono titolari e quello deciso dalla pronuncia. Dunque, essi possono esperire l'opposizione revocatoria solo in presenza di dolo o collusione fra le parti, a prescindere dalla stipula o meno del patto compromissorio; in assenza di dolo, debbono accettare la situazione giuridica soggettiva così come fissata nella pronuncia.

Esempio. Pronunciato un lodo fra Tizio, locatore, e Caio, conduttore, che condanna quest'ultimo al rilascio del bene per cessata locazione, la pronuncia è opponibile al subconduttore Sempronio, che può impugnarla con opposizione di terzo solo se viene a conoscenza di un patto fraudolento fra Tizio e Caio, teso ad ottenere un pretestuoso rilascio del bene da parte di quest'ultimo, al solo fine di liberarsi di Sempronio.

Poiché l'art. 831 c.p.c. richiama l'art. 404 c.p.c., l'opposizione è proponibile, alternativamente, o contro il lodo dichiarato esecutivo, benché ancora impugnabile, o contro il lodo non più impugnabile, a prescindere dal deposito.

Pendente l'impugnazione per nullità, per contro, il terzo potrà far valere la propria posizione tramite l'intervento (riconosciuto, quando il lodo potrebbe pregiudicare i suoi diritti, *ex* artt. 344 e 404 c.p.c., da Cass., 30 novembre 2017, n. 28827, in contrasto con la giurisprudenza pre-novella del 2006).

Quanto al procedimento, valgono *mutatis mutandis* le regole già viste sulla revocazione. La competenza a giudicare sull'opposizione di terzo spetta alla Corte d'appello del distretto in cui ha sede l'arbitrato, con rito collegiale. Il procedimento inizia con citazione, che, nell'opposizione di terzo revocatoria, deve essere notificata entro trenta giorni dalla scoperta del dolo o della collusione e deve contenere l'indicazione del giorno in cui è avvenuta la scoperta, con la relativa prova. Sarà inoltre possibile la sospensione dell'esecutorietà del lodo, ai sensi dell'art. 407 c.p.c.

La pronuncia sull'opposizione può rimuovere il lodo anche solo parzialmente, mentre la fase rescissoria, qualora si renda necessaria, deve svolgersi dinanzi al giudice togato, poiché non è prevista la deroga a favore della competenza arbitrale: la soluzione si impone a maggior ragione quando il terzo coinvolto non abbia espresso alcuna volontà compromissoria.

Quanto all'eventuale concorso con l'impugnazione per nullità, il problema si pone unicamente per il lodo depositato e non ancora divenuto incontrovertibile, mentre il concorso con la revocazione è possibile anche in quest'ultimo caso. Verificatasi la contemporanea pendenza delle impugnazioni, il legislatore ammette la riunione, se lo stato delle cause lo consenta.

Sentenze



1. Cassazione civile sez. un., 30/03/2021, n. 8776
2. Cassazione civile sez. II, 08/11/2013, n. 25258
3. Cassazione civile sez. I, 17/10/2018, n. 26008
4. Cassazione civile sez. I, 31/07/2020, n. 16553
5. Cassazione civile sez. I, 03/04/2020, n. 7681
6. Cassazione civile sez. un., 09/05/2016, n. 9284
7. Cassazione civile sez. un., 12/02/2019, n. 4135
8. Corte Costituzionale, 30/01/2018, n. 13

Bibliografia essenziale



CAPITOLO XVII

I COSTI E LA RISERVATEZZA

1. Quanto costa un arbitrato?

Le voci di costo del procedimento arbitrale, esaminate una per una nei paragrafi che seguono, consistono:

- a)* nel compenso e nelle spese degli arbitri, con gli eventuali anticipi nel corso del procedimento;
- b)* nel compenso dell'ente amministratore, se l'arbitrato è amministrato;
- c)* nelle spese e nel compenso dell'avvocato, se presente;
- d)* nelle imposte previste dalla legge.

2. Il compenso e le spese degli arbitri.

Gli arbitri, nella veste di privati che offrono una prestazione d'opera intellettuale, hanno diritto al compenso e al rimborso delle spese della procedura, ai sensi degli artt. 2233 e 2234 c.c.: lo stabilisce espressamente l'art. 814 c.p.c., salva la possibilità di rinunciarvi con atto scritto contestuale o successivo all'accettazione dell'incarico.

Le spese possono consistere nei costi personali per le trasferte, nel pagamento delle imposte sui provvedimenti, nel compenso per l'eventuale segretario (v. par. 8, cap. XI), nei costi dell'istruttoria, come la nomina dell'interprete o del tecnico che assiste alla verbalizzazione delle dichiarazioni testimoniali.

Anche il corrispettivo spettante al consulente tecnico d'ufficio (non quello del consulente di parte, che fa parte delle spese di difesa di quest'ultima) è compreso nella voce delle spese: secondo la giurisprudenza, infatti, va esclusa una obbligazione diretta delle parti al pagamento, salvo diverso accordo (Cass., 21 marzo 2014, n. 6736 [1]). Peraltro, nella prassi gli arbitri spesso stabiliscono che l'acconto e il saldo vengano versati al consulente direttamente dalle parti, su liquidazione degli stessi arbitri; se le parti si vincolano a detta modalità, è da ritenere che il consulente possa rivolgersi anche a loro.

Il compenso e le spese sono dovuti da tutte le parti agli arbitri con il vincolo della solidarietà: ciò significa che gli arbitri possono rivolgersi anche ad una soltanto delle parti, per ottenere l'intero, salvo rivalsa interna fra queste ultime, sulla base di quanto stabilito in sede di condanna alle spese. Fa eccezione l'ipotesi in cui le parti stipulino un compromesso a lite già pendente davanti al giudice, ai sensi dell'art. 1 del d.l. n. 132 del 2014: esse saranno tenute al pagamento ciascuna per la propria parte. Un regime speciale è altresì previsto dall'art. 412-*quater* per l'arbitrato di lavoro.

Esempio. In un arbitrato fra Mevia e Caia, l'arbitro Tizio fissa il proprio compenso in 99, condannando al pagamento delle spese dell'arbitrato per un terzo Mevia (33) e per due terzi Caia (66). Tizio chiede il pagamento di tutti i 99 a Mevia, che deve corrisponderlo, in quanto tenuta al vincolo solidale. A sua volta, Mevia potrà ripetere da Caia 66.

Venendo al compenso, occorre distinguere fra arbitrato *ad hoc* e amministrato.

a) *Arbitrato ad hoc*. A meno che le parti e gli arbitri non abbiano concordato un compenso ai sensi dell'art. 2233, comma 1, c.c., questi ultimi determinano l'onorario e le spese dovute con apposita ordinanza o anche nel lodo.

Si tratta però di una mera proposta, non vincolante, alla quale le parti possono aderire pagando spontaneamente. Se le parti non aderiscono, o rimangono semplicemente silenti (e sempre che il silenzio non sia da interpretare, alla luce delle circostanze del caso di specie, come accettazione tacita), gli arbitri possono rivolgersi al Presidente del tribunale, che provvede a liquidare il loro compenso. L'istanza può essere presentata anche dal singolo arbitro; il procedimento, regolato dall'art. 814 c.p.c., segue il rito della camera di consiglio. La valutazione del Presidente deve limitarsi, secondo l'interpretazione maggioritaria, alla determinazione del compenso sulla base delle attività svolte e non può estendersi, neppure

incidentalmente, ad accertamenti sulla responsabilità degli arbitri o sull'invalidità della convenzione arbitrale (Cass., 7 agosto 2019, n. 21058 [2]). Infatti, il diritto è indipendente dalla invalidità del lodo (Cass. 13 giugno 2018, n. 15420).

L'ordinanza, immediatamente esecutiva, può essere reclamata ai sensi dell'art. 825, comma 4, entro trenta giorni dalla comunicazione davanti alla Corte d'appello, che può anche sospendere l'esecutività del provvedimento impugnato ai sensi dell'art. 830, comma 4. Le sezioni unite hanno a ragione stabilito l'impugnabilità della decisione sul reclamo in Cassazione per vizio di legittimità (Cass., 7 dicembre 2016, n. 25045 [3], in difformità con un arresto precedente assai criticato in dottrina: Cass., 31 luglio 2012, n. 13620).

b) Arbitrato amministrato. Il compenso spetta sia agli arbitri sia all'ente.

In generale, la determinazione dei compensi spetta all'ente, che fa ricorso a tariffe predeterminate che vanno da un minimo ad un massimo; spesso, il pagamento è effettuato nelle mani dell'ente medesimo ed è previsto il versamento di un anticipo.

Con specifico riguardo al compenso degli arbitri, la determinazione compiuta dall'ente deve ritenersi vincolante per le parti, dovendo essere qualificata come arbitraggio, accettato attraverso il richiamo al regolamento (in tal senso, seppur in un arbitrato *ad hoc*, Cass., 5 agosto 2016, n. 16594 [4]). Peraltro, affinché sia esecutiva, sarà necessario il ricorso al giudice, eventualmente a mezzo di procedimento per ingiunzione. Per alcuni, sarebbe altresì possibile fare ricorso all'art. 814, ma non è chiaro se l'istanza possa essere proposta solo dagli arbitri o anche dall'ente: sarei per escludere l'ente, sia perché questi perderebbe la funzione "terza" di controllo dei compensi e di intermediazione fra parte ed arbitro, sia perché il credito resta pur sempre di titolarità dell'arbitro; ciò vale anche per gli arbitri nominati dall'istituzione, che non instaurano alcun rapporto contrattuale diretto con essa (v. cap. VIII).

Molti regolamenti predispongono strumenti per assicurare il pagamento dei corrispettivi, prevedendo ad esempio che il termine per il deposito del lodo presso l'ente venga sospeso in attesa del saldo di quanto dovuto (ad es. art. 38 Cam). Per contro, la possibilità per l'ente amministratore di trattenere presso di sé il lodo già depositato dagli arbitri, in attesa del saldo, non sembra in linea con la conseguenza necessaria fra la pronuncia del lodo nel termine stabilito e la comunicazione alle parti: benché l'art. 813-ter colleghi la responsabilità dell'arbitro alla sola mancata pronuncia del lodo entro il termine, sarebbe contrario allo spirito della norma non far seguire, in tempi brevi, la conoscenza del responso. Tanto è vero

che l'*Arbitration act* inglese, nel prevedere la facoltà per gli arbitri di non comunicare il lodo in caso di mancato pagamento del compenso, assicura però alle parti la possibilità di rivolgersi al giudice per ottenere la decisione, dietro pagamento di una somma stabilita da quest'ultimo (art. 56).

Veniamo infine al regime degli acconti.

Gli arbitri hanno il diritto a richiedere degli anticipi sulle spese e sugli onorari. Con riguardo alle spese prevedibili, tale diritto è espressamente disciplinato dall'art. 816-*septies* c.p.c.; con riguardo ai compensi, il fondo spese è previsto dalla disciplina della prestazione d'opera intellettuale (art. 2234 c.c.).

L'art. 816-*septies* contiene una disciplina articolata. Se (e solo se: Cass., 11 settembre 2015, n. 17956 [5]) gli arbitri lo abbiano stabilito espressamente in anticipo, il mancato pagamento del fondo spese, limitatamente alle spese prevedibili, permette loro di chiudere anticipatamente il procedimento. In particolare, se una parte non paga la sua quota, viene richiesto il pagamento dell'intero all'altra parte; se anche quest'ultima non paga, viene meno il vincolo arbitrale con riguardo alla controversia oggetto dell'arbitrato. Non è espressamente prevista l'estinzione del processo in corso, con la conseguenza che gli arbitri dovrebbero pronunciare un lodo di carenza sopravvenuta della loro *potestas iudicandi*: sarà dunque opportuno convenire espressamente con le parti, magari a verbale di prima udienza, che il mancato pagamento esimerà gli arbitri dalla pronuncia del lodo.

La norma non assoggetta allo stesso regime anche gli acconti sui compensi degli arbitri; tuttavia, da un lato, dovrebbe ritenersi possibile per questi ultimi avvalersi dell'eccezione di inadempimento, per rifiutare a loro volta la prosecuzione dell'incarico; d'altro lato, non vedo ostacoli nel prevedere l'estensione della norma anche ai compensi, in accordo con le parti, magari a verbale della prima udienza, con contestuale fissazione dell'importo complessivo dovuto in acconto.

L'art. 816-*septies* ha il pregio di evitare che gli arbitri si trovino costretti ad anticipare costi anche ingenti, con il rischio di non riuscire a recuperarli all'esito del procedimento, ma può avvantaggiare la parte che non abbia interesse alla prosecuzione dell'arbitrato (di regola il convenuto). Per questo motivo, giustamente, alcuni regolamenti arbitrali stabiliscono che, nel caso in cui le parti abbiano proposto domande reciproche, l'arbitrato prosegue limitatamente alle domande della parte adempiente.

La prassi dell'arbitrato internazionale evidenzia l'uso di strumenti che assicurano una parte in via cautelare o provvisoria dal rischio di inadempimento dell'altra relativamente alle spese, come la c.d. *security for costs*.

3. Le spese della difesa.

La parte dovrà sostenere le spese per la difesa tecnica, a meno che abbia scelto di non munirsi di difensore, ipotesi, peraltro, infrequente nella prassi. Se presente, quest'ultimo deve necessariamente rivestire la qualità di avvocato (cap. XI, par. 4), per cui il compenso sarà determinato o in base ad un accordo con l'assistito, oppure con riferimento agli appositi parametri dettati per la sua categoria professionali, cioè il d.m. n. 55 del 2014, al momento in cui si scrive. Il compenso è costituito dalla somma degli importi dovuti per ciascuna fase del processo, se svolta: fase preliminare di studio, fase introduttiva, fase istruttoria, fase decisionale.

Occorre tenere concettualmente distinto il rapporto economico fra l'avvocato ed il proprio assistito, rispetto all'eventuale condanna dell'avversario a sostenere le spese di difesa del vittorioso (par. 5). Nel rapporto interno, infatti, il compenso è determinato sulla base dei criteri sopra visti; nel rapporto con il soccombente, invece, il costo è liquidato dagli arbitri, che faranno comunque riferimento ai parametri di cui al d.m. cit. Se gli importi non coincidono, l'assistito sarà tenuto a versare all'avvocato il compenso dovuto, ma otterrà unicamente il rimborso della diversa somma stabilita dagli arbitri.

4. Il prelievo fiscale.

Quando l'arbitrato ha sede in Italia, l'attività arbitrale è assoggettata a prelievo fiscale, sotto forma di imposta di bollo e di imposta di registro, oltre al regime delle imposte dirette e sul valore aggiunto fra le parti e nei rapporti parti-arbitri. Il sistema del contributo unificato vigente per il processo statale, cioè il versamento di un importo iniziale *una tantum*, non sembra invece applicabile. È d'obbligo il termine dubitativo, perché, dopo la svolta della Cassazione del 2013 (cap. I, par. 2), si potrebbe avanzare l'idea che l'arbitrato rientri nei procedimenti "di natura giurisdizionale" di cui al d.p.r. n. 115 del 2002: ho però espresso il mio dissenso rispetto alla tesi in esame.

a) L'imposta di bollo (d.p.r. n. 642 del 1972) è dovuta, in primo luogo, sulla convenzione arbitrale. Il regime è diverso a seconda che si tratti di un compromesso o di una clausola compromissoria inserita in un altro contratto, nel qual caso si discute se sia soggetta ad imposta in una con il predetto contratto; se la

convenzione derivi da uno scambio di corrispondenza, vi è l'agevolazione dell'imposta solo in caso d'uso.

È altresì dovuta per gli atti di parte, gli atti del procedimento (ad esempio i verbali) e i provvedimenti degli arbitri, ma non per i documenti non assoggettati in origine all'imposta di bollo, né per le copie semplici: andrà bollata anche la perizia del c.t.u. Infine, l'imposta va applicata al lodo.

Se gli arbitri ricevono dalle parti atti non in regola con il bollo, non possono rifiutare il deposito, ma si ritiene che debbano trasmettere la segnalazione alla pubblica amministrazione competente.

b) L'imposta di registro (d.p.r. n. 131 del 1986) va versata sia con riguardo alla convenzione arbitrale sia con riferimento al lodo. L'imposta per la convenzione arbitrale è dovuta a misura fissa, trattandosi di contratto a contenuto non patrimoniale, con regime differenziato a seconda che sia redatta con atto pubblico o scrittura privata autentica, oppure scrittura semplice o scambio di corrispondenza (in queste ultime ipotesi solo in caso d'uso).

Il lodo sconta la stessa imposta delle sentenze, quando venga omologato dal giudice, con conseguente onere del cancelliere di richiedere direttamente la registrazione. L'imposta è dovuta in caso d'uso e non va versata nel caso di adempimento spontaneo della pronuncia: si tratta di un notevole vantaggio rispetto alla sentenza, attenuato però, almeno secondo una parte degli interpreti, dall'obbligo di registrazione in caso di impugnazione, che è considerata caso d'uso.

Si ritiene comunque che gli arbitri non siano corresponsabili in ordine al pagamento dell'imposta di registro sul lodo.

Quanto detto vale per l'arbitrato italiano rituale. Regole evidentemente diverse valgono per il lodo straniero, mentre per il lodo irrituale (cap. XVIII) poiché la legge è silente, occorrerà fare riferimento al regime fiscale dei contratti. Secondo la risoluzione ministeriale 25 novembre 1983, n. 240964, il lodo irrituale è soggetto all'obbligo di registrazione, alla pari dei contratti, in base agli effetti che produce. Si richiama sovente la transazione (soggetta a registrazione obbligatoria), ma vale la pena sottolineare che il lodo irrituale contiene un accertamento e non è dunque assimilabile al contratto transattivo. Quanto alla responsabilità degli arbitri, qualificati dalla giurisprudenza come mandatari delle parti, la soluzione è opposta a quella dell'arbitrato rituale, essendo stabilito che i mandatari sono corresponsabili per il pagamento dell'imposta.

5. La condanna alle spese.

Spetta agli arbitri l'onere di decidere chi debba sostenere le spese del procedimento, comprese le spese di difesa.

Che gli arbitri non siano vincolati al regime di riparto delle spese di cui all'art. 91 ss. c.p.c. è assunto condivisibile, in quanto implicitamente desumibile dalla libertà nella determinazione delle regole procedurali stabilita dall'art. 816-*bis*. Peraltro, la tendenziale correlazione fra chi perde e chi paga le spese del processo è diretta applicazione del giusto principio in base al quale la parte che ha ragione ha diritto di ottenere tutto ciò che le spetta. In tal senso è una pronuncia della Cassazione (30 giugno 2015, n. 13312), che ha ritenuto vessatoria una clausola compromissoria derogatoria del principio a sfavore dell'assicurato.

Non è escluso che le parti, anche tramite rinvio ad un regolamento, impongano agli arbitri un criterio diverso da quello della soccombenza; ed in ogni caso potranno valere attenuazioni del principio per circostanze motivate, come la condotta delle parti.

In proposito, riterrei altresì applicabile l'art. 96, mentre ho più dubbi per l'art. 91, nella parte in cui dispone che il giudice debba condannare la parte vincitrice alle spese maturate dopo la formulazione della proposta giudiziale; sarei per la negativa, perché la norma non è automaticamente estendibile all'arbitrato e non è espressione del canone fondamentale di corrispondenza fra onere delle spese e soccombenza. Non sono neppure, a mio avviso, richiamabili le disposizioni di cui al d.lgs. n. 28 del 2010, che permettono al giudice di infliggere una sanzione o di escludere le spese a carico del soccombente, ove la parte rifiuti la proposta di mediazione ed ottenga poi lo stesso *quantum* in sentenza, poiché non vi è alcun riferimento all'arbitro.

Negli appalti pubblici l'art. 209 d.lgs. 50/16 fa una scelta controtendenza, prevedendo che, in caso di accoglimento parziale della domanda, le spese vadano compensate in proporzione al rapporto tra il valore della domanda e quello dell'accoglimento, salvo l'assoluta novità della questione o il mutamento della giurisprudenza *ex* art. 92, comma 2.

6. Possibili rimedi al costo come ostacolo all'effettività dell'arbitrato; il *third party funding*.

Il costo è uno dei principali ostacoli all'utilizzo proficuo dell'arbitrato. Secondo orientamenti d'oltreconfine, esso può addirittura condizionare la validità ed efficacia della convenzione arbitrale. Il problema si pone, specialmente, quando i contendenti siano in condizioni di disparità economica, o quando il valore della lite sia sproporzionato rispetto al costo dell'arbitrato.

In Italia, l'art. 816-*septies* c.p.c., nel sancire il venir meno della convenzione arbitrale in caso di mancato anticipo delle spese da parte di chi vi abbia interesse quando l'avversario non ottemperi, non va certo nella direzione di facilitare l'attore debole. Non credo però che la via migliore sia quella di scoraggiare l'uso dell'arbitrato, come il divieto nelle società quotate in borsa o ad azionariato particolarmente diffuso, *ex* art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003: la rapidità dei tempi e la flessibilità della procedura possono spesso assicurare una tutela assai più efficace di quella giudiziale, per determinate categorie di soggetti svantaggiati.

Occorre piuttosto trovare rimedi atti a diminuire l'impatto del costo sulla scelta arbitrale: l'Unione europea è assai sensibile al riguardo, prevedendo (direttiva n. 22 del 2013) la tendenziale gratuità o la cospicua riduzione del costo a carico del consumatore e, in ogni caso, la sua prevedibilità, sia con riguardo al *quantum*, sia per quanto attiene alla ripartizione dell'onere.

La legge italiana è raramente intervenuta per calmierare i compensi degli arbitri; un ruolo fondamentale è affidato agli enti amministratori, che possono fissare tariffe più contenute rispetto ai parametri dell'arbitrato *ad hoc*.

Di seguito individuo tre possibili vie di contenimento dei costi.

a) *Semplificazione del procedimento*. I costi possono essere ridotti attraverso uno snellimento delle regole processuali, in modo da contenere al massimo i costi delle trasferte, degli arbitri e dei difensori. I regolamenti degli arbitrati amministrati possono fare molto sotto questo profilo: la preferenza per la nomina di un arbitro unico, ove possibile; la sede dell'arbitrato vicina alla residenza delle parti (cfr. il foro del consumatore, obbligatorio a pena di vessatorietà); la possibilità di uso di strumenti telematici, oggi sempre più invalsa; la previsione di semplificazioni istruttorie, a patto che non vadano a discapito di una piena cognizione; la predisposizione di modalità di difesa facilitate, se la parte intenda stare in giudizio senza avvocato.

Occorre peraltro essere cauti. Il ricorso a cognizioni semplificate dovrebbe essere valutato caso per caso, perché talvolta una lite di valore contenuto può

richiedere un'istruttoria complessa, mentre la possibilità di stare in giudizio personalmente comporta il rischio di una disparità di difesa; di tutto ciò gli arbitri debbono farsi carico, pur nel rispetto del canone di imparzialità.

b) Gratuità o costo moderato per la parte debole. In presenza di una parte debole, la soluzione migliore è senz'altro quella della gratuità. In Spagna, l'arbitrato di consumo (regolato dal *Real decreto* n. 231 del 2008) è tendenzialmente gratuito per intervento pubblico, benché i costi delle prove chieste dalle parti restino a loro carico.

In Italia, escluderei che il sistema del gratuito patrocinio davanti al giudice possa essere esteso all'arbitrato. Benché, infatti, la l. n. 115 del 2002, nell'art. 3, definisca il processo come “qualunque procedimento contenzioso o non contenzioso di natura giurisdizionale”, occorre pur sempre dimostrare che l'arbitrato ne condivida la natura e si è visto come anche la giurisprudenza sia a tutt'oggi oscillante (cap. I, par. 2); inoltre, la legge fa in più parti riferimento al processo davanti all'autorità giudiziaria, come ad esempio gli artt. 78, 82, 83 l. cit. Vi si potrà fare ricorso, se mai, per la fase di impugnazione del lodo e più in generale per tutti i procedimenti incidentali davanti al giudice. Ad ogni modo, il rimedio non coprirebbe una larga fascia di potenziali utilizzatori che, pur non rientrando nei ridotti limiti di reddito previsti dalla norma, non sono comunque in grado di sostenere i costi.

Il contributo dello Stato può anche essere erogato sotto forma di un credito di imposta: si veda per esempio quello fino a 250 euro previsto dalla l. n. 208/15 e successivo d.m. 30 marzo 2017 per l'arbitrato a lite giudiziale pendente.

Sul fronte privato, nell'arbitrato amministrato può essere addirittura approntato un sistema di gratuito patrocinio “interno”. È il caso della Corte di arbitrato per lo sport di Losanna che, a certe condizioni, assicura alla persona fisica le spese del procedimento; è previsto anche un “pro bono counsel”, tratto da un'apposita lista e chiamato a prestare all'indigente l'assistenza gratuita (cfr. le *Guidelines on legal aid before the Court of arbitration for sport* del 2013).

Per il resto, si potrebbe pensare a costi differenziati, a seconda della capacità economica delle parti in causa, prevedendo un criterio di riparto diverso dalla soccombenza nei rapporti interni (par. 5), ferma l'eguaglianza nei confronti degli arbitri, oppure attribuendo direttamente ad una parte l'onere del pagamento delle spese, ad esempio il professionista nell'arbitrato di consumo: onere che può costituire un efficace mezzo pubblicitario per l'impresa che lo assume.

Il punto debole sta nella terzietà dell'arbitro, che potrebbe essere indotto a favorire il soggetto tenuto a corrispondergli la maggior parte o tutto il compenso.

Si possono però, al riguardo, predisporre alcuni correttivi: ad esempio, l'istituzione arbitrale potrebbe assumere il ruolo di filtro fra arbitri e parti, provvedendo alla gestione degli incassi ed impedendo così ai primi di conoscere il riparto dei costi fra le seconde; si veda, per esempio, il *Consumer Due Process Protocol* della *Aaa*, secondo cui l'ente amministratore gestisce in via esclusiva i pagamenti, "without disclosing the parties' share therein".

Il ricorso a strumenti assicurativi, o a forme di contribuzione volontaria delle imprese in fondi autonomi, eventualmente in concorso fra loro, potrebbe permettere di frapporre un ulteriore filtro fra l'arbitro e la parte; oppure, i costi potrebbero essere sostenuti da associazioni di categoria di una delle parti o da apposite fondazioni, purché ciò sia fatto con risorse finanziarie dedicate e non confluenti nel bilancio generale dell'associazione, come previsto, per il consumo, dalla direttiva Ue n. 22 del 2013, all'art. 6, par. 4.

L'art. 412-*quater* c.p.c. prevede, nell'ambito dello specifico arbitrato di lavoro regolato dalla norma, che i contratti collettivi di categoria possano istituire un fondo per il rimborso delle spese sostenute dalle parti.

Specie nei paesi anglo-americani, ma lo strumento sta avendo sempre maggiore diffusione, si riscontra la prassi del *third party funding*, tesa alla ricerca di finanziamenti di terzi, quando la vertenza si presenti particolarmente complessa e costosa.

c) *Prevedibilità del costo*. La miglior via affinché le parti possano scegliere se l'arbitrato sia davvero conveniente è conoscere in anticipo quanto costerà. Gli enti amministratori stanno andando in questa direzione con la predisposizione di strumenti automatici per calcolare anticipatamente i costi di massima (cfr. le *American arbitration association supplementary rules enable predictable time-and-cost construction arbitration*).

È certamente utile, poi, benché giunga ad arbitrato ormai avviato, l'accordo anticipato fra le parti e gli arbitri su un importo fisso. Ai sensi del d.m. 2 settembre 2010, art. 39, in tema di compensi dei dottori commercialisti ed esperti contabili, le parti debbono pre-concordare l'onorario dell'arbitro con quest'ultimo e, solo in mancanza, questi procede alla liquidazione secondo i parametri previsti dalla legge.

7. La riservatezza in arbitrato.

Si afferma da più parti (v. per esempio gli *International Arbitration Studies* della *Queen Mary University*) che una delle caratteristiche che differenziano l'arbitrato dal giudizio statale è la riservatezza del procedimento e della decisione. Si distingue poi

fra riservatezza (*privacy*) e confidenzialità (*confidentiality*), intendendo la prima come diritto di non far accedere terzi alle udienze e alle attività arbitrali e la seconda come onere di non rendere pubbliche informazioni e documenti interni al processo arbitrale.

La legge italiana non contiene una disciplina generale, a differenza di altri ordinamenti e di molti regolamenti arbitrali. Peraltro, il regolamento per l'istituzione di Camere arbitrali presso gli ordini forensi (d.m. 14 febbraio 2017, art. 11) impone l'obbligo di riservatezza ai "membri del consiglio direttivo, gli arbitri, i conciliatori e il personale dipendente e ogni altro soggetto coinvolto, in qualsiasi qualità, nelle attività della camera arbitrale e di conciliazione".

In ogni caso, le parti possono introdurre nel patto arbitrale regole di riservatezza, anche tramite il richiamo ad un regolamento arbitrale, oppure possono convenirle durante il procedimento, magari su sollecitazione degli arbitri, adottando, ad esempio, una clausola-tipo come quella proposta dalla *International Law Association*, in un *Report* sulla confidenzialità in arbitrato presentato alla conferenza dell'Aja dell'agosto 2010.

Per converso, le parti possono attenuare negoziabilmente il dovere di riservatezza e, anche in mancanza di accordo, possono derogarvi quando abbiano necessità di tutelare un proprio diritto in altra sede giudiziale, o siano tenute ad ottemperare a doveri imposti dalla legge (ad esempio informazioni alla pubblica amministrazione).

La riservatezza può venire in gioco sia durante il procedimento arbitrale, sia con riguardo al lodo.

a) *Procedimento*. L'arbitrato *ad hoc*, svolgendosi prevalentemente in luoghi privati, garantisce una particolare *privacy*, grazie anche all'ambito ristretto dei soggetti a conoscenza del procedimento. Anche gli enti amministratori assicurano riservatezza nello svolgimento delle attività arbitrali. La differenza con il processo statale, tuttavia, non è così marcata in Italia, diversamente da altri ordinamenti: anche davanti all'autorità giudiziaria civile le udienze di trattazione non sono pubbliche (art. 84, disp. att. c.p.c.), eccetto quella, ormai rara nella prassi, di discussione (art. 128 c.p.c.).

A monte viene in rilievo la questione sull'applicazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che impone l'udienza pubblica fra le regole del giusto processo: applicazione che la Corte di Strasburgo ha riservato, peraltro, soltanto all'arbitrato obbligatorio e non a quello volontario (cfr. il caso *Pechstein-Mutu*, cit. cap. VI, par. 13).

Una questione di *privacy* si pone quando un terzo chieda di accedere alla documentazione del processo, al fine, ad esempio, di valutare l'intervento in arbitrato. In presenza di un obbligo di riservatezza, ho perplessità sull'ammissibilità della *disclosure*, se le parti non siano d'accordo: peraltro, la *High Court* inglese, nel caso *The Chartered Institute of arbitrators*, del 7 marzo 2019, ha ritenuto che il diritto delle parti alla riservatezza possa trovare una attenuazione quando emerga un prevalente interesse del terzo ad ottenere le informazioni sotto il profilo, ad esempio, del rilievo pubblicistico di quest'ultimo (la questione si pose già nel noto caso *Esso v. Plowman* risolto dalla *Supreme Court of Victoria* nel 1995).

Nella fase istruttoria, possono porsi particolari problemi di confidenzialità, con riguardo alla produzione di documenti, o ad indagini di consulenti tecnici che possano rivelare fatti protetti da segreti industriali o commerciali. Gli arbitri debbono adottare ogni più opportuna cautela, invitando se del caso le parti a concludere uno specifico accordo di confidenzialità, in modo da poter assumere la prova garantendo al contempo la tutela delle informazioni riservate; secondo l'art. 9 delle *Iba Rules on the Taking of Evidence*, possono escludere i documenti e le informazioni riservate dall'istruttoria, o dettare i necessari accorgimenti affinché la confidenzialità sia assicurata, mentre l'art. 2 incentiva gli arbitri a risolvere preventivamente con le parti eventuali problemi di *cybersecurity* e protezione dei dati. È anche possibile nominare un *confidentiality advisor*, che, pur mantenendo la piena riservatezza sulle informazioni, fornisca elementi utili alla valutazione dei fatti (v. ad esempio l'art. 52 delle *Wipo rules*).

La crescente tendenza all'uso delle tecnologie per lo svolgimento delle attività arbitrali, quali la videoconferenza, pongono ulteriori questioni di riservatezza affrontate, per esempio, dal *Protocol on cybersecurity in international arbitration* 2020 dell'*Icca-NYC bar-CPR*.

L'arbitrato societario va in controtendenza per via degli interessi superindividuali che caratterizzano le relative liti: l'art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003 prevede l'obbligo di deposito della domanda d'arbitrato presso il registro delle imprese, affinché sia resa accessibile – soltanto – ai soci, all'evidente fine di permettere loro di partecipare, ad esempio quando sia stata impugnata una delibera assembleare ed il socio voglia a sua volta impugnarla, oppure intervenire a sostegno della società; è altresì previsto che siano pubblicati nel registro delle imprese il dispositivo del provvedimento di sospensione della delibera, nonché il dispositivo del lodo che decida sulla sua validità, al fine di assicurare la pubblicità necessaria ad evitare il consolidamento dei diritti dei terzi di buona fede.

b) *Lodo*. È principio internazionalmente accettato che gli arbitri debbano garantire la confidenzialità nella trasmissione della decisione alle parti.

In Italia, si ritiene, alla luce dell'art. 52 d.lgs. n. 196 del 2003, che il lodo divenga accessibile al pubblico, al pari della sentenza, quando sia depositato in tribunale per ottenerne l'esecutività. La norma citata, infatti, equipara il lodo depositato alla sentenza e precisa che la parte può chiedere agli arbitri, prima della pronuncia della decisione, che sia apposta un'annotazione "volta a precludere, in caso di riproduzione [...] in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del medesimo interessato riportati" sul lodo medesimo. Non è chiaro, però, se da questa disciplina sia deducibile, *a contrario*, il divieto di pubblicità del lodo non depositato (par. 8). Ad ogni modo, va consentito alla parte di produrre il lodo in un altro giudizio, anche nei confronti di terzi, quando ciò sia necessario per tutelare il proprio diritto di difesa.

Deve ritenersi che gli arbitri possano occuparsi direttamente della violazione del dovere di riservatezza da parte di un contendente a danno dell'altro, a patto che la vicenda rientri nell'ambito oggettivo e soggettivo della convenzione arbitrale.

8. Riservatezza vs. trasparenza.

Nei tempi più recenti, cresce l'esigenza di assicurare all'arbitrato un grado di trasparenza che permetta di incrementare la fiducia dei potenziali utilizzatori e di contribuire al progresso dei sistemi giuridici, attraverso la diffusione delle attività degli enti amministratori e della giurisprudenza arbitrale, anche al fine di permettere l'elaborazione di buone pratiche. D'altra parte, l'utilità "sociale" dell'arbitrato è supportata da una esegesi espansiva del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 cost.

La direttiva Ue n. 22 del 2013, sull'arbitrato di consumo, va in questa direzione: l'ente arbitrale incaricato della gestione deve assicurare l'accesso pubblico ai dati sulla sua attività e ai risultati nel tempo, con relazioni annuali sulla durata media dei processi, sulle percentuali di composizione amichevole e di decisione nel merito e così via.

La questione della trasparenza è particolarmente sentita negli arbitrati degli investimenti. *L'Icsid* pubblica sul sito *web* tutti gli atti e i provvedimenti dei procedimenti pendenti o già terminati; la stessa giurisprudenza dei casi *Icsid* sovente

sottolinea il valore di una interpretazione uniforme, che tenga conto dei precedenti, per contribuire ad armonizzare il diritto degli investimenti. L'Uncitral dal canto suo, ha elaborato le *Rules on Transparency in Treaty-based investor-State Arbitration*, applicabili su accordo delle parti o quando queste ultime facciano rinvio alle *Uncitral Rules*, salvo accordo contrario; è poi seguita la Convenzione sulla trasparenza nell'arbitrato dei trattati di investimento, aperta per la firma dal 17 marzo 2015.

In Italia, particolare trasparenza è assicurata nell'arbitrato degli appalti pubblici, come emerge dall'art. 210 d.lgs. n. 50/16: la Camera arbitrale, infatti, pubblica i dati relativi agli arbitrati in corso, con i relativi compensi arbitrali.

Sono sempre più numerosi gli enti arbitrali che rendono pubbliche le proprie principali attività. La Camera arbitrale di Milano, ad esempio, pubblica in forma anonima i casi in cui ha trattato questioni di indipendenza degli arbitri in sede di conferma e rende noti i nomi degli arbitri designati nei propri procedimenti; inoltre, l'art. 8 del regolamento permette la pubblicazione "a fini di studio", dei lodi in forma anonima, salva opposizione di anche solo una delle parti. Il regolamento per l'istituzione di Camere arbitrali presso gli ordini forensi (d.m. 14 febbraio 2017, art. 11), invece, richiede il consenso delle parti per la pubblicazione in forma anonima dei dati.

L'avvento dell'intelligenza artificiale potenzia ulteriormente l'esigenza di raccolta e diffusione dei dati e ad un tempo aggrava la necessità di contemperamento con la *privacy*: mi riferisco alle piattaforme finalizzate a raccogliere dati su procedimenti e lodi pregressi, elaborati da algoritmi complessi che permettono alle parti di effettuare valutazioni più mirate in sede di nomina o in altri momenti dell'arbitrato (cfr. *Dispute Resolution Data* o *ArbiLex*: v. par. 2, cap. VIII).

Sentenze



1. Cassazione civile sez. I, 21/03/2014, n. 6736
2. Cassazione civile sez. I, 07/08/2019, n. 21058
3. Cassazione civile sez. un., 07/12/2016, n. 25045
4. Cassazione civile sez. II, 05/08/2016, n. 16594
5. Cassazione civile sez. I, 11/09/2015, n. 17956

Bibliografia essenziale



CAPITOLO XVIII

L'ARBITRATO IRRITUALE

1. La storia dell'arbitrato irrituale.

L'ordinamento italiano contempla la peculiare distinzione tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale.

L'art. 808-*ter* c.p.c., infatti, riportando in rubrica la dizione “arbitrato irrituale”, stabilisce che le parti possono prevedere che la loro lite sia decisa dagli arbitri con una “determinazione contrattuale”. La norma aggiunge sia la tendenziale inapplicabilità delle norme dettate per l'arbitrato rituale, sia il divieto di deposito del lodo in tribunale per ottenerne l'esecutività. Infine, viene garantita l'impugnabilità della pronuncia arbitrale sulla base di cinque motivi, espressamente elencati.

Per comprendere la ragione dell'arbitrato irrituale, occorre ripercorrere la sua storia. L'istituto, infatti, ha fatto il suo ingresso in seguito ad una sentenza della Corte di cassazione di Torino degli inizi del novecento (Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, II, p. 45), che ha riconosciuto il potere delle parti di stipulare un contratto atipico di soluzione della loro lite, ai sensi dell'art. 1322 c.c., giudicandolo meritevole di tutela per l'ordinamento italiano. La Corte aveva ritenuto che vi fossero diverse maniere di risolvere le controversie: “Nella quarta maniera non si fa luogo ad un giudizio ma la risoluzione si ottiene per effetto della concorde volontà delle parti indipendentemente da ogni forma procedurale”; il prodotto non potrà avere efficacia di sentenza ma più semplicemente efficacia di “risoluzione contrattuale”, giammai ripudiabile per “eccezioni derivanti dalla mancanza di formalità procedurali”. Come si vede, l'impostazione

della Corte è imperniata sull'assenza di requisiti processuali: assenza oggi smentita dall'art. 808-ter, che ha mutato radicalmente direzione.

A quel tempo, vi erano ragioni teoriche e pratiche alla base dell'elaborazione giuridica dell'arbitrato irrituale. Sicuramente, esso rispondeva all'aspirazione di svincolarsi dalle costrizioni della disciplina dell'arbitrato tradizionale (rituale), particolarmente rigorose all'epoca del codice di procedura civile del 1865, specie in certe materie come quella laburistica: prima fra tutte l'obbligo di deposito in tribunale del lodo entro cinque giorni dalla sua pronuncia, pena la sua inesistenza.

Come notò Carnelutti, probabilmente l'arbitrato irrituale non avrebbe fatto il suo ingresso nell'ordinamento, se il lodo rituale fosse stato suscettibile di acquistare efficacia di giudicato a prescindere dall'*exequatur* dell'allora pretore. Non ultimo, il deposito obbligatorio del lodo, oltre a renderlo pubblico al pari di una sentenza, faceva scattare l'obbligo di pagamento immediato della tassa di registro, che oggi è dovuta solo in caso d'uso (cap. XVII, par. 4).

Alla pronuncia della Cassazione sono poi seguiti i primi riconoscimenti normativi e così, nel corso del tempo, il panorama è profondamente mutato rispetto a quello dell'epoca della sentenza. Da atipico, l'arbitrato irrituale è divenuto tipico e sempre più processualizzato, come si desume chiaramente dai motivi di impugnazione del lodo. Al contempo, è radicalmente cambiata la disciplina dell'arbitrato rituale, in favore di una crescente liberalizzazione delle forme e di un allentamento dei vincoli statuali, in chiave di piena fungibilità con la giurisdizione pubblica.

È dunque legittimo chiedersi se, oggi, l'arbitrato irrituale conservi ancora una funzione realmente vantaggiosa per gli utilizzatori (par. 4): ad ogni modo, occorre prendere atto che viene tuttora praticato e continua a trovare riconoscimenti normativi.

2. La natura dell'arbitrato irrituale.

Da sempre la questione della natura dell'arbitrato irrituale anima il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, anche per le sue ricadute pratiche: infatti, a seconda della tesi preferita, le lacune possono essere riempite dal rinvio all'una o all'altra categoria di norme di riferimento.

Gli inquadramenti proposti possono sintetizzarsi come segue.

a) *L'arbitrato irrituale come arbitraggio nella transazione o arbitraggio nel negozio di accertamento.* Una prima tesi inquadra l'arbitrato irrituale come un arbitraggio nel-

la transazione, con incarico agli arbitri di comporre la lite tramite reciproche concessioni (una sorta di transazione eterodeterminata). Altra tesi fa riferimento, invece, ad un arbitraggio nel negozio di accertamento, con incarico agli arbitri di accertare il torto e la ragione.

A dimostrazione, si argomenta su una particolare forma di arbitrato, invalsa nella prassi soprattutto in passato: il c.d. biancosegno, ovvero un foglio bianco, contenente soltanto le firme delle parti litiganti, che deve essere completato dagli arbitri con la loro decisione. Con esso, sarebbe dimostrato che le parti hanno inteso fare propria la determinazione dell'arbitro, quasi che provenisse da loro stesse; prevarrebbe dunque l'elemento volontaristico su quello logico-conoscitivo connesso all'attività di giudizio e non vi sarebbe soluzione di continuità fra la scelta arbitrale (cioè la convenzione arbitrale) ed il suo frutto.

Le ricostruzioni proposte si collegano all'idea che il giudizio degli arbitri irrivali sia inscindibilmente connesso all'equità e non all'affermazione dell'ordinamento attraverso l'applicazione della legge, tipica espressione della giurisdizione pubblica, almeno secondo una certa concezione, invalsa specie in passato. Così, Scialoja riteneva che l'arbitrato irrituale fosse riconducibile al mandato ed avesse ragione di esistere giuridicamente in quanto secondo equità, non come "attuazione del diritto obiettivo".

Contro le tesi citate possono muoversi alcune decisive obiezioni.

Per quanto riguarda l'arbitraggio nella transazione, l'esperienza dimostra che, di regola, le parti che scelgono l'arbitrato irrituale non intendono definire il giudizio con reciproche concessioni imposte dall'arbitro ma vogliono sapere chi abbia torto e chi abbia ragione.

Per quanto attiene, invece, al negozio di accertamento, è la ricostruzione in termini di arbitraggio a non mettere in debita luce l'elemento comune a tutte le forme arbitrali: le parti non vogliono semplicemente delegare a terzi il contenuto di un loro contratto, ma vogliono che questi giudichino la controversia, dopo aver dato loro modo di dedurre e dimostrare la loro ragione.

L'art. 808-ter conferma che l'arbitrato irrituale è ben lontano dallo schema normativo dell'arbitraggio, di cui il contraddittorio non è requisito indispensabile: l'obbligazione a vincolarsi ad un contratto futuro di accertamento dei propri diritti non è cioè mediata dalle forme e dalle garanzie di un vero e proprio processo (art. 808-ter c.p.c.). D'altro canto, il metro dell'equità non è di per sé sufficiente a caratterizzare l'irritualità, essendo possibile sia nell'arbitrato rituale, sia nella giurisdizione statale.

b) La condivisione di funzione e struttura e la reductio ad unum dei due tipi di arbitrato. Dopo il 2000, sulla scia della pronuncia della Suprema corte a favore della natura contrattuale all'arbitrato (cap. I, par. 2), una parte della dottrina porta avanti due impostazioni basate sull'appartenenza negoziale di entrambe le *species* arbitrali.

La prospettiva più moderata riconosce, come unica *differentia* specifica, il diverso regime di esecutività e di impugnabilità del lodo arbitrale. La tesi più rigorosa, portando a totale coerenza l'identità di funzione e di struttura (processuale) di entrambi gli strumenti, prende atto della sostanziale *reductio ad unum* del fenomeno arbitrale e del conseguente venir meno dell'arbitrato irrituale.

Anche queste teorie suscitano alcune obiezioni, specie dopo la riforma del 2006. Per un verso, la contrapposizione fra lodo rituale ed irrituale non si risolve soltanto nell'esecutività e nell'impugnabilità, bensì nella stessa efficacia, il primo di sentenza, il secondo di contratto. Per altro verso, la *reductio ad unum* viene smentita dall'art. 808-ter, che ha sancito una volta per tutte l'autonomia del "tipo" irrituale.

c) La contrapposizione fra arbitrato irrituale, appartenente alla sfera negoziale e arbitrato rituale, appartenente alla sfera giurisdizionale. Per una parte degli interpreti, in una prospettiva diametralmente opposta a quella *sub b)*, l'introduzione degli artt. 808-ter e 824-bis c.p.c. avrebbe definitivamente distanziato l'arbitrato rituale da quello irrituale. La radicale differenza sull'efficacia del lodo testimonierebbe l'appartenenza a due sfere separate ed autonome: l'arbitrato rituale alla giurisdizione, quello irrituale al contratto.

A questa impostazione si può obiettare che dall'efficacia di sentenza del lodo rituale non deriva necessariamente la medesima natura. L'obiezione è più generale: dall'attribuzione di particolari effetti ai due tipi di lodo non può dedursi, con altrettanta certezza, la diversità o l'identità di natura dei rispettivi arbitrati.

Ciò detto, la ricostruzione che ritengo più convincente è la seguente.

Sia l'arbitrato rituale sia quello irrituale si muovono in una sfera diversa da quella della giurisdizione statale, perché entrambi traggono legittimazione dalla volontà delle parti e consistono in un processo privato, destinato a sfociare in un giudizio vincolante. All'interno di questo fenomeno unitario, il legislatore acconsente ad una differenziazione di disciplina, a seconda che le parti vogliano una pronuncia che abbia efficacia di sentenza, oppure di contratto, con le debite conseguenze in termini di regole procedimentali, di esecutività e di impugnazione del lodo. In altri termini, la convenzione arbitrale rituale e quella irrituale sono da considerare come due *species*, entrambe tipiche, dello stesso *genus*.

3. La disciplina positiva.

La domanda centrale è: al di fuori delle scarse regole dettate dell'art. 808-ter, vale la regola *in dubio pro* disciplina dell'arbitrato rituale, oppure ci si deve unicamente basare sulle norme generali dei contratti?

Prima della novella del 2006, la giurisprudenza aveva faticosamente costruito uno “statuto” dell'arbitrato irrituale, scegliendo quali norme dell'arbitrato rituale potessero essere applicate e tenendo conto, a tal fine, della natura processuale che connota entrambi gli istituti: l'art. 808-ter, facendo un passo indietro, ripropone prepotentemente la questione della comunicabilità fra le due sfere.

Per delineare la disciplina positiva dell'arbitrato irrituale è più utile passare da una prospettiva incentrata sulla sua natura ad un'ottica funzionale ed emergono due riflessioni in proposito.

Da un lato, l'arbitrato irrituale condivide con quello rituale la stessa funzione economica: anche agli arbitri irrituali si chiede una “determinazione”, che si allontana dall'idea dell'*aliquid datum aliquid retentum* tipico della transazione e si avvicina all'accertamento dei diritti. L'analogia di funzione porta ad una necessaria procedimentalizzazione, di cui occorre tenere conto nella determinazione della disciplina applicabile. D'altro lato, l'inciso dell'art. 808-ter, secondo cui solo con la scelta rituale divengono automaticamente applicabili gli artt. 806 ss. c.p.c., dimostra che il legislatore ha voluto fortemente contrapporre i due istituti.

La risposta alla domanda sta dunque nel mezzo.

In linea di principio, per salvaguardare l'autonomia del procedimento irrituale, non può farsi automaticamente riferimento agli istituti propri dell'arbitrato rituale. Ciò non significa, però, che l'applicazione degli artt. 806 ss. sia da evitare *a priori*. Infatti, lo stesso legislatore sente la necessità di escludere espressamente l'applicazione dell'art. 825 (sull'esecutorietà del lodo) e richiama invece l'art. 812 (sull'incapacità degli arbitri), con ciò dimostrando che occorre valutare caso per caso.

In pratica, di fronte ad un caso dubbio, occorre prima di tutto cercare nella disciplina dell'art. 808-ter, o in quella generale sui contratti, una soluzione idonea, senza condizionamenti derivanti dalla normativa rituale. Se ciò non sia possibile, può farsi riferimento alle regole dell'arbitrato rituale che siano espressione diretta della funzione che i due arbitrati condividono: l'accertamento del diritto (secondo la legge o secondo l'equità) attraverso un processo.

4. Perché e come scegliere l'arbitrato irrituale?

Perché scegliere l'arbitrato irrituale?

Per rispondere occorre domandarsi se questo istituto offra alle parti utilità che l'arbitrato rituale non è in grado di dare. Osservando la prassi, emerge prima di tutto un'esigenza di *deregulation*: l'arbitrato irrituale ha più fortuna nei casi in cui il legislatore detta regole dettagliate e stringenti nei confronti dell'arbitrato rituale. Penso, ad esempio, all'obbligo di nomina eterodeterminata nelle liti societarie, che peraltro la giurisprudenza estende anche all'arbitrato irrituale (Cass., 9 ottobre 2017, n. 23550).

L'ampia libertà che contraddistingue l'arbitrato irrituale ne determina, peraltro, un indebolimento. Oltre al problema della nomina degli arbitri nel caso in cui una delle parti non collabori, che la giurisprudenza risolve con l'applicazione analogica dell'art. 810 (Cass. 21 luglio 2010, n. 17114), va rilevata l'assoluta mancanza di assistenza giudiziale nei casi di *impasse*, ad esempio nella fase istruttoria. Inoltre, il difetto di esecutività del lodo costituisce un rilevante *handicap* per la parte vittoriosa.

Quanto all'impugnazione, confrontando a prima vista i rispettivi motivi di annullamento, il lodo irrituale sembrerebbe più resistente del lodo rituale; tuttavia, una volta riconosciuta l'ammissibilità delle impugnative generali del contratto nell'arbitrato irrituale, almeno con riferimento alla nullità, l'ambito di revisione si amplia notevolmente.

D'altro canto, l'evoluzione normativa dell'arbitrato rituale è improntata ad un netto *favor* nei riguardi di quest'ultimo: gli interventi più recenti sono stati, per lo più, finalizzati a rafforzare la sua effettività, senza intaccarne la flessibilità.

La Cassazione (Cass., 8 aprile 2020, n. 7759), ad esempio, ha escluso l'arbitrato irrituale nelle liti con la pubblica amministrazione, perché "il componimento della vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) individuati, nell'ambito di una pur legittima logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, perciò, senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta".

Tutte queste circostanze vanno tenute in debito conto, all'atto della scelta.

Se, una volta soppesati i *pro* e i *contra*, le parti decidano di orientarsi verso la via irrituale, debbono dirlo espressamente, come stabilito dall'art. 808-ter: *in dubio pro* arbitrato rituale. Spesso accadeva ed accade tuttora che le parti nella convenzione arbitrale restino silenti sul tipo di arbitrato: mentre prima del 2006, con assunto

criticabile, la giurisprudenza aveva preferito, nel dubbio, la via irrituale, vi è poi stato un giusto *revirement*, rafforzato dal tenore dell'art. 808-ter (Cass., 7 agosto 2019, n. 21059 [1]).

Sarà dunque opportuno che le parti specifichino, nella convenzione arbitrale o successivamente, che intendono ottenere una definizione della lite “mediante determinazione contrattuale”; è da ritenersi comunque sufficiente l'utilizzo del termine “irrituale”. Non vale più, invece, a scegliere l'arbitrato irrituale l'utilizzo di termini, invalsi nella prassi, quali “amichevole compositore” (che significa equità) o “senza formalità di procedura”.

Esempio di clausola compromissoria per arbitrato irrituale: “Qualsiasi controversia che dovesse insorgere in relazione al presente contratto sarà deferita ad un collegio arbitrale composto da tre arbitri, due scelti rispettivamente dalle parti e il terzo di comune accordo fra gli arbitri così nominati, affinché definiscano la controversia mediante determinazione contrattuale/in via irrituale”.

5. L'arbitrato del lavoro: l'avvicinamento fra modello rituale ed irrituale.

L'art. 806 c.p.c. sancisce la compromettibilità delle liti di lavoro, purché l'arbitrato sia previsto dalla legge o dai contratti collettivi (cap. VI, par. 8). L'arbitrato del lavoro ha caratteristiche peculiari, che comportano una progressiva commistione fra modello rituale ed irrituale.

a) *Arbitrato rituale*. L'arbitrato rituale è pienamente ammissibile ed anzi, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., il lodo è nullo se viola le norme laburistiche, anche se derogabili, o i contratti o accordi collettivi. Se il lodo è reso secondo equità, dovrebbe, invece, valere soltanto il limite dell'ordine pubblico (benché l'assunto sia dubbio).

Non si applica, a mio avviso, la possibilità di ricorso immediato davanti alla Corte di cassazione contro la pronuncia sull'interpretazione del contratto collettivo dubbio, *ex art. 420-bis c.p.c.*, sia perché l'istituto si riferisce al processo davanti all'autorità giudiziaria, sia perché mi pare contrario all'esclusività dei mezzi di impugnazione previsti dall'art. 827. Non vedo ostacoli, invece, alla previsione pattizia, da inserirsi nei contratti collettivi, di un meccanismo di sospensione del processo arbitrale, affinché le parti sociali siano invitate dagli arbitri a raggiungere un accordo circa il dubbio interpretativo (sulla falsariga dell'art. 64 d.lgs. n. 165

del 2001 per il pubblico impiego); resta inteso che la mancanza di accordo apre la via alla decisione autonoma degli arbitri.

L'art. 412-ter, dal canto suo, ribadisce quanto già enunciato dall'art. 806 c.p.c., specificando che è valida ogni forma di arbitrato regolata dalla contrattazione collettiva con le associazioni sindacali maggiormente rappresentative, presso le sedi e con le modalità previste da quest'ultima.

b) *Arbitrato irrituale*. L'art. 5 della l. n. 533 del 1973 contiene una regola speculare per l'arbitrato irrituale, ammesso soltanto nei casi previsti dalla legge o dai contratti e accordi collettivi; aggiunge però che, nell'ipotesi di previsione nei contratti collettivi, la scelta deve avvenire "senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria". Deve dunque ritenersi che, in quest'ultimo caso, la clausola compromissoria resti meramente facoltativa, potendo le parti disattenderla nel momento in cui sorge la lite, mentre un eventuale compromesso a lite già sorta rimane vincolante.

L'art. 412-ter conferma l'ammissibilità dell'arbitrato irrituale, secondo le modalità fissate nella contrattazione collettiva con le associazioni sindacali maggiormente rappresentative. Ritengo, peraltro, che sia tuttora possibile un arbitrato da contratti collettivi non provenienti dalle associazioni maggiormente rappresentative con forme diverse da quella dell'art. 412-ter (attesa la generalità della l. n. 533 del 1973 cit.), purché persista il "doppio livello di contrattazione": una previsione arbitrale a monte nel contratto collettivo e una clausola compromissoria nel contratto individuale di lavoro o un compromesso fra le parti anche su procura. Particolare diffusione ha l'arbitrato, ritenuto per lo più irrituale, in materia di licenziamento dei dirigenti, previsto dai contratti collettivi di svariati settori.

Se le parti stabiliscano, nel contratto individuale, disposizioni contrastanti con la disciplina dei contratti collettivi, nel silenzio della legge occorrerà a mio avviso verificare quale sia la disposizione difforme, perché mi pare irragionevole ritenere che il ferreo rispetto delle previsioni collettive impedisca alle parti, per esempio, di prorogare il termine per la pronuncia in caso di necessità sopravvenute nella specifica lite.

È da ammettere un lodo irrituale di equità, se le parti l'abbiano previsto.

Infine, il lodo è impugnabile per i motivi e ai sensi dell'art. 808-ter c.p.c., davanti al giudice del lavoro e non è suscettibile di divenire titolo esecutivo. Si potrebbe avanzare l'idea che gli artt. 412 e 412-quater, – su cui subito appresso –, nel prevedere l'esecutività del lodo a certe condizioni, nonché tempi e modi diversi dell'impugnazione, debbano estendersi a tutte le forme di arbitrato irrituale di lavoro. Tuttavia, poiché il legislatore, quando ha voluto assoggettare il lodo allo speciale regime,

lo ha espressamente affermato per ogni arbitrato considerato, ritengo preferibile la tesi secondo cui, in mancanza di specificazione, il lodo irrituale di lavoro è regolato esclusivamente dall'art. 808-ter. La Cassazione, tuttavia, è di avviso contrario con riguardo alle liti di lavoro sportivo (Cass. 19 novembre 2019, n. 30062).

In questo quadro vanno collocati i modelli di arbitrati speciali, irrituali, rinvenibili negli artt. 412 ss. c.p.c. (introdotti dalla l. 183 del 2010), nonché in altre disposizioni normative sparse: si vedano, ad esempio, la l. 183/10, art. 31, comma 12, sull'arbitrato degli enti di certificazione; l'arbitrato sulle sanzioni disciplinari di cui alla l. n. 300 del 1970, art. 7, commi 6 e 7; l'arbitrato in tema di controversie sui licenziamenti individuali per le imprese minori *ex* art. 5 l. n. 108 del 1990; l'arbitrato riguardante i contratti di lavoro sportivo regolati dalla l. n. 91 del 1981.

Gli artt. 412 ss. si applicano anche alle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 63, comma 1, d.l. n. 165 del 2001 (come stabilisce la l. n. 183/10), né ostacoli possono derivare dall'eventuale esistenza di atti amministrativi, che gli arbitri possono disapplicare in via meramente incidentale alla pari del giudice ordinario e con gli stessi limiti.

b1) Arbitrato irrituale di cui all'art. 412 c.p.c. È innanzitutto previsto un arbitrato affidato alle commissioni di cui all'art. 410, in continuità con il tentativo di conciliazione. Esso, oltre che nascere da un compromesso all'atto della lite, può anche derivare da una clausola compromissoria (l. n. 183/10, art. 31, comma 10), che rinvii espressamente all'art. 412, purché sia prevista da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro. Inoltre, la suddetta clausola deve essere pattuita dopo la stipula del contratto di lavoro per evitare coercizioni sul lavoratore, non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro e deve essere certificata, a pena di nullità, da appositi organi, che devono accertare la sussistenza di un'effettiva volontà delle parti a favore dell'arbitrato.

Gli arbitri pronunciano un lodo espressamente qualificato come irrituale, che, una volta autenticato, ha efficacia di contratto e non soggiace ai limiti di validità delle rinunce o transazioni di lavoro di cui all'art. 2113 c.c. È impugnabile per i motivi di cui all'art. 808-ter, nonché, deve ritenersi, per nullità negoziali ed è suscettibile di esecutività a seguito di deposito in tribunale, quando sia stato confermato in sede di impugnazione o non sia più impugnabile, per scadenza del termine o acquiescenza delle parti. Un singolare regime, insomma.

b2) Arbitrato irrituale di cui all'art. 412-quater c.p.c. Un secondo tipo di arbitrato, denominato anch'esso irrituale, viene affidato ad appositi collegi di conciliazione e arbitrato, attraverso una sorta di compromesso in formazione progressiva, rea-

lizzato con lo scambio degli atti introduttivi del giudizio arbitrale, mentre per la clausola compromissoria valgono le limitazioni già viste per l'art. 412.

Si tratta di un arbitrato fortemente processualizzato, in cui è obbligatorio l'avvocato, vi sono rigide scansioni di tempi (la cui violazione, però, non ha la relativa sanzione), secondo un modello assai lontano dalla flessibilità tipica dell'arbitrato irrituale. Eppure, il lodo, con efficacia contrattuale, è impugnabile secondo l'art. 808-ter, con le ibridazioni già viste nel modello *sub bI*).

Anche in questo caso, il *punctum dolens* è rappresentato dall'indipendenza dell'arbitro. È infatti previsto che due dei tre arbitri da nominare siano "rappresentanti" delle parti (si vuole probabilmente alludere ai sindacati e alle associazioni di riferimento) e che ciascuna parte sia tenuta a remunerare l'arbitro che ha designato, salvo il riparto interno da effettuarsi sulla base della soccombenza.

Sul compromesso a lite già pendente rinvio al cap. VIII, par. 8.

Sentenze



1. Cassazione civile sez. I, 07/08/2019, n. 21059
2. Cassazione civile sez. I, 29/03/2012, n. 5105
3. Cassazione civile sez. VI, 31/07/2017, n. 19060
4. Cassazione civile sez. I, 17/02/2014, n. 3665
5. Cassazione civile sez. I, 21/07/2010, n. 17114
6. Cassazione civile sez. II, 31/03/2006, n. 7623
7. Cassazione civile sez. I, 20/04/2018, n. 9924
8. Corte Costituzionale, 20/07/2016, n. 196

Bibliografia essenziale



CAPITOLO XIX

IL RICONOSCIMENTO DEL LODO STRANIERO

1. Il riconoscimento e l'esecutività del lodo straniero: premessa.

Dell'arbitrato straniero si occupano specificatamente gli artt. 839 e 840 c.p.c. che disciplinano il riconoscimento e l'esecutività del lodo estero in Italia.

Si è già detto che la nazionalità dell'arbitrato è, di regola, determinata dalla sua sede. Pertanto, poiché la qualifica di lodo straniero va determinata in base alla *lex fori*, cioè alla legge del giudice chiamato al riconoscimento, il lodo va ritenuto straniero, per la legge italiana, quando abbia sede all'estero o quando (ma la tesi è discussa), pur avendo sede in Italia o in assenza di fissazione della sede, vi sia un'inequivoca volontà delle parti di ancorarlo ad un altro ordinamento.

Rimane invece aperta la questione del lodo c.d. anazionale, di cui si è già detta la dubbia sussistenza: cap. IV, par. 3.

Per espresso dettato dell'art. 840, le convenzioni internazionali ed in particolare la convenzione di New York del 1958 prevalgono sulla disciplina interna. Fra l'altro, poiché l'Italia non ha formulato alcuna riserva di reciprocità, un lodo straniero dovrà essere riconosciuto sulla base della predetta convenzione a prescindere dal fatto che esso provenga da uno Stato non contraente.

D'altro canto, la convenzione di New York lascia liberi gli Stati di dettare le regole del procedimento di riconoscimento con la raccomandazione che non siano sensibilmente più rigorose, o non impongano spese di giustizia molto più elevate di quelle previste per il lodo interno. Inoltre, sempre ai sensi della stessa

convenzione, le norme interne prevalgono quando siano più favorevoli. Dunque, per avere un quadro chiaro delle modalità di riconoscimento di un lodo straniero in Italia occorrerà fare riferimento al codice di procedura civile e alla convenzione in comparazione tra loro, senza dimenticare che anche la convenzione di Ginevra può rappresentare una fonte integrativa, nella misura in cui la convenzione di New York o gli artt. 839 ss. facciano riferimento a profili che ricadono nella sua disciplina.

Ciò detto, è necessario prima di tutto tenere concettualmente distinti il riconoscimento dall'esecuzione del lodo. Mentre quest'ultima inerisce alle statuizioni che necessitano di un adeguamento della realtà materiale a quella giuridica, cioè le statuizioni di condanna, il riconoscimento va inteso come attribuzione di efficacia, all'interno dell'ordinamento di destinazione, ai capi di accertamento e costitutivi, i cui effetti operano esclusivamente sul piano giuridico.

In entrambi i casi occorre un provvedimento del giudice. Il decreto di delibazione porterà dunque al risultato, tipicamente costitutivo, di attribuire al lodo straniero l'efficacia giuridica delle statuizioni di merito, oltre alla possibilità di procedere ad esecuzione forzata per i capi condannatori e ad ogni altra attività di adeguamento, quale, ad esempio, la trascrizione nei registri immobiliari. Si discute se la delibazione sia diretta ad attribuire al provvedimento straniero una efficacia nuova, originaria e distinta rispetto a quella che aveva nel paese d'origine, oppure se, al contrario, essa si limiti ad importare in Italia gli stessi effetti che aveva all'estero, ma, in ogni caso, l'efficacia sarà retroattiva al momento in cui il lodo ha prodotto gli effetti nel paese di appartenenza (v. comunque par. 4).

Ci si deve chiedere, poi, che cosa si intenda per "lodo" riconoscibile. A monte non è chiara la regola in base alla quale fornire detta nozione: per alcuni è la legge del giudice che è chiamato a rendere il riconoscimento (*lex fori*, dunque la legge italiana, nel nostro caso); per altri la legge dello Stato di origine del lodo; o ancora una regola autonomamente desumibile dalla stessa convenzione di New York. In ogni caso, si ritiene comunemente che il giudice non sia vincolato dalla qualificazione data dagli arbitri al loro provvedimento.

Vi rientra sicuramente il lodo parziale su domande, mentre più difficile è includervi il lodo su questioni, che non ha una propria autonomia rispetto al lodo definitivo e non pronuncia su un bene della vita.

Non vi rientrano neppure le ordinanze istruttorie e i provvedimenti che pronunciano su misure cautelari. Per il vero, una parte della dottrina ha ipotizzato che, quando le misure cautelari siano pronunciate con lodo, l'*exequatur* sia poten-

zialmente possibile: tuttavia, nel caso in cui un siffatto lodo fosse presentato al giudice italiano, questi potrebbe rifiutare il riconoscimento ritenendo che il divieto di pronunce cautelari da parte dell'arbitro sia motivo di ordine pubblico.

Dubbia è altresì la riconoscibilità in Italia del c.d. *award by consent*, quando gli arbitri recepiscano nel lodo la transazione raggiunta dalle parti (cap. II, par. 3): peraltro, vi sono molti precedenti stranieri in favore di un riconoscimento secondo la convenzione di New York.

Infine, va ricordato che i lodi *Icsid*, ai sensi dell'art. 54 della relativa convenzione, sono riconosciuti in via automatica dagli Stati contraenti nei quali la pronuncia deve essere eseguita con riguardo alle obbligazioni pecuniarie: trattandosi di disposizione più favorevole rispetto al regime della convenzione di New York, prevale su quest'ultima (App. Milano, 21 settembre 2018 ha precisato che occorre procedere solo all'apposizione della formula esecutiva).

2. I motivi di rifiuto dell'efficacia del lodo straniero in Italia: opposizione *ex parte*.

L'art. 840 c.p.c. enuncia una serie di ragioni, tassative, in base alle quali l'*exequatur* può essere rifiutato. La norma, con struttura analoga a quella della convenzione di New York, distingue fra cinque motivi che debbono essere necessariamente rilevati e provati dal convenuto in sede di opposizione e due motivi soggetti, invece, a controllo officioso. Di seguito si analizzano i motivi rilevabili *ex parte*.

1) *Incapacità delle parti contraenti la convenzione arbitrale secondo la legge ad essi applicabile; invalidità della convenzione arbitrale secondo la legge a cui le parti l'hanno assoggettata o, in mancanza, secondo la legge del luogo in cui è stato reso il lodo.* Il primo motivo si è posto spesso con riguardo alla capacità di compromettere degli enti pubblici o di società private a capitale pubblico, che in alcuni ordinamenti trova notevoli restrizioni. Per valutare detti requisiti, il giudice italiano farà riferimento all'ordinamento risultante dalle norme di conflitto di cui alla l. n. 218 del 1995. In proposito, va ricordato che, ai sensi dell'art. 2 della convenzione di Ginevra del 1961, salvo riserva degli Stati contraenti, "le persone qualificate dalla legge applicabile nei loro confronti come 'persone morali di diritto pubblico' hanno la facoltà di concludere validamente delle convenzioni di arbitrato".

Il secondo motivo riguarda più genericamente tutte le questioni di inesistenza/nullità/inefficacia della convenzione arbitrale; vi rientra l'eventuale incom-

promettibilità della lite, che si vedrà essere oggetto di controllo del giudice anche nella fase *inaudita altera parte*.

In proposito, il giudice deve avere riguardo alla legge stabilita dalle parti per regolare il patto compromissorio e, solo in subordine, alla *lex arbitri*, cioè la legge della sede dell'arbitrato. Per il vero, alcuni aspetti della convenzione arbitrale sono regolati in via materiale dalle convenzioni internazionali, ma deve ritenersi che il giudice dell'*exequatur* non debba necessariamente farne applicazione quando la legge che governa la convenzione arbitrale contenga disposizioni più favorevoli. Ad esempio, la convenzione di New York disciplina la forma della convenzione arbitrale (art. II) e parimenti fa l'art. I (2) (a) della convenzione di Ginevra, con analoga disposizione. In entrambi i casi, ove la legge applicabile alla convenzione arbitrale preveda condizioni più favorevoli, ad esempio una forma non necessariamente scritta, il riconoscimento sembra possibile (ne tratta il Trib. fed. tedesco, 26 novembre 2020, n. 245/19).

Infine, si è già visto (cap. X, par. 6) che il giudice dell'*exequatur* non è vincolato alla valutazione sull'invalidità della convenzione arbitrale espressa o presupposta in una sentenza di un giudice di un altro Stato europeo.

2) *Violazione del contraddittorio*: “la parte non è stata informata della designazione dell'arbitro o del procedimento arbitrale o comunque è stata nell'impossibilità di far valere la propria difesa nel procedimento stesso”. La previsione va interpretata nel senso che l'*exequatur* sia rifiutato ogni qualvolta risulti una violazione del diritto al contraddittorio, nell'attività di allegazione o di prova dei fatti, che abbia minato le possibilità di difesa della parte; non è sufficiente, cioè, la mera violazione di una norma procedimentale della *lex arbitri* (Cass., 11 dicembre 2013, n. 27734 [1]). Una parte degli interpreti ritiene inoltre che l'opponente debba dimostrare di avere reagito, una volta accortosi della violazione.

Si è giustamente notato che la previsione va coordinata con il motivo della contrarietà all'ordine pubblico italiano, per cui, quando la violazione del contraddittorio sia stata assoluta, cioè non abbia posto l'avversario in grado di partecipare al processo, dovrebbe potersi ammettere la rilevabilità *ex officio* (v. par. 3 *sub b*)).

3) *Pronuncia extra-compromissi*: “il lodo ha pronunciato su una controversia non contemplata nel compromesso o nella clausola compromissoria, oppure fuori dei limiti del compromesso o della clausola compromissoria”. La censura va divisa in due.

Nella prima, gli arbitri hanno pronunciato su un diritto che non era coperto dalla convenzione arbitrale.

Nella seconda, gli arbitri hanno ecceduto rispetto ai poteri che le parti gli avevano attribuito con il patto compromissorio. Essa potrebbe riguardare, ad esempio, il caso in cui gli arbitri abbiano deciso secondo equità pur non avendone i poteri, benché finisca per risolversi in un *error in iudicando* non ammesso fra i motivi tassativi previsti dalla norma in esame, eccetto la violazione dell'ordine pubblico.

Non si fa invece riferimento all'ipotesi in cui gli arbitri abbiano pronunciato su diritti che, seppur compresi nel patto compromissorio, non erano stati oggetto di espressa domanda nel procedimento arbitrale.

Se l'extrapetizione riguardi solo una parte del lodo, il riconoscimento potrà essere concesso per il residuo, come stabilisce lo stesso art. 840: benché la norma parli di "questioni" separabili, sarei per ritenervi inclusi solo i "capi di domanda" e non quelli di "questione".

4) *Non conformità della nomina degli arbitri, oppure del processo arbitrale, alle regole dettate dalle parti, oppure, in mancanza, alla legge della sede dell'arbitrato.* È un ampio motivo, che riguarda tutte le irregolarità procedimentali diverse dal vizio del contraddittorio, già coperto dal n. 2.

Data la genericità del tenore normativo, gli interpreti si sono sforzati di circoscriverlo. Probabilmente, è ragionevole ritenere che la contrarietà debba riguardare o regole poste dalle parti a pena di nullità, o norme inderogabili della *lex arbitri*, come l'equidistanza degli arbitri (rilevante peraltro anche sotto il profilo dell'ordine pubblico: v. par. 3).

Ci si domanda se sia possibile salvare il lodo conforme alla volontà delle parti, anche quando sia contrario a norme dell'ordinamento di appartenenza. È dubbio se questo sia possibile, soprattutto quando la violazione riguardi norme imperative; in ogni caso, occorrerà che il lodo passi al vaglio dell'ordine pubblico della *lex fori*.

5) *Il lodo non è ancora vincolante*, oppure "è stato annullato o sospeso da un'autorità competente dello Stato nel quale, o secondo la legge del quale, è stato reso". Il termine ufficiale in inglese è *binding*: non è chiaro se, per darvi un significato, occorra fare riferimento ad un dato ordinamento (di regola quello della sede dell'arbitrato) oppure se sia possibile individuare una definizione uniforme, che mi pare preferibile essendo più in linea con lo sforzo di armonizzazione della convenzione.

Ad ogni modo, un lodo ancora soggetto a rimedi straordinari, quali la revocazione o l'opposizione di terzo, è da ritenersi sicuramente vincolante.

3. I motivi di rifiuto a rilievo officioso.

Il giudice, oltre a verificare che l'atto di cui si chiede il riconoscimento sia qualificabile come lodo estero e che esista una convenzione arbitrale che lo legittima, deve controllare d'ufficio l'esistenza di due motivi ostativi al riconoscimento.

a) La controversia non poteva formare oggetto di convenzione arbitrale secondo la legge italiana. Il giudice deve verificare che la materia su cui il lodo ha deciso sia arbitrabile ai sensi della *lex fori*, cioè, nel nostro caso, della legge italiana.

b) Il lodo contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico. L'ordine pubblico a cui fa riferimento la norma è quello dello Stato in cui si richiede il riconoscimento e va inteso come ordine pubblico internazionale, cioè come insieme dei principi inderogabili che contraddistinguono i valori fondamentali di un ordinamento in una data epoca: più ristretto, dunque, rispetto alle norme imperative della *lex fori*, alle quali si suole ricollegare il concetto di ordine pubblico interno (cap. XVI, par. 8).

Ci si domanda se l'ordine pubblico rilevante si riferisca unicamente al merito della decisione o possa riguardare anche il procedimento arbitrale. Mentre l'art. 840 precisa che il controllo ha ad oggetto il lodo, secondo la convenzione di New York non è tanto e solo il contenuto della decisione quanto la sua efficacia nell'ordinamento italiano a dover passare attraverso il vaglio dell'ordine pubblico. L'esegesi della norma interna alla luce di quella internazionale permetterebbe dunque di ampliare il controllo al rispetto dei canoni processuali fondamentali della *lex fori*.

Il giudice non potrà invece verificare d'ufficio la sussistenza dei motivi di rifiuto rilevabili soltanto *ex parte* di cui all'art. 839, a meno che non si sovrappongano a quelli in esame (come ad esempio l'incompromettibilità). Per contro, non è chiaro se la Corte possa prevenire l'iniziativa del convenuto in ordine al rilievo di eventuali altre eccezioni ostativi al riconoscimento, come la propria incompetenza: si pongono, *mutatis mutandis*, gli stessi dubbi già visti nel cap. XI, par. 14, a proposito del processo per ingiunzione.

Esempi. 1. Quanto al merito, sarà probabilmente negato il riconoscimento in Italia ad un lodo straniero che abbia violato le norme in materia di diritto della concorrenza, oppure ad una condanna che comporti una sanzione corporale; si sono posti problemi anche sul riconoscimento di un lodo americano che disponga i c.d. danni punitivi. 2. Quanto allo strumento arbitrale in sé, si potrebbe, ad esempio, sanzionare il difetto di motivazione del lodo, o l'incompromettibilità della lite, o ancora la vessa-

torietà della clausola arbitrale nei riguardi del consumatore; secondo una dottrina vi rientrerebbe anche la contrarietà del lodo straniero ad altro lodo o sentenza già passati in giudicato in Italia (v. comunque cap. X, par. 6). Per quel che riguarda l'assenza dei motivi, in particolare, va però segnalato che la convenzione di Ginevra del 1961 permette un lodo non motivato se le parti lo "abbiano espressamente dichiarato" o "si siano sottoposte ad una procedura arbitrale nell'ambito della quale non è d'uso motivare le sentenze" (dovrà farsi riferimento di regola alla *lex arbitri*), a meno che almeno una di loro non cambi idea durante il procedimento arbitrale. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato l'obbligatorietà dell'arbitrato Tas, quando derivi dal tesseramento dell'atleta e la conseguente adesione allo statuto della federazione contenente la clausola arbitrale (cap. VI, par. 12); si pone dunque un ulteriore ostacolo al riconoscimento in Italia, che può essere sicuramente sollevato dalla parte ma potrebbe rientrare nell'ordine pubblico processuale che vieta l'arbitrato obbligatorio.

4. Il procedimento.

Il legislatore italiano delinea un meccanismo analogo al procedimento per ingiunzione, con una prima fase *inaudita altera parte* ed una successiva opposizione solo eventuale: l'art. 840 richiama infatti gli artt. 645 ss., "in quanto applicabili".

Legittimata a proporre l'istanza è la parte del procedimento arbitrale (Cass., 12 marzo 2018, n. 5895 [2]), o il suo successore, davanti al Presidente della Corte d'appello nel cui distretto risiede il soggetto contro il quale intende far valere il lodo (parte del lodo o suo successore o avente causa). Nel caso di residenza all'estero, si deve fare riferimento alla Corte d'appello di Roma.

Se vi sono più parti, l'istante potrà agire nei confronti di una di esse, quando voglia soltanto far valere il capo che la riguarda, purché scindibile rispetto agli altri.

Al ricorso andranno allegati il lodo in originale o in copia conforme, nonché la convenzione arbitrale, sempre in originale o copia conforme. A causa del diverso tenore letterale dell'art. 839 rispetto alla convenzione di New York, si sono posti dubbi sia sulla necessità che il lodo ed il compromesso debbano essere formalmente autenticati, sia sulla necessaria contestualità fra ricorso e produzione dei suddetti documenti (in senso positivo Cass., 5 agosto 2020, n. 16701 [3], con riguardo al compromesso, e Cass., 8 ottobre 2008, n. 24856 [4] con riguardo al lodo).

La trattazione è collegiale e il giudice emette un decreto motivato che potrà

essere di accoglimento o di rigetto. In entrambi i casi è data opposizione entro trenta giorni che decorrono, per il decreto di rigetto, dalla sua comunicazione, mentre, per il decreto di accoglimento, dalla sua notificazione.

Nel caso di rigetto, dunque, l'istante è tenuto a proporre opposizione con atto di citazione pena il passaggio in giudicato del provvedimento del giudice e la richiesta di *exequatur* non è riproponibile, almeno quando il motivo sia di merito. Nel caso di accoglimento, invece, sarà il destinatario dell'istanza a dover proporre opposizione. Potrebbe anche darsi un provvedimento che accolga solo parzialmente l'*exequatur*, nel qual caso entrambe le parti saranno titolate all'opposizione.

Se, a fronte di più convenuti tenuti ad un'obbligazione, solo uno dei due proponga opposizione contro il decreto di riconoscimento notificato ad entrambi, l'altro non potrà avvalersi dell'eventuale sentenza di riforma, perché il decreto di accoglimento, in mancanza di opposizione, è passato in giudicato nei suoi confronti.

Gli interpreti sono favorevoli all'intervento nonché all'opposizione di terzo: occorrerà naturalmente distinguere, a tali fini, fra terzo che abbia interesse ad intervenire (ai sensi dell'art. 105 c.p.c.) e terzo che subisca un pregiudizio dal decreto di riconoscimento e dal relativo lodo nei casi in cui è abilitato all'opposizione di terzo ordinaria e revocatoria.

In caso di opposizione, i momenti in cui si producono l'effetto esecutivo per la condanna e l'efficacia giuridica per i capi di accertamento e costitutivi non coincidono, almeno secondo la tesi prevalente. All'esecuzione del lodo si potrà procedere, infatti, fin dalla pubblicazione della sentenza con la quale venga accordato l'*exequatur* (anche in virtù del richiamo agli artt. 647 e 653, compatibili pur con le peculiarità del caso). Per l'efficacia dei capi costitutivi e di annullamento, invece, occorrerà attendere che la sentenza di opposizione, con la quale venga accordato il riconoscimento, non sia più impugnabile con ricorso per cassazione. *De iure condito*, infatti, non sembra che l'efficacia giuridica diversa dall'esecutività sia anticipabile al momento della pubblicazione della sentenza di opposizione.

È invece assai dibattuto se il decreto di riconoscimento sia provvisoriamente esecutivo in pendenza del termine o a opposizione già instaurata.

Sentenze



1. Cassazione civile sez. I, 11/12/2013, n. 27734
2. Cassazione civile sez. I, 12/03/2018, n. 5895
3. Cassazione civile sez. I, 05/08/2020, n. 16701
4. Cassazione civile sez. I, 08/10/2008, n. 24856

Bibliografia essenziale



Finito di stampare nel mese di ottobre 2021
per i tipi di Bononia University Press