

SEMINARIO FORMATIVO

ARBITRATO INTERNO ED INTERNAZIONALE

Dal 5 Ottobre al 14 Dicembre 2023

Camera di Commercio di Cagliari-Oristano

Via Carducci, 23 - Oristano



Seminario
accreditato per la
formazione
permanente dei
professionisti dagli
ordini di
appartenenza sulla
base dei rispettivi
regolamenti

(C) CCIAA CA-OR

Camera di Commercio
Cagliari - Oristano



ORDINE degli INGEGNERI
della Provincia di Oristano



ORDINE DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI ED ESPERTI
CONTABILI DI ORISTANO



CAMERA ARBITRALE

SEMINARIO SULL'ARBITRATO INTERNO E INTERNAZIONALE

Camera di Commercio di Cagliari e di Oristano

Sede di Oristano – Via Carducci n. 23 Oristano

Dal 5 ottobre al 14 dicembre 2023 dalle ore 9 alle ore 14

CALENDARIO

SESSIONE DEL 2 NOVEMBRE 2023

Presiede e modera il Prof. Avv. Gabriele Racugno

Avvocato Cassazionista e Professore di diritto commerciale dell'Università degli Studi di Cagliari

Ore 9 La redazione della clausola e le tecniche redazionali - **Dott. Sergio Pinna** Notaio a Oristano

Ore 9,30 La domanda e la risposta di arbitrato - **Avv. Enrico Maria Meloni**, avvocato cassazionista e Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Oristano

Ore 10 La nomina degli arbitri e la loro indipendenza, imparzialità e ricusazione - **Avv. Dino Cagetti**, avvocato cassazionista e Professore a contratto di Diritto Commerciale nell'Università degli Studi di Cagliari.

Ore 11 Il ruolo del difensore nel procedimento arbitrale - **Avv. Alberto Meloni**

Ore 11,30 Il rapporto tra arbitrato e giudizio ordinario – **Avv. Fabrizio Montaldo**, avvocato cassazionista e Professore aggregato di Diritto processuale civile e Ordinamento giudiziario, Università di Cagliari

Ore 12 L'arbitrato amministrato - **Avv. Franco Tului**, avvocato cassazionista, esperto in diritto commerciale, arbitro iscritto nell'elenco formato dal Consiglio della Camera Arbitrale di Cagliari e Oristano

Ore 12, 30 Il lodo arbitrale e l'impugnazione del lodo - **Avv. Alessandra Sebastiana Etzo**, avvocato cassazionista, master in diritto d'impresa

INDICE

1. Prolusione del Presidente della Sessione – Prof. Avv. Gabriele Racugno	pag. 4
2. Relazione del Dott. Sergio Pinna	pag. 8
3. Relazione dell’Avv. Enrico Maria Meloni	pag. 27
4. Relazione dell’Avv. Dino Cagetti	pag. 45
5. Relazione dell’Avv. Alberto Meloni	pag. 63
6. Relazione del Prof. Avv. Fabrizio Montaldo	pag. 69
7. Relazione dell’Avv. Franco Tului	pag. 82
8. Relazione dell’Avv. Alessandra Sebastiana Etzo	pag. 93

PROF. AVV. GABRIELE RACUGNO

PRESIDENTE E MODERATORE DELLA SESSIONE

AVVOCATO CASSAZIONISTA E PROFESSORE DI DIRITTO COMMERCIALE
NELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI



Prof. Avv. Gabriele Racugno

Già professore ordinario di diritto commerciale dell'Università di Cagliari. Svolge la professione di avvocato anche davanti alle giurisdizioni superiori e di consulente nel settore commerciale, bancario e fallimentare.

Ha ricoperto il ruolo di curatore in procedure concorsuali.

È stato Arbitro e Presidente di Collegi Arbitrali in arbitrati interni e internazionali ed è iscritto anche all'elenco degli arbitri per le procedure

amministrate dalla Camera di Commercio di Cagliari - Oristano.

Ha ricoperto le cariche di Consigliere di amministrazione, Presidente di Collegio sindacale e Sindaco di varie società specie nel settore bancario.

Collabora a tutte le principali riviste giuridiche italiane nel settore del diritto commerciale. È Condirettore della rivista *Giurisprudenza commerciale*. È stato Presidente della AIDA-Sezione Sardegna. È autore di numerosissime pubblicazioni scientifiche e di monografie (in tema di azienda, società di capitali, società cooperative, imprese pubbliche, procedure concorsuali, bilanci, privatizzazioni, controllo interno, *internal dealing*, impresa sociale, *swap*, affidamenti bancari e centrale dei rischi, contratto di assicurazione, indicatori della crisi d'impresa). È coautore, fra l'altro, del *Manuale di diritto commerciale* edito dalla Giappichelli, e del volume *Il bilancio d'esercizio*, edito nel 2018 dalla Giuffrè, nonché autore Voce "Finanziaria (società)", in *Digesto 4, Disc. priv., sez. comm., VI*, Torino (Utet ed.), 1991, e del volume, redatto con il Presidente della Sezione Specializzata in Materia di Imprese del Tribunale di Milano, dott. Angelo Mambriani, dal titolo *Bilancio e libri sociali. Gruppi di società*, nella collana diretta da R. Rordorf.

Attualmente ha in corso, con la Zanichelli, la collaborazione ad un Commentario dedicato al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Ha partecipato, con interventi e comunicazioni, a Convegni e Congressi nazionali ed internazionali.

Ha svolto il ruolo di Presidente di Commissione per l'abilitazione alla professione di dottore commercialista e componente di Commissioni d'esame per avvocato.

E' diplomato in lingua e letteratura tedesca presso l'Università di Heidelberg e parla correttamente la lingua tedesca e quella francese.

PROLUSIONE DEL PROF. AVV. GABRIELE RACUGNO

Buongiorno, signore e signori, buongiorno Presidente dott.ssa Grazia Corradini, che ringrazio per avermi affidato il compito di coordinare questa giornata di lavoro.

1. Le tematiche che verranno questa mattina trattate presuppongono, preliminarmente, la presa d'atto delle innovazioni introdotte dalla Riforma Cartabia (d.lgs. 10.10.2022, n. 149) alla disciplina *Dell'Arbitrato*, contenuta nel capo II del c.p.c., agli artt. 806 ss., soffermando l'attenzione anche sul nuovo Regolamento dell'arbitrato della Camera Arbitrale di Cagliari ed Oristano pubblicato il 1° febbraio scorso.

2. Per quanto concerne la *Redazione della clausola e le tecniche redazionali* (affidata al notaio dott. Sergio Pinna), la Riforma ribadisce che le parti possono far decidere da Arbitri le controversie fra loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge. Il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia.

Circa, in particolare, la *Clausola compromissoria*, l'art. 808 c.p.c. statuisce che “Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807. La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria”.

I seguenti articoli (artt. 808-*bis* e 808-*ter*, c.p.c.) si soffermano quindi sulla *Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, ed in particolare sull'*Arbitrato irrituale*, statuendo che le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che la controversia sia definita dagli arbitri mediante *determinazione contrattuale*.

3. In merito allo svolgimento del procedimento, ed in particolare alla *Domanda di arbitrato* (tema questo affidato all'avv. Enrico Maria Meloni), viene ribadito che la stessa produce gli effetti sostanziali della domanda giudiziale (art. 816-*bis*.1 c.p.c.).

L'art. 816-*bis* c.p.c. sancisce il principio del contraddittorio e l'art. 816-*ter* c.p.c. consente che, ai fini dell'istruzione probatoria, questa o singoli atti possano essere delegati dagli arbitri ad uno di essi.

Il Regolamento dell'arbitrato, agli artt. 8, 9 e 10, disciplina “l'introduzione della controversia”,

sia illustrando il contenuto della domanda di arbitrato, e quindi la memoria di risposta, e in particolare, la domanda riconvenzionale di chiamata in causa di terzi.

4. *La nomina degli arbitri e la loro indipendenza, imparzialità e ricusazione* è affidata all'avv. Dino Cagetti. In proposito, la riforma Cartabia, dopo aver ribadito (art. 810 c.p.c.) che, quando a norma della convenzione d'arbitrato, gli arbitri devono essere nominati dalle parti, e che la parte che nomina il proprio arbitro deve rendere noto all'altra l'arbitro di propria nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri, conferma che, in mancanza di ottemperanza all'invito, la parte può chiedere la nomina al Presidente del Tribunale, e statuisce, al suo novellato 3° comma, e qui sta l'innovazione, che la nomina da parte del Presidente *avviene nel rispetto dei criteri che assicurano trasparenza, rotazione ed efficienza.*

Segue quindi l'art. 813 c.p.c., ampiamente innovato dalla Riforma, secondo cui l'accettazione degli arbitri deve essere accompagnata, a pena di nullità, da una dichiarazione nella quale è indicata ogni circostanza che potrebbe determinarne la ricusazione, o piuttosto che non sussistono cause di loro incompatibilità: un obbligo di preventiva *disclosure* di qualsivoglia circostanza potenzialmente idonea ad incidere sulla propria imparzialità e indipendenza rispetto alle parti.

Il nuovo testo dell'art. 813 c.p.c. aggiunge che l'arbitro deve rinnovare la dichiarazione in presenza di circostanze sopravvenute, con la conseguenza, in caso di omessa dichiarazione o di omessa indicazione di circostanze che legittimano la ricusazione, la parte può richiedere la decadenza dell'arbitro.

5. Per quanto concerne il ruolo del difensore nel procedimento arbitrale, affidato all'avv. Alberto Meloni, l'art. 8 del Regolamento della Camera Arbitrale di Cagliari-Oristano, stabilisce che la domanda di arbitrato è sottoscritta dalla parte, o dal difensore munito di procura e contiene ovvero è accompagnata da: - Il nome, indirizzo di residenza e domicilio informatico mail/pec delle parti; - la descrizione della controversia e le domande con l'indicazione del relativo valore; - la nomina dell'Arbitro ovvero le indicazioni utili sul numero di Arbitri e sulla loro scelta con riguardo alle previsioni della clausola compromissoria da contratto, a suo tempo sottoscritto fra le parti o da Statuto sociale; - l'eventuale indicazione dei mezzi di prova richiesti a sostegno della domanda e ogni documento che la parte ritenga utile allegare; - le eventuali indicazioni sulle norme applicabili al procedimento, sulle norme applicabili al merito della controversia ovvero sulla pronuncia secondo equità e sulla lingua dell'arbitrato; - la procura conferita al difensore, se questo è nominato; - la Convenzione arbitrale, ovvero l'invito alla controparte a

dichiarare se accetta l'Arbitrato.

Il successivo art. 10 statuisce quindi che il convenuto, con la memoria di risposta, può proporre domande riconvenzionali, indicandone il valore.

6. Circa il *rapporto tra arbitrato e giudizio ordinario*, affidato all'avv. Fabrizio Montaldo, l'art. 819-ter c.p.c. stabilisce che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al Giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al Giudice.

La norma precisa che l'eccezione di incompetenza del Giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio, e che nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295.

7. L'*arbitrato amministrato* è affidato all'avv. Franco Tului. L'art. 1 del Regolamento della Camera Arbitrale sancisce che la Camera presta la propria opera per lo svolgimento degli Arbitrati richiesti sul fondamento di una Convenzione di Arbitrato (clausola compromissoria o compromesso), redatta in forma scritta, che faccia riferimento alla Camera Arbitrale della Camera di Commercio di CA-OR ovvero quando le parti facciano concorde richiesta di arbitrato alla Camera Arbitrale.

Seguono quindi le norme applicabili al procedimento e quelle applicabili al merito della controversia. Il Regolamento statuisce ancora la sede e la lingua dell'arbitrato, nonché la procedura di consegna, deposito e trasmissione degli atti: in particolare i termini che non sono a pena di decadenza se questo non è espressamente previsto dal Regolamento o stabilito in apposito provvedimento.

8. L'avv. Alessandra Etzo tratterà quindi il *lodo arbitrale e l'impugnazione*. La materia trova disciplina negli artt. 820 e seguenti del c.p.c. e negli art. 30/35 del Regolamento della Camera Arbitrale.

Presupposto comune della disciplina del c.p.c. e del Regolamento è che il lodo sia deliberato con la partecipazione personale di tutti gli arbitri. E' regola generale, art. 824-bis c.p.c., che il lodo, dalla data della sua ultima sottoscrizione, ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'Autorità Giudiziaria.

Il Regolamento dell'arbitrato agli artt. 30/35, si sofferma sulla forma ed il contenuto del lodo,

quindi sul deposito della comunicazione, e detta anche la disciplina concernente il lodo parziale, che definisce soltanto una o alcune delle controversie formulate nel procedimento.

L'art. 35, infine, stabilisce che il lodo, se necessario, è soggetto a correzioni.

Ore 9.00 RELAZIONE DEL DOTT. SERGIO PINNA NOTAIO IN ORISTANO



Dott. Sergio Pinna

Il Dott. Sergio Pinna è abilitato alla professione di avvocato a seguito del superamento dell'esame nel mese di luglio dell'anno 1996.

Attualmente svolge la professione di notaio, che esercita dal mese di luglio dell'anno 2003.

Per un decennio componente del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Cagliari, Lanusei e Oristano, con delega nella materia dell'antiriciclaggio.

La redazione della clausola arbitrale e le tecniche redazionali

Negli ultimi decenni gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie hanno assunto una importanza sempre maggiore in svariati settori. La loro funzione è quella di facilitare la risoluzione delle dispute grazie alla riduzione dei costi e alla celerità della decisione. Elementi, questi, che costituiscono indubbiamente incentivi rispetto alla scelta del ricorso alla giustizia ordinaria. Questo anche perché i dati pubblicati sulla durata dei procedimenti civili pendenti offrono un quadro che non è particolarmente rassicurante.

In quest'ottica, è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico (D.Lgs 4.03.2010 n. 28) l'istituto della mediazione in virtù del quale si è reso obbligatorio il tentativo di conciliazione tra le parti, come condizione di procedibilità per l'esercizio in giudizio di un'azione relativa a una controversia in diverse materie, quali, a mero titolo esemplificativo, condominio e diritti reali.

Con successivi interventi legislativi, in ultimo con il D.Lgs 149/2022 (c.d. Riforma Cartabia), si è provveduto ad estendere ad altre materie il ricorso alla detta mediazione.

Un'altra alternativa stragiudiziale all'ordinaria risoluzione dei conflitti è la procedura di negoziazione assistita.

Essa consiste nell'accordo (c.d. convenzione di negoziazione) tramite il quale le parti in lite convengono "*di cooperare in buona fede e lealtà*", al fine di risolvere in via amichevole una controversia, tramite l'assistenza degli avvocati.

Lo scopo è quello di poter ridurre la mole di processi civili nelle aule dei tribunali, e consentire alle parti interessate di poter arrivare alla definizione più rapida, economica ed efficace, di controversie generalmente costituite da elementi di complessità o di controvalore piuttosto ridotto.

La finalità della negoziazione assistita è dunque piuttosto chiara: cercare di condurre una parte dei contenziosi al di fuori delle aule dei tribunali.

Si prova quindi ad attenuare l'afflusso dei processi (riducendo così il fenomeno delle pratiche arretrate negli stessi tribunali) introducendo un'utile alternativa stragiudiziale alla tradizionale modalità di risoluzione dei conflitti.

L'arbitrato costituisce la forma principe di risoluzione alternativa delle controversie.

Tale istituto può manifestarsi in modi differenti, ma presenta alcuni elementi costanti.

La giustizia arbitrale presuppone sempre il consenso dei soggetti interessati, che investe non solo la devoluzione della lite ad arbitri ma anche l'individuazione della figura di un giudice privato, terzo neutrale.

A tal fine, viene stipulato un contratto comunemente denominato compromesso arbitrale o convenzione di arbitrato, ovvero viene inserita una clausola compromissoria ad hoc in un contratto.

La differenza tra compromesso (previsto dall'art. 807 c.p.c.) e clausola compromissoria può individuarsi nella circostanza che mentre il compromesso ha ad oggetto controversie già insorte tra le parti, la clausola compromissoria si riferisce ad una lite che potrebbe insorgere tra le parti, e pertanto non ancora venuta ad esistenza.

L'arbitrato "sottrae" dunque la controversia al giudice statale, precostituito per legge, e la decisione finale, che assume la denominazione di lodo, è vincolante per le parti.

Ci occuperemo, in particolare, della clausola compromissoria.

Rinveniamo la sua definizione nel codice di procedura civile, ed in particolare nell'art. 808 c.p.c., che così recita:

"Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso ai sensi dell'articolo 807.

La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria."

La clausola compromissoria, pertanto, consiste in una clausola contenuta in un contratto, e quindi frutto della volontà delle parti, in virtù della quale le parti si impegnano, in via preventiva, a devolvere le future ed eventuali controversie che possano sorgere tra di loro, in ordine all'interpretazione e/o alla esecuzione del contratto cui la clausola si riferisce, al giudizio di un arbitro o di un collegio arbitrale. La lite viene, dunque, sottratta alla cognizione del giudice ordinario per essere devoluta agli arbitri.

La clausola compromissoria gode di un singolare regime giuridico in quanto ha natura e contenuto negoziale, essendo il frutto di autonomia privata, ma nello stesso tempo è fonte di effetti processuali (si pensi al regime di impugnazione del lodo).

Costituisce un'autonoma manifestazione di volontà che, pur se contenuta in un contratto, non assume la natura di patto accessorio allo stesso.

La stessa Corte di Cassazione Civile, con la sentenza n. 25024/2013, statuisce che "In virtù del principio di autonomia della clausola compromissoria, essa ha un'individualità nettamente distinta dal contratto nel quale è inserita, non costituendone un accessorio. Ne consegue che la nullità del negozio sostanziale non travolge, per trascinamento, la clausola compromissoria in esso contenuta, restando rimesso agli arbitri l'accertamento della dedotta invalidità.

Può essere stipulata contestualmente al contratto cui accede o con un atto separato.

Sono caratteristiche essenziali della clausola compromissoria, quali desumibili dalla definizione del predetto art. 808 c.p.c., le seguenti:

1) deve essere concordata per iscritto (la prevalente dottrina e giurisprudenza ritiene che si tratti di forma scritta ad substantiam richiesta per la sua validità).

Si ritiene che sia ammissibile manifestare la volontà compromissoria tramite relatio ad un documento contenente la clausola compromissoria, a condizione che la clausola sia richiamata in modo specifico o risulti in maniera inequivocabile la volontà di compromettere.

Si precisa inoltre che, nell'ipotesi in cui la clausola compromissoria sia inserita nelle condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti, ovvero si tratti di contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari standard, l'efficacia della clausola compromissoria è subordinata alla specifica approvazione per iscritto trattandosi di clausola vessatoria (art. 1341 c.c.). Infatti, è necessaria una doppia sottoscrizione, ovvero la sottoscrizione del contratto standard e una seconda sottoscrizione della clausola compromissoria, la cui mancanza determina la nullità assoluta della stessa clausola.

In particolare, nel caso di contratti del consumatore, la clausola compromissoria è nulla, salvo che sia stata oggetto di una specifica trattativa individuale, trattativa, il cui relativo onere incombe sul professionista.

La Cassazione (ex multis Cass., sez. I, 21 settembre 2004 n. 18917 e Cass. Sez. VI - 2, Ord. 16 luglio 2020, n. 15253) ha più volte ribadito, con orientamento consolidato, che le clausole inserite in un contratto stipulato per atto pubblico, ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi predisposte unilateralmente ai sensi dell'art. 1341 c.c. e pertanto, se pur vessatorie, non richiedono approvazione specifica per iscritto, in quanto la particolare forma contrattuale, rivestita dall'accordo negoziale, esclude la necessità di siffatta approvazione.

Pertanto, la clausola compromissoria contenuta in un contratto redatto dal Notaio, stipulato per atto pubblico, non richiede mai l'approvazione specifica per iscritto,

In altri termini, l'intervento del Notaio già garantirebbe la circostanza che il testo contrattuale sia comunque espressione della comune volontà di entrambe le parti; la predisposizione del contratto in via unilaterale sarebbe esclusa dalla forma pubblica dell'atto che presuppone una provenienza negoziale bilaterale (Enrico Bevilacqua e Michele Labriola, Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio, Studio CNN n. 237-2007/C);

2) l'esistenza di un contratto a cui la clausola accede;

3) il deferimento agli arbitri di possibili e future controversie relative al contratto;

4) la natura delle controversie, che devono poter essere oggetto della convenzione d'arbitrato.

Tutte le controversie possono essere deferite ad un arbitro? Oppure esistono delle limitazioni?

Il Capo I del Titolo VIII del Codice di Procedura Civile, che introduce la disciplina dell'arbitrato, statuisce all'art. 806 che sono arbitrabili le controversie che abbiano ad oggetto diritti disponibili.

Il criterio adottato dal legislatore per individuare le materie arbitrabili è un criterio negativo: ossia, sono arbitrabili tutte le controversie "che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge" (art. 806, comma 1, c.p.c., richiamato, per la clausola compromissoria, dall'art. 808).

Dunque, in base all'art. 806 c.p.c., l'arbitrabilità rappresenta la regola e la non arbitrabilità l'eccezione.

Non è facile definire cosa si intenda per “diritti indisponibili” e quindi quali siano quelli “disponibili”.

In generale, si ritiene che siano disponibili i diritti rispetto ai quali il titolare abbia un potere negoziale, cioè il potere di darsi regole di condotta.

Non possono pertanto essere decise da arbitri tutte le controversie che hanno ad oggetto beni della vita non negoziabili, cioè non suscettibili di atti di disposizione, o perché afferenti alla sfera dei diritti personalissimi o perché afferenti alla sfera dell'interesse pubblico.

E' pacifico, in particolare, che questo potere negoziale non sussiste per le questioni di stato delle persone (non sono compromettibili le liti sulla paternità, sulla filiazione, quelle attinenti alla capacità, interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno), per le quali vengono in gioco interessi che trascendono quelli del titolare del diritto.

Si ritiene inoltre che non siano compromettibili le questioni in materia di famiglia (matrimonio, separazione e divorzio).

In realtà l'art. 806 non prevede più il divieto di arbitrato per le cause di separazione personale fra i coniugi, quindi il problema resta aperto.

In passato, si negava l'arbitrabilità in tali materie per la funzione assistenziale delle disposizioni economiche scaturenti dai provvedimenti di separazione e divorzio. La Cassazione aveva poi aperto una breccia sul quantum del diritto, ma appare difficile distinguere tra l'an – indisponibile – e il quantum disponibile, perché gli aspetti sono strettamente connessi tra loro.

L'apertura alla negoziazione assistita induce a ritenere che i coniugi possano stipulare una convenzione arbitrale per la soluzione della loro crisi purché siano assicurate le garanzie previste dalla legge sulla negoziazione, assistenza di almeno un avvocato per parte e il vaglio successivo del PM. Se non sono presenti figli minori o non autosufficienti, i coniugi potranno quindi stipulare un compromesso con l'ausilio dei propri avvocati per la separazione, il divorzio, la modifica delle condizioni di separazione o divorzio, ottenendo poi il nulla osta da parte della competente Procura; si potrebbe prevedere anche l'introduzione di una clausola compromissoria inserita nell'accordo di negoziazione nell'eventualità in cui insorga una lite sulla sua attuazione.

Nel caso in cui vi siano figli minori e, quindi il controllo esercitato dal Giudice sia anche volto alla verifica della rispondenza dell'accordo all'interesse del minore, non sembra che vi siano molti spiragli a favore dell'arbitrato.

Non sono, inoltre, compromettibili in arbitri le controversie relative a diritti personali del lavoratore (fatta salva la previsione di arbitrati nell'ambito della contrattazione collettiva).

L'elenco non è esaustivo, ma in buona sostanza si può affermare che le controversie arbitrabili siano quelle che possono formare oggetto di transazione (art. 1966 c.c.) o, come recitava in negativo, il vecchio testo dell'art. 806, precedente alla novella del 2006 “Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle previste negli articoli 409 e 442, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione.”.

Secondo la giurisprudenza, non sono arbitrabili:

- a) le controversie per le quali è obbligatorio l'intervento del Pubblico Ministero;
- b) le controversie relative all'impugnazione di delibere assembleari di società nulle o aventi oggetto illecito o impossibile, le quali danno luogo a nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice; a tali delibere sono equiparate, ai sensi dell'art. 2479 ter c.c., quelle prese in assoluta mancanza di informazione (Cass., 13 ottobre 2016, n. 20674; Cass., 30 settembre 2015, n. 19546; Cass., 27 giugno 2013, n. 16265).

Per esempio, in materia societaria restano fuori dal procedimento arbitrale le controversie che hanno ad oggetto l'invalidità delle delibere per violazione di principi generali dell'ordinamento.

Tipico esempio sono le delibere di approvazione del bilancio per violazione dei principi di verità, correttezza e chiarezza, in considerazione del fatto che tali delibere, che approvano una situazione patrimoniale infedele, violano i canoni generali di correttezza dei mercati, non rappresentando con trasparenza, veridicità o adeguata chiarezza le informazioni relative alla situazione patrimoniale e/o finanziaria di una società di capitali (Cassazione civile. Sez. I, sentenza n. 14665 del 29 maggio 2019);

- c) in materia amministrativa, le controversie aventi per oggetto interessi legittimi.
- d) le controversie relative al processo esecutivo.

In ogni caso, a seguito della riforma del 2006, gli arbitri possono decidere questioni pregiudiziali che per legge non possono costituire oggetto di compromesso; sono tenuti invece a sospendere il procedimento solo se tali questioni debbano essere decise per legge con efficacia di giudicato.

Così recita l'art. 819 c.p.c.: *“gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge.”*

IL CONTENUTO DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA

Ma quali sono i principi fondamentali e il contenuto minimo della clausola arbitrale?

Detta clausola deve contenere:

1. l'indicazione, sintetica ma il più possibile esaustiva, delle future controversie;
2. l'indicazione del numero e delle modalità di nomina degli arbitri;
3. l'indicazione del tipo di arbitrato prescelto;
4. l'indicazione della sede dell'arbitrato.

PRIMO PUNTO

E' importante definire l'ambito oggettivo della clausola, ossia i confini della competenza degli arbitri. In generale, se si vogliono evitare contestazioni e/o incertezze in ordine all'ambito oggettivo della clausola, non bisogna inserire eccessive delimitazioni nella clausola.

Al riguardo va tenuto presente il principio del cosiddetto *favor arbitrati*.

Tale principio è espresso, oltre che nell'art. 806 c.p.c. ("Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili..."), nell'art. 808-*quater* c.p.c., introdotto dalla riforma del 2006, 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."

Tale previsione implica che oggi (a differenza del passato), ove vi siano dubbi, ad esempio, se la clausola arbitrale abbia per oggetto solo le controversie in ordine all'interpretazione e/o all'esecuzione del contratto ovvero anche, in ipotesi, alla sua validità, tali dubbi dovrebbero essere risolti nel senso che la clausola si applica anche alle controversie in ordine alla validità del contratto.

La regola è decisiva quando, ad esempio, venga formulata domanda riconvenzionale di risoluzione di un contratto di cui l'attore abbia chiesto l'adempimento.

Ove non esistesse tale regola, si potrebbe giungere al risultato - assurdo - per cui la domanda principale sarebbe oggetto di arbitrato, mentre la riconvenzionale resterebbe affidata alla cognizione del giudice statale.

E' importante sottolineare che questo criterio di interpretazione è operante solo qualora vi siano dubbi sul significato da attribuire alla clausola: se la clausola è chiara, non sarà ammissibile alcuna interpretazione estensiva (ad esempio: se la clausola prevede che dovranno essere devolute in arbitrato esclusivamente le controversie in tema di esecuzione del contratto nel quale la clausola è apposta, dovranno ritenersi al di fuori della convenzione di arbitrato tutte le altre controversie, come quelle in tema di invalidità del contratto).

Da un punto di vista di tecnica redazionale, è bene peraltro individuare nel modo più preciso possibile l'ambito oggettivo della clausola arbitrale, evitando cioè situazioni di incertezza.

Pertanto, se si vuole circoscrivere l'oggetto della clausola a determinate controversie (ad esempio, sull'interpretazione ed esecuzione del contratto) sarà opportuno - onde evitare dubbi (che verrebbero risolti in senso estensivo) - farlo in modo espresso (utilizzando, come nell'esempio precedente, l'avverbio "*esclusivamente*").

Va tuttavia considerato che questa tecnica di redazione può dare adito a rilevanti complicazioni processuali, ossia a cause derivanti da un medesimo contratto, delle quali alcune (quelle in tema di esecuzione, per esempio) sono devolute alla competenza arbitrale e altre al giudice ordinario.

E' quindi preferibile (salvo che - consapevolmente - non si voglia attuare una strategia volta a complicare un futuro quadro processuale) redigere la clausola nel modo più esteso possibile.

Il tenore della clausola potrebbe essere il seguente: "Tutte le controversie, nessuna esclusa, derivanti da e/o comunque relative al presente contratto...".

Con questa clausola saranno deferite in arbitrato tutte le controversie in materia, a mero titolo esemplificativo, di validità, interpretazione, esecuzione, risoluzione e annullamento.

Viceversa, introdurre specificazioni comporta sempre il rischio di un dubbio interpretativo: è vero che esiste l'art. 808-*quater* c.p.c., ma si tratta di norma di chiusura volta - in definitiva - a risolvere una situazione di incertezza e quindi una situazione comunque patologica.

La norma, peraltro, viene - ancor prima - ritenuta espressione di un altro principio, sempre ispirato al *favor* per l'arbitrato, ossia il principio per cui, nel dubbio se le parti abbiano o no voluto deferire la controversia in arbitri, tale dubbio deve essere risolto a favore della scelta arbitrale.

La questione viene, ad esempio, in considerazione nel caso di clausola arbitrale che deferisce la controversia ad un'istituzione arbitrale inesistente.

In questo caso, la giurisprudenza formatasi con riferimento alla disciplina anteriore alla riforma del 2006, tendeva a ritenere nulla ovvero inefficace la clausola in quanto inattuabile.

Alla luce del principio del *favor*, quale emerge dalla riforma del 2006, tale impostazione concettuale è stata rivista.

Pertanto, si ritiene che, in tali ipotesi, *"quando è chiara la volontà delle parti di devolvere eventuali future controversie ad arbitri, problematica essendo soltanto l'individuazione dell'istituzione arbitrale competente, deve farsi ogni sforzo interpretativo per sopperire ad eventuali imprecisioni, e ciò al fine di preservare la validità della clausola e salvaguardare il precipuo interesse dei contraenti, ossia quello di optare per l'esclusione della tutela, dinanzi al giudice ordinario, dei diritti nascenti dal contratto"* (Lodo arbitrale Genova, 8 settembre 2014, in www.ilcaso.it; Cass., 4 febbraio 2011, n. 2750).

SECONDO PUNTO

Le parti possono prevedere che la lite sia risolta da un arbitro unico o da un collegio arbitrale.

Nel primo caso o è previsto che l'arbitro sia nominato da un terzo oppure, se le parti non concordano sulla nomina dell'arbitro, occorrerà rivolgersi al Presidente del Tribunale.

E' comunque opportuno individuare nella clausola i criteri per la nomina dell'arbitro.

La scelta dell'arbitro unico ha il vantaggio di comportare costi più contenuti e può essere opportuna per arbitrati di valore non alto e che non presentano particolari aspetti di complessità.

E' raro che nelle clausole arbitrali sia indicato il nome dell'arbitro.

In questa eventualità si può porre la seguente questione: che cosa succede se tale arbitro, per qualsiasi motivo (morte o sopravvenuta incapacità) non possa o non voglia accettare l'incarico?

La soluzione preferibile va ricercata alla stregua dei principi generali: il *favor arbitrati* impone di ritenere che l'arbitro possa essere sostituito, salvo che l'insostituibilità non risulti in modo chiaro dal testo della clausola. In altre parole: o, ricercando la comune intenzione delle parti, si arriva alla conclusione che le parti abbiano voluto l'arbitrato solo a condizione che le liti venissero decise da uno o più arbitri nominativamente individuati, oppure, nel dubbio, va preferita l'opzione della sostituibilità dell'arbitro.

Le parti possono inoltre prevedere che gli arbitri siano più d'uno, purchè in numero dispari. In caso d'indicazione di un numero pari, soccorre l'art. 809 c.p.c. che dispone che un ulteriore arbitro è nominato dal Presidente del Tribunale. Se manca l'indicazione del numero e le parti non si accordano, gli arbitri sono tre e, in mancanza di nomina, provvede il Presidente del Tribunale

La clausola compromissoria binaria è quella che devolve determinate controversie alla decisione di tre arbitri, due dei quali da nominare da ciascuna delle parti, e il terzo nominato dagli altri due arbitri o, in caso di disaccordo, da un terzo.

La norma dà anche un'alternativa, nell'ipotesi in cui il terzo designato non provveda alla nomina: in questa eventualità la nomina spetta al Presidente del Tribunale.

Un discorso diverso bisogna fare per l'arbitrato societario.

Dobbiamo partire dal decreto legislativo n. 5 del 17.01.2003, che ha disciplinato il rito processuale dedicato alle controversie societarie e, per quanto oggi di interesse, la materia dell'arbitrato (Titolo V, artt. 34 - 37), decreto che è rientrato nella più ampia riforma del diritto societario, che ha modificato la normativa sulle società di capitali e sulle società cooperative.

Con la Riforma Cartabia (D.Lgs 10.10.2022 n. 149), e con effetto dal 30.06.2023, sono state abrogate le norme del decreto legislativo 5 del 2003 in materia di arbitrato societario (articoli dal 34 al 37 compresi). Il contenuto di tali disposizioni, con alcune modificazioni, è stato trasfuso dalla detta Riforma Cartabia nel codice di procedura civile e, più precisamente, negli articoli 838 bis, 838 ter, 838 quater e 838 quinquies.

Tali nuove norme del codice di rito disciplinano un aspetto specifico dell'arbitrato che possiamo definire di diritto societario, in contrapposizione al cosiddetto arbitrato di diritto comune.

L'arbitrato di diritto comune è quello disciplinato fino ad oggi dal codice di procedura civile agli artt. 806 e seguenti.

Quando si parla di arbitrato societario si può pensare che si tratti di controversie societarie nel senso più ampio del termine, cioè che riguardi tutte le controversie in cui sia parte una società.

In realtà, il D.Lgs 5/2003 prima, e l'articolo 838 bis dopo la riforma, fanno riferimento alle sole controversie nascenti da clausole compromissorie statutarie. E' quindi necessario che gli statuti o i patti sociali delle società abbiano al loro interno una clausola compromissoria che deferisca le controversie ad un arbitro.

Pertanto, le regole di cui stiamo discutendo (artt. 838bis e seguenti) sono applicabili agli arbitrati nascenti da clausola compromissoria inserita all'interno di statuti/patti sociali.

Tanto è vero che se noi oggi avessimo una controversia in materia di recesso da s.r.l., da decidere mediante un arbitrato conseguente a un compromesso sottoscritto tra le parti, si tratterebbe di un arbitrato di diritto comune, anche se relativo ad una materia di diritto societario, in quanto gli artt. 838 bis e ss, c.p.c., trovano applicazione solo nel caso in cui la controversia sia prevista in una clausola compromissoria inserita all'interno di statuti/patti sociali.

La differenza non è di poco conto. Basti pensare alle modalità per la nomina degli arbitri.

Nell'arbitrato di diritto comune la regola prevede che gli arbitri devono essere nominati dalle parti (art. 810 c.p.c.).

Nell'arbitrato societario, nella formulazione conseguente alla riforma del diritto societario del 2003 e alla riforma Cartabia, la nomina di tutti gli arbitri è demandata obbligatoriamente ad un soggetto estraneo alla società, per superare l'impasse che poteva derivare in passato nel caso in cui le parti in conflitto fossero più di due (arbitrato multipartito), ma anche per garantire l'esigenza di estraneità, neutralità, indipendenza ed imparzialità degli arbitri (art. 34 D.Lgs n. 5/2003 e, oggi, art. 838 bis c.p.c.).

Uno dei problemi principali conseguente alla riforma del 2003, di grande interesse per i notai, era quello della validità delle clausole compromissorie già contenute negli atti costitutivi e statuti di società anteriormente al 1° gennaio 2004, ed in modo particolare ci si era chiesti:

- a) se una clausola compromissoria statutaria, concordata in data antecedente al 1° gennaio 2004, che non attribuisse il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società, fosse nulla;
- b) se, stante la nullità della clausola, potesse trovare applicazione il rimedio di cui all'art. 1419, comma 2, del c.c.

In relazione al primo quesito, la risposta era ed è affermativa.

Si tratta di nullità per contrasto con norma imperativa sopravvenuta contenuta nell'art. 34, comma 2, D.Lgs 5/2003.

In relazione al secondo quesito, alcuni ritenevano possibile «salvare» la clausola compromissoria con meccanismi sostitutivi, quali l'applicazione dell'art. 1419, 2° comma, c.c., ovvero degli artt. 809, 3° comma e 810 c.p.c., relativi all'arbitrato di diritto comune.

La giurisprudenza prevalente ha invece sempre seguito l'opposto orientamento, rilevando come la sostituzione automatica non potrebbe operare integralmente, essendo solo ipotizzabile che la clausola che continui a prevedere la nomina degli arbitri ad opera delle parti, e non di un soggetto terzo, sia, dal 1° gennaio 2004, ai sensi del 2° comma dell'art. 1419 cod. civ., integrata dal solo ultimo periodo del 2° comma dell'art. 34, il quale stabilisce che, se il terzo estraneo non provvede alla nomina di tutti gli arbitri, la designazione degli stessi va chiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha sede legale.

Pertanto, secondo la giurisprudenza, una nullità assoluta che non consente alla clausola compromissoria binaria di operare.

Nullità della clausola che costringerebbe le parti, in caso di controversia, a rivolgersi al Giudice ordinario precostituito per legge.

Altre due considerazioni.

All'indomani della riforma del 2003 era stato posto un ulteriore problema, relativo all'applicabilità anche alle società di persone della nullità della clausola compromissoria che non prevedesse la nomina degli arbitri ad opera di un terzo.

L'orientamento prevalente aveva ritenuto che la disciplina fosse applicabile anche alle società di persone poichè la legge 366/2001, che ha attribuita al Governo la delega per riformare i procedimenti in “materia societaria”, ha carattere generale e pertanto l'ambito di applicazione della disciplina del D.Lgs 5/2003 doveva intendersi esteso oltre il perimetro delle società di capitali e delle società cooperative, comprendendo anche tali tipi societari.

Il dubbio rimaneva invece per le società semplici.

La legge delega, trattando dell'arbitrato societario, circoscriveva l'ambito di applicazione dell'istituto alle società commerciali che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Partendo da questo dato normativo, l'orientamento maggioritario riteneva che non fosse applicabile alle società semplici l'articolo 34 e seguenti del D.Lgs 5/2003.

All'opposto altri ritenevano che, fino al momento in cui non fosse dichiarata l'incostituzionalità della norma per eccesso di delega, fosse estensibile anche a tali società l'arbitrato societario.

Probabilmente, considerando che, con la riforma Cartabia, nell'articolo 838 bis c.p.c., si utilizza il termine società, senza altre precisazioni, si potrebbe propendere per un'estensione certa anche a tale tipo societario dell'arbitrato in oggetto.

Infine, l'art. 5 del D.Lgs 5/2003 e l'art.838 bis c.p.c., prevedono che i soci assenti o dissenzienti possono esercitare il diritto di recesso in conseguenza della modifica dell'atto costitutivo che abbia introdotto o soppresso la clausola compromissoria.

Si tratta di una questione delicata, in particolare, nell'ipotesi in cui si tratti di una società fortemente patrimonializzata, con il rischio per l'impresa collettiva di dover corrispondere ingenti somme di denaro o, in mancanza, di dover procedere all'assegnazione in natura di beni sociali di grande valore. E' pertanto necessario porre molta attenzione quando, ad esempio, in una società a responsabilità limitata si voglia procedere alla soppressione o all'introduzione di una clausola compromissoria. La semplice modifica della clausola, introdotta in data antecedente all'entrata in vigore della riforma del 2003, per renderla conforme alla normativa in materia di arbitrato societario, non comporta invece alcun diritto di recesso.

TERZO PUNTO

Elemento essenziale per una corretta redazione della clausola arbitrale è l'individuazione del tipo di arbitrato.

La clausola sarà diversa a seconda che si tratti di arbitrato rituale o irrituale, arbitrato di diritto o di equità, arbitrato amministrato o arbitrato ad hoc, arbitrato multi step e arbitrato internazionale.

Passiamo ad analizzare i diversi tipi di arbitrato.

A) ARBITRATO RITUALE E ARBITRATO IRRITUALE

Nell'arbitrato rituale il lodo ha efficacia di sentenza e diventa titolo esecutivo.

Come dispone l'art. 824-bis c.p.c., dalla data dell'ultima sottoscrizione da parte degli arbitri, gli effetti del lodo sono equiparati a quelli della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.

Il lodo rituale, quindi, fa stato tra le parti ex art. 2909 c.c. e determina le preclusioni di cui all'art. 324 c.p.c. (relativo al passaggio in giudicato); pertanto, è suscettibile di passare in giudicato (a prescindere dalla richiesta di exequatur, che consente di ottenere l'esecuzione del lodo nel territorio della Repubblica, e la conseguente trascrizione del medesimo presso l'Agenzia delle Entrate – Servizio di Pubblicità Immobiliare ex Conservatoria dei Registri Immobiliari).

Nell'arbitrato irrituale, il lodo ha natura ed efficacia negoziale (non può diventare direttamente titolo esecutivo, ma può essere utilizzato per chiedere un decreto ingiuntivo o come prova documentale nel corso di un giudizio). Pertanto, non potrà mai passare in giudicato, non avendo efficacia di sentenza.

L'art. 808-ter c.p.c. prevede, infatti, che le parti, con apposita pattuizione scritta, possano stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'art. 824-bis c.p.c., la controversia venga definita con determinazione contrattuale, cioè con un atto di natura negoziale, che potrà essere impugnato secondo le normali regole contrattuali.

In sostanza, l'arbitrato irrituale si concretizza nell'accordo con il quale al terzo viene affidato il compito di risolvere la controversia con una dichiarazione di volontà, sostanzialmente transattiva o accertativa dei diritti e degli obblighi delle parti, a seconda del contenuto dell'incarico, che viene imputata alle stesse parti del rapporto (l'art. 808-ter parla infatti di lodo contrattuale).

“Posto che sia l'arbitrato rituale che quello irrituale hanno natura privata, la differenza tra l'uno e l'altro tipo di arbitrato non può impenersi sul rilievo che con il primo le parti abbiano demandato

agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice, ma va ravvisata nel fatto che, nell'arbitrato rituale, le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 cod. proc. civ., con l'osservanza delle regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro (o agli arbitri) la soluzione di controversie (insorte o che possano insorgere in relazione a determinati rapporti giuridici) soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà.

Ne consegue che ha natura di arbitrato irrituale quello previsto da una clausola compromissoria che enunci l'impegno delle parti di considerare il carattere definitivo e vincolante del lodo, al pari del negozio tra le parti concluso e, quindi, come espressione della propria personale volontà, restando, di contro, irrilevanti sia la previsione della vincolatività della decisione...sia la previsione di una decisione secondo diritto, senza il rispetto delle forme del codice di rito, ma nel rispetto del contraddittorio, attesa la sua compatibilità con l'arbitrato libero e il necessario rispetto anche in quest'ultimo del principio del contraddittorio." (Cass. 2 dicembre 2015 n. 24558.)

Pertanto solo il lodo rituale è suscettibile di esecuzione forzata, ai sensi dell'art. 825 c.p.c., ossia può valere come titolo esecutivo.

Infatti, ove l'arbitrato sia rituale e il lodo venga munito di *exequatur*, la parte soccombente - che sia, ad esempio, condannata a pagare una somma di denaro - non potrà sottrarsi al pagamento ovvero all'esecuzione forzata, se non impugnando il lodo davanti alla Corte d'Appello competente chiedendo (e ottenendo) la sospensione dell'esecutività del lodo medesimo.

Ove, invece, l'arbitrato sia irrituale la parte vittoriosa, in caso di mancato adempimento spontaneo, non potrà agire in via esecutiva, ma dovrà prima munirsi di un titolo esecutivo.

L'art. 808 ter dichiara espressamente che "al lodo contrattuale non si applica l'articolo 825" c.p.c. sull'*exequatur*.

Ad esempio, dovrà chiedere, sulla base del lodo (contrattuale), un decreto ingiuntivo (eventualmente esecutivo) o promuovere un giudizio ordinario per ottenere la condanna della parte soccombente in arbitrato a eseguire la prestazione prevista nel lodo.

Sempre in tema di esecuzione forzata, attenta dottrina (Consolo) ha osservato che è peraltro configurabile un caso in cui anche il lodo arbitrale potrebbe di per sè (e, anzi, senza la necessità di alcun *exequatur*) valere come titolo esecutivo: ossia quando il lodo abbia la forma del rogito notarile o scrittura privata autenticata ex art. 474, c.p.c.

Un'altra differenza tra lodo rituale e lodo irrituale riguarda il regime delle impugnazioni.

Il lodo rituale può essere impugnato davanti alla Corte d'Appello per i numerosi motivi di cui all'art. 829, comma 1, c.p.c. e, se previsto dalle parti, può essere impugnato anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia.

Il lodo irrituale può essere impugnato solo davanti al giudice ordinario per i cinque motivi di cui al secondo comma dell'art. 808-ter c.p.c.

L'azione è di annullamento e va proposta nell'ordinario termine quinquennale.

B) ARBITRATO DI DIRITTO E ARBITRATO DI EQUITÀ'

A seconda del criterio di giudizio impiegato dagli arbitri per la risoluzione della controversia, dobbiamo distinguere tra arbitrato di diritto e arbitrato di equità.

In realtà, ai sensi dell'art. 822 c.p.c., gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto, con qualsiasi espressione, che gli stessi pronuncino secondo equità.

La previsione di una decisione secondo equità, da un lato, permette la ricerca di una giustizia più aderente al caso concreto purchè nel rispetto dei principi generali e delle norme fondamentali dell'ordinamento; dall'altro, evidentemente, non è compatibile con l'impugnazione per nullità del lodo per violazione delle regole di diritto sostanziale e, in generale, per ogni error in iudicando.

La norma recita: "con qualsiasi espressione".

Il che significa:

- a) che occorre indagare la reale volontà delle parti;
- b) che non occorrono formule sacramentali;
- c) che, peraltro, è necessario che vi sia una volontà espressa comunque per iscritto.

C) ARBITRATO AD HOC E ARBITRATO AMMINISTRATO

Con riferimento all'aspetto organizzativo e pratico, si parla di arbitrato ad hoc e arbitrato amministrato.

L'arbitrato ad hoc, disciplinato dall'art. 816-bis c.p.c., si svolge secondo le norme e i criteri individuati dalle parti nella convenzione di arbitrato o, in mancanza, secondo le regole determinate dagli arbitri, nei limiti della legge.

L'arbitrato amministrato, previsto dall'art. 832 c.p.c., si svolge secondo regolamenti precostituiti di istituzioni arbitrali (ad esempio quelli delle Camere di Commercio) e sotto la supervisione delle stesse.

Le parti, in particolare, possono semplicemente richiamare il regolamento di una determinata istituzione arbitrale (cd. arbitrato regolamentato), oppure svolgere l'intero arbitrato usufruendo dei servizi dell'istituzione arbitrale che monitora l'andamento del procedimento apprestando altresì il supporto logistico per l'espletamento della procedura.

L'arbitrato amministrato, ha il vantaggio dell'esistenza di un organismo a cui fare riferimento, che assume il ruolo di garante del procedimento e interviene in alcune situazioni (come ad esempio in materia di ricsuzione o sostituzione degli arbitri), governato da un regolamento definito, dotato di una segreteria (che forma il fascicolo, riceve gli atti, li trasmette alle parti, partecipa alle udienze e redige i verbali) e di locali adibiti alle riunioni dell'arbitro o del collegio, vigila in generale sulla gestione dell'arbitrato e coordina i vari organi dell'istituzione, nomina e sostituisce gli arbitri, provvede ai loro compensi; in particolare, il ruolo dell'istituzione è rilevante nella fase iniziale dell'arbitrato, ossia in sede di verifica dei requisiti di imparzialità e indipendenza degli arbitri; pur essendovi costi aggiuntivi (relativi alle spese amministrative dell'istituzione), le tariffe degli arbitri sono di solito calmierate rispetto a quelle che, in base ai parametri vigenti, sarebbero applicabili per l'arbitrato non amministrato. Inoltre l'istituzione arbitrale esegue, di regola, un controllo, oltre che sul procedimento, anche sulla regolarità formale del lodo, prima che questo venga depositato.

Per quanto riguarda l'arbitrato amministrato, la Camera di Commercio di Cagliari ha un nuovo regolamento approvato il giorno 1 febbraio 2023, regolarmente pubblicato sul sito della Camera di Commercio, alla pagina Arbitrato.

D) ARBITRATO MULTI-STEP O MULTI FASE

Le parti possono inoltre prevedere un arbitrato multi step, ossia stabilire che, prima dell'avvio dell'arbitrato, sia condotto in buona fede un tentativo di conciliazione.

In questo caso, per volontà delle parti, l'esperimento del tentativo di conciliazione diventa una condizione di procedibilità dell'arbitrato, nel senso che, ove questo tentativo non sia esperimento, l'arbitrato non può essere iniziato né tantomeno proseguito.

Al riguardo viene in rilievo la norma dell'art. 5 sexies del D.lgs n. 28/2010, introdotto dalla riforma Cartabia, secondo cui "Quando il contratto, lo statuto o l'atto costitutivo dell'ente pubblico o privato prevedono una clausola di mediazione, l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale."

E) ARBITRATO INTERNAZIONALE

L'arbitrato internazionale si distingue da quello interno (o domestico) per il particolare carattere di internazionalità relativo o alla qualità delle parti (quando una delle parti ha la propria sede (se persona giuridica) o la propria residenza (se persona fisica) in uno Stato estero) o, ancora, all'oggetto della controversia (in genere commercio internazionale).

La decisione emessa dall'arbitro al termine del procedimento (il "lodo arbitrale") è vincolante per le parti in causa e potrà essere oggetto di esecuzione forzata nei confronti della parte soccombente in un vasto numero di Paesi, in forza della Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere che costituisce uno strumento fondamentale dell'arbitrato internazionale.

La Convenzione di New York ad oggi è stata infatti ratificata da 162 Paesi nel mondo, tra i quali l'Italia.

QUARTO PUNTO

L'indicazione della sede dell'arbitrato funge da criterio per:

a) individuare la legge arbitrale applicabile (nazionale o estera) ove una delle parti abbia sede e/o residenza all'estero.

In tal modo essa funge da criterio di collegamento tra un determinato procedimento arbitrale e un ordinamento statale (il che rileva ai fini della individuazione della *lex arbitri*);

b) individuare, in caso di arbitrato domestico, il giudice statale competente a svolgere le diverse funzioni di ausilio in relazione al procedimento arbitrale (ad esempio: l'impugnativa del lodo arbitrale - artt. 827 e ss. c.p.c.; la nomina e la sostituzione degli arbitri - artt. 810, 811, 813-*bis* c.p.c.; la riconsunzione degli arbitri - art. 815 c.p.c.; la liquidazione dei compensi degli arbitri - art. 814 c.p.c.; l'ordine di comparizione dei testimoni - art. 816-*ter* c.p.c.; la concessione di esecutorietà del lodo - art. 825 c.p.c.).

La norma di riferimento è l'art. 816 c.p.c., che stabilisce tre regole:

- 1) le parti possono determinare la sede dell'arbitrato nel territorio della Repubblica; altrimenti provvedono gli arbitri;
- 2) se nè le parti nè gli arbitri determinano la sede, questa è nel luogo in cui è stata stipulata la convenzione arbitrale;
- 3) se tale luogo non si trova nel territorio nazionale, la sede è a Roma.

E' importante ricordare che per sede non si intende il luogo materiale dove si svolge l'arbitrato (che, salvo diversa previsione della convenzione di arbitrato, può svolgersi in luogo diverso dalla sede).

La fissazione della sede in Italia rappresenta il parametro per qualificare l'arbitrato e il relativo lodo come interni.

A questo punto, si può procedere all'elencazione dei principi fondamentali per la redazione della clausola arbitrale.

1. Il principio del carattere - di regola - dispositivo delle norme del codice di procedura in materia di arbitrato.

Le parti possono derogare alle norme del codice di procedura civile: ad esempio, possono stabilire che l'arbitrato sia irrituale, di equità, devoluto a un arbitro unico, che il lodo sia impugnabile per motivi di nullità ulteriori rispetto a quelli di cui all'art. 829 c.p.c.

Tuttavia, vi sono alcune norme che sono inderogabili: ad esempio, l'azione di nullità per i motivi di cui all'art. 829 c.p.c. è (in via preventiva) irrinunciabile; la clausola compromissoria deve essere stipulata per iscritto a pena di nullità; le parti non possono derogare al principio del contraddittorio (art. 816-*bis*); le modalità di nomina degli arbitri devono rispettare il principio di equidistanza dell'arbitro da ciascuna parte.

E' quindi fondamentale tenere a mente quali siano le norme derogabili e quali no.

2. Il principio del favor per l'arbitrato

Art. 806: sono arbitrabili tutte le controversie che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili;

Art. 808-*quater*: Nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto a cui la convenzione si riferisce;

Art. 808-*quinquies*: la conclusione del procedimento arbitrale senza pronuncia sul merito, non toglie efficacia alla convenzione d'arbitrato.

3. Il principio del favor per l'arbitrato rituale (art. 808-*ter* c.p.c.)

Dall'art. 808-*ter* c.p.c. si desume un generale principio di favor per l'arbitrato rituale.

La norma - rubricata "arbitrato irrituale" - dispone che "Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'art. 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo."

La norma risolve peraltro anche le problematiche sorte in passato circa i criteri per distinguere l'arbitrato rituale da quello irrituale.

Oggi la regola è che, se le parti hanno voluto un arbitrato, questo è rituale, salvo che le medesime non abbiano voluto in modo espresso - per iscritto - l'arbitrato irrituale (si tratta di forma ad substantiam).

In tal modo, la norma indica anche l'espressione letterale da utilizzare per optare per la scelta dell'arbitrato irrituale: "determinazione contrattuale".

A questo riguardo ci pone la seguente domanda: ai fini della norma è equivalente scrivere nella clausola "arbitrato irrituale"?

Anche considerata la rubrica della norma ("arbitrato irrituale"), la risposta dovrebbe essere affermativa.

Tuttavia questa soluzione non è pacifica.

Infatti, vi è chi ha sostenuto che le parti, se intendono deferire la vertenza ad arbitri irrituali, avrebbero l'onere di utilizzare esclusivamente l'espressione "determinazione contrattuale" di cui all'art. 808-ter c.p.c.

Nella giurisprudenza arbitrale si è ritenuto, in particolare, che "*la clausola compromissoria contenuta nello statuto di società a responsabilità limitata secondo la quale "il collegio arbitrale deciderà in via irrituale secondo equità" non assolve ai requisiti di forma ai quali l'art. 808-ter codice di procedura civile condiziona la deroga all'art. 824-bis ed all'efficacia del lodo ivi disciplinata, non avendo le parti nè esplicitato la volontà di derogare a tale ultima norma nè comunque espressamente disposto che il collegio arbitrale debba provvedere con determinazione contrattuale e quindi comporre la controversia attraverso strumento negoziale che esse si siano impegnate a riconoscere a priori come estrinsecazione della loro volontà.*" (Lodo arbitrale Mantova, 23 settembre 2009, in *www.ilcaso.it*).

In ogni caso, deve ritenersi che, alla stregua della formulazione della norma, non siano più indici idonei a qualificare una clausola come contemplante un arbitrato irrituale espressione quali "il lodo sarà inimpugnabile" o "inappellabile" "amichevoli compositori" "senza formalità di procedura" (cfr. in questo senso Salvaneschi in Commentario a cura di Chiarloni. Bologna, 2014, 844)

4. Il principio del favor per l'arbitrato rituale di diritto (art. 822 c.p.c.)

Tale principio è espresso in maniera meno forte rispetto a quello previsto dall'art. 808-ter.

Infatti, l'art. 822 c.p.c. dice che "gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronuncino secondo equità."

Non occorre pertanto una disposizione espressa per iscritto, ma è sufficiente che le parti abbiano manifestato con qualsiasi espressione che gli arbitri pronuncino secondo equità.

5. Il principio delle forma scritta ad substantiam della clausola compromissoria (art. 807 c.p.c.)

6. Il principio di uguaglianza delle parti nella nomina dell'arbitro e della imparzialità, indipendenza ed equidistanza dell'arbitro da ciascuna delle parti (artt. 809 e 810 c.p.c.)

Questo principio implica che ciascuna parte ha diritto a un trattamento uguale alle altre parti nella nomina degli arbitri.

Il che non vuol dire che ogni parte abbia diritto di nominare un proprio arbitro, ma solo che ha diritto di farlo se è previsto che le altre parti possano farlo.

Il principio è quindi rispettato anche quando tutte le parti siano private del potere di nominare un proprio arbitro perchè, ad esempio, la nomina è stata deferita a un terzo.

In altre parole, ciascuna parte ha diritto a che vi siano modalità di nomina in forza delle quali vi sia un identico trattamento tra le parti.

Il mancato rispetto di questo principio comporta l'invalidità della convenzione arbitrale.

Ad esempio, è nulla la clausola arbitrale che attribuisca a una sola parte il diritto di nominare l'arbitro unico o l'intero collegio arbitrale.

Dopo aver indicato i principi fondamentali da rispettare nella redazione della clausola arbitrale, che si sia scelto di inserire nel contratto, si possono sinteticamente indicare le seguenti regole:

- a) se le parti non prevedono in modo espreso che l'arbitrato sia irrituale, l'arbitrato sarà rituale;
- b) se le parti non prevedono che gli arbitri decidano secondo equità ("*con qualsiasi espressione*"), l'arbitrato sarà di diritto;
- c) se la clausola non è sottoscritta da tutte le parti, essa sarà nulla;
- d) se la clausola è stipulata con modalità telematica potrebbe essere non valida e/o contestata (ad esempio uno scambio di mail). Da valutare l'ipotesi in cui si abbia la sottoscrizione con firma digitale, in modalità non contestuale, mediante scambio di documenti eseguito mediante la rete internet;
- e) se le parti non optano per l'arbitrato amministrato, l'arbitrato sarà regolato solo dalle norme del codice di procedura civile e da quelle eventualmente inserite nella convenzione arbitrale;
- f) se le parti non individuano la sede dell'arbitrato, questa sarà stabilita dagli arbitri, ovvero, in subordine, soccorreranno gli altri criteri dell'art. 816 c.p.c.;
- g) se la clausola non prevede in modo espreso la possibilità di impugnare il lodo anche per violazione di norme di diritto sostanziale, il lodo non sarà impugnabile per questo motivo; il che significa che, in questo caso, il lodo avrà una stabilità maggiore di quella di una sentenza (ex multis Cass., 25 settembre 2015, n. 19075);
- h) le parti sono libere di decidere la legge applicabile al merito della controversia.

LA TASSAZIONE DEL COMPROMESSO ARBITRALE, DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA E DEL LODO PER ARBITRATO RITUALE E IRRITUALE

Il compromesso arbitrale, in quanto contratto autonomo, è soggetto a registrazione con il pagamento dell'imposta fissa di registro di Euro 200,00 poiché trattasi di atto non avente contenuto patrimoniale (art. 11 della Tariffa, Parte Prima del D.P.R. 131/86).

La clausola compromissoria, in quanto prevista in un contratto (ad esempio compravendita o atto costitutivo di società), di regola, non sarà soggetta ad autonoma tassazione, ma verrà registrata unitamente al contratto a cui accede.

Il lodo per arbitro irrituale va sottoposto a tassazione con l'imposta di registro nello stesso modo in cui sarebbe tassato il contratto dal quale scaturissero i medesimi effetti che discendono dal lodo.

Il lodo per arbitrato irrituale e il compromesso arbitrale devono essere registrati, in termine fisso, entro trenta giorni dalla data dell'atto, se formato in Italia, ed entro sessanta giorni se formato all'estero.

Il lodo per arbitrato rituale è soggetto, in quanto non depositato presso la cancelleria del Tribunale, a registrazione solo in caso d'uso (art. 2, comma 2, della tariffa, parte seconda, allegata al D.P.R. 26.04.1986 n. 131).

Si precisa che si ha il caso d'uso quando un atto si deposita, per essere acquisito agli atti, presso le cancellerie giudiziarie nell'esplicazione di attività amministrative o presso le amministrazioni dello Stato o degli enti pubblici territoriali e i rispettivi organi di controllo (art. 6 D.P.R. 131/86).

A seguito del deposito, il provvedimento che dichiara esecutivo il lodo è soggetto a registrazione in termine fisso, ed è equiparato, sotto il profilo della tassazione, alle sentenze (art. 37 D.P.R. 131/86 e art. 8 della tariffa, parte prima).

Obbligati a richiedere la registrazione sono le parti e, in caso di deposito del lodo rituale, il cancelliere, pertanto con esclusione degli arbitri.

Gli atti, non in regola con l'imposta di registro, prodotti nel corso del procedimento arbitrale, devono essere depositati in cancelleria, sotto la responsabilità della parte interessata, insieme al lodo, e quindi inviati, a cura del cancelliere, all'Agenzia delle Entrate, ai sensi dell'articolo 65, comma 6, del D.P.R. 131/1986. Nessun obbligo incombe, pertanto, sugli arbitri.

Le suddette regole, in caso di trasferimenti immobiliari, valgono anche per le imposte ipotecaria e catastale.

Gli atti e i provvedimenti dei procedimenti arbitrali, ivi compresi gli atti di parte, sono soggetti all'imposta di bollo (art. 20, comma 1, della tariffa allegata al D.P.R. 642/1972).

Per gli atti non in regola con l'imposta di bollo, l'articolo 19 del suddetto D.P.R. pone a carico degli arbitri l'obbligo di inviare i relativi atti per la regolarizzazione all'Agenzia delle Entrate.

ESEMPI DI CLAUSOLE COMPROMISSORIE

arbitrato di diritto comune non amministrato

1. Tutte le controversie derivanti dal presente contratto, comprese quelle inerenti la sua formazione, interpretazione, esecuzione, validità e giuridica esistenza, modificazione ed estinzione, purché compromettibili in arbitri, saranno devolute alla cognizione di un arbitro unico nominato d'accordo tra le parti, o in difetto, dal Presidente del Tribunale di... (luogo individuato con i criteri di cui all'art. 810, comma 2, c.p.c. - circondario del luogo in cui è fissata la sede dell'arbitrato).

2. L'arbitro unico deciderà in via rituale, secondo diritto.

Variante in sostituzione: L'arbitro unico deciderà in via rituale, secondo equità, ai sensi dell'art. 822 c.p.c.

Ulteriore variante in sostituzione: L'arbitro unico deciderà in via irrituale mediante determinazione contrattuale, secondo diritto (oppure: secondo equità), in conformità alle statuizioni dell'art. 808-ter c.p.c.

Il lodo arbitrale pronunciato per la decisione della controversia avrà natura di negozio giuridico privato, e le parti riconoscono sin d'ora la decisione dell'arbitro quale manifestazione della loro stessa volontà contrattuale, conferendo al medesimo arbitro il relativo potere di rappresentanza, e quindi di stipulare, in loro nome e interesse, il negozio arbitrale.

È esclusa, comunque, l'applicazione degli articoli 806 e seguenti del codice civile, fatte salve le disposizioni inderogabili di legge; è escluso il deposito del lodo irrituale presso la cancelleria del Tribunale.

Il lodo arbitrale irrituale sarà impugnabile, oltre che nei casi previsti dalle disposizioni del codice civile in tema di contratti, nelle sole ipotesi indicate dall'art. 808-ter c.p.c.; in quest'ultimo caso, a seguito dell'annullamento del lodo da parte del Giudice, quest'ultimo potrà essere richiesto di pronunciarsi anche sul merito della controversia.

3. La sede dell'arbitrato è fissata in ...

4. L'arbitro potrà condurre il procedimento senza formalità di procedura, salva l'osservanza del principio del contraddittorio e delle disposizioni inderogabili di legge.

Variante integrativa: L'arbitro dovrà pronunciare il lodo secondo diritto; il lodo medesimo sarà impugnabile ai sensi dell'art. 829, comma 3, c.p.c., per inosservanza delle regole di diritto relative al merito della controversia.

Variante integrativa: Le parti, ciascuna per quanto di rispettiva competenza, conferiscono all'arbitro mandato con rappresentanza, affinché lo stesso arbitro, in loro nome e interesse, renda, ove siano necessarie, le dichiarazioni edilizie ed urbanistiche, di conformità catastale ed ogni altra dichiarazione necessaria ai fini della validità ed efficacia del trasferimento immobiliare.

Variante integrativa: In caso di annullamento del lodo arbitrale, ai sensi dell'art. 830, comma 2, c.p.c., la Corte d'Appello non deciderà la controversia nel merito, e si farà luogo ad un ulteriore giudizio arbitrale, sulla base della presente clausola.

Variante integrativa: In caso di cessione del presente contratto, la clausola compromissoria continuerà a produrre i propri effetti nei rapporti tra il cessionario ed il contraente ceduto.

5. Si applicano, per quanto espressamente qui non disposto, le disposizioni degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile in tema di arbitrato rituale.

arbitrato societario non amministrato

1. Qualsiasi controversia tra i soci, ovvero tra i soci e la società, ovvero tra possessori di strumenti finanziari, soci e società, che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, nonché le controversie promosse da amministratori, sindaci e liquidatori ovvero nei loro confronti, e quelle aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, ad eccezione di quelle nelle quali la legge prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, sono devolute alla cognizione di un arbitro unico.
2. La relativa nomina dovrà essere effettuata da... (indicazione di un terzo estraneo), il quale dovrà provvedere alla nomina entro trenta giorni dalla richiesta fatta dalla parte più diligente.
3. Nel caso in cui il soggetto designato non vi provveda nel termine previsto, la nomina sarà richiesta, dalla parte più diligente, al Presidente del Tribunale del luogo in cui ha sede la società.
4. La sede dell'arbitrato è fissata in ...
5. L'arbitro dovrà decidere entro sessanta giorni dalla nomina; lo stesso giudicherà in via rituale e secondo diritto, ed il lodo sarà impugnabile nei casi previsti dalla legge.
6. Le spese dell'arbitrato saranno a carico della parte soccombente, salva diversa motivata decisione dell'arbitro.
7. La soppressione e la modifica della presente clausola compromissoria deve essere approvata con delibera dei soci, con la maggioranza di almeno due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.
8. Si applicano, per quanto espressamente qui non disposto, le disposizioni di legge in tema di arbitrato rituale nelle società, di cui agli articoli 838 bis e seguenti c.p.c.

Ore 9.30 RELAZIONE DELL'AVV. ENRICO MARIA MELONI



Avv. Enrico Maria Meloni – Avvocato del libero foro

Nel 1996 si è laureato in giurisprudenza all'Università Alma Mater di Bologna e dopo il prescritto periodo di pratica legale presso lo studio dell'Avv. Elio Maria Meloni, dal 2001 è iscritto all'Albo degli Avvocati di Oristano e dal 2012 è iscritto anche all'Albo degli Avvocati abilitati al patrocinio davanti alla Suprema Corte di Cassazione. Dal 2019 è stato Consigliere del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Oristano e dal 2023 è Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Oristano.

Nel 2001 ha partecipato ad uno Stage presso lo Studio Associato

Legale & Tributario (Associato KPMG) Padova – consulenza, assistenza e difesa in materia di Diritto Commerciale, Tributario e Penale – e nel 1999 – 2000 ha frequentato il Master full-time in Diritto Tributario, presso la Luiss Management – Roma (dal novembre 1999 al settembre 2000 per totali 900 ore formazione in aula)

Nel 2010 ha partecipato al Corso di Mediatore e Conciliatore presso la CCIAA di Cagliari.

Nel 2013 – 2014 ha fatto parte della Commissione per gli esami di avvocato.

Possiede ottima conoscenza di applicativi informatici, quali word ed excel (microsoft, openoffice e analoghi) e nell'esecuzione di ricerche normative e/o giurisprudenziali tramite internet banche dati.

Possiede inoltre un'ottima conoscenza della lingua inglese (livello Advanced).

LA DOMANDA E LA RISPOSTA DI ARBITRATO

Introduzione

I La domanda di arbitrato

1. Domanda di arbitrato e domanda giudiziale.
2. La notifica della domanda di arbitrato.

II Effetti sostanziali della domanda di arbitrato

1. Interruzione della prescrizione.
2. Trascrizione della domanda di arbitrato.
3. Domanda di arbitrato e mantenimento dell'efficacia della misura cautelare.
4. Altri effetti sostanziali.

III Effetti processuali

1. Litispendenza.
2. Litispendenza in senso stretto.
3. Connessione
4. *Perpetuatio iurisdictionis*.

IV Memoria di risposta

Conclusioni

Introduzione

Il titolo dell'argomento assegnatomi, “*la domanda e la risposta di arbitrato*”, contiene un significato di più ampia portata, non circoscritto a domanda quale atto di impulso dell'arbitrato e risposta intesa come memoria del convenuto.

Il riferimento alla domanda e alla risposta¹ rimanda infatti al generale principio dispositivo che costituisce (o dovrebbe costituire) uno dei principi cardine della giurisdizione civile.

Come noto, si parla di principio dispositivo in senso sostanziale con riferimento alla disponibilità dell'oggetto del processo. L'art. 2907 c.c., prevede infatti che la tutela giurisdizionale dei diritti è prestata «su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio». A significare che è nella disponibilità del titolare del diritto sostanziale – tranne le ipotesi eccezionali della tutela giurisdizionale d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero – di chiedere oppure di non chiedere la tutela giurisdizionale del proprio diritto violato.

L'art. 99 c.p.c., codifica invece il corollario del principio dispositivo, ossia il principio della domanda secondo cui «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente».

In passato si riteneva che la disponibilità della tutela processuale fosse da porsi in correlazione con la disponibilità del diritto soggettivo sul piano sostanziale². Ma la successiva analisi ha valorizzare un altro profilo, consistente nel ricondurne il fondamento all'esigenza di salvaguardare la terzietà e imparzialità del giudice.

Di qui il principio della domanda di cui all'art. 99 c.p.c., che pone un principio generale e fondamentale della giurisdizione civile³, ossia **l'imparzialità del giudice**, il quale non sarebbe terzo ed imparziale se fosse egli stesso a dare impulso al processo (ovvero alla domanda di tutela) che poi deve decidere. Questo comporta che il giudice può decidere solo su iniziativa o domanda della parte il cui diritto si presume minacciato o violato e nei limiti di quanto è stato richiesto.

Diretta conseguenza del principio della domanda è la regola della corrispondenza fra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.), nel senso che spetta a chi propone la domanda giudiziale di determinare anche, in modo vincolante per il giudice, l'ambito dell'oggetto del processo.

Su detti principi è basato il processo civile come processo di parte e delle parti. Carattere che, invero, sembra sempre più vacillante alla luce della riforma Cartabia, che ha certamente rafforzato i poteri

¹Risposta che in quest'ottica può anche leggersi come "risposta dell'organo giudicante" (giudice o arbitro) alla domanda: ossia decisione.

²L'argomento aveva una evidente carica ideologica di esaltazione dell'intangibilità del diritto soggettivo, di cui l'azione era considerata diretta emanazione.

³Giurisdizione civile che, intesa in senso ampio, comprende anche l'arbitrato. Tanto è vero che, come vedremo, l'appartenenza di una controversia alla cognizione del giudice ordinario o dell'arbitro costituisce questione di competenza e non di giurisdizione.

del giudice⁴, giustificando l'idea che il processo non sia di parte e delle parti, ma che il giudice sia ormai il *dominus* assoluto del processo.

Ciò chiarisce le ragioni per le quali fare cenno a tali principi fondamentali e generali del processo in questa sede: l'arbitrato – sul quale la recente riforma ha pure inciso – resta un ambito di esplicazione della giurisdizione civile dove gli anzidetti principi fondamentali possono trovare e trovano in concreto la loro genuina espressione.

Il processo civile, dominato da una smania di efficientismo acceleratorio, perseguito, tuttavia, sempre e solo con il solito metodo delle decadenze e delle anticipazioni dei termini, nonché col vistoso irrobustimento dei poteri del giudice, sembra essere diventato un ambiente “ostile”, poco consono alla domanda di giustizia delle parti. Costi elevati e troppi rischi, senza alcun vantaggio in termini di certezza, efficienza e rapidità della risposta.

Al contrario, l'arbitrato, cui la riforma, codificando gli approdi cui era già pervenuta la giurisprudenza e la dottrina, ha riconosciuto esplicitamente pari dignità (basti pensare, a titolo di esempio, all'attribuzione agli arbitri della competenza cautelare, art. 818 c.p.c., e alla previsione esplicita della riassunzione della causa, di cui all'art. 819 *quater* c.p.c.), garantisce la massima esplicazione dei diritti e delle prerogative delle parti nel processo.

L'intera disciplina del processo arbitrale, che non è afflitta dalla smania efficientistica semplicemente perché l'efficienza ne costituisce un carattere intrinseco, è improntata alla massima espansione e salvaguardia dei poteri dispositivi delle parti e del contraddittorio (art. 816 bis c.p.c.), che ne costituisce il principale canone regolatore.

Se poi, ad esempio, si esamina il regolamento della Camera Arbitrale di Cagliari e Oristano, si potrà constatare come il valore di fondo sia sempre quello di salvaguardare le prerogative e le facoltà delle parti, la validità dei loro atti, anche ove formalmente carenti o intempestivi, purché abbiano comunque raggiunto lo scopo e non abbiano pregiudicato contraddittorio e parità di diritti delle parti. Ovvero, ancora una volta, un processo duttile ed equo, che privilegia la sostanza; che favorisce l'ingresso nel giudizio delle domande, delle allegazioni e delle difese di parte; che ha l'unica preoccupazione che le parti siano poste ad armi pari: gli arbitri “...devono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa”. Un processo che non cerca di perseguire l'efficienza introducendo ostacoli formali e decadenziali che limitino l'accesso alla giustizia, oppure che lo rendano azzardato; che non scoraggia la “domanda di giustizia”

⁴Basti pensare, tra le tante norme, al dettato dell'art. 183 bis c.p.c., secondo il quale “**Passaggio dal rito ordinario al rito semplificato di cognizione.** - All'udienza di trattazione il giudice, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria e sentite le parti, se rileva che in relazione a tutte le domande proposte ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell'articolo 281decies, dispone con ordinanza non impugnabile la prosecuzione del processo nelle forme del rito semplificato e si applica il comma quinto dell'articolo 281duodecies.”

minacciando sanzioni e introducendo gabelle.

La domanda di arbitrato

1. Domanda di arbitrato e domanda giudiziale

Venendo alla trattazione della disciplina della domanda di arbitrato e degli effetti che da essa scaturiscono, deva anzitutto aversi riguardo al dettato del nuovo art. 816 *bis*.1 c.p.c., introdotto dalla recentissima riforma Cartabia, entrata in vigore lo scorso 28 febbraio.

La norma in questione, rubricata “Domanda di arbitrato”, testualmente stabilisce che: *“La domanda di arbitrato produce gli effetti sostanziali della domanda giudiziale e li mantiene nei casi previsti dell'articolo 819 quater”*.

Si tratta di un'importante innovazione legislativa che risolve con una precisa scelta di diritto positivo la questione in passato ampiamente dibattuta se la domanda di arbitrato potesse essere equiparata ed avere gli stessi effetti della domanda giudiziale.

La domanda di arbitrato produce gli effetti sostanziali della domanda giudiziale e li mantiene nei casi di trasmigrazione del processo davanti al giudice ordinario (artt. 816 *bis*.1 e 819 *quater* c.p.c.)

Lo scopo della norma è quello di parificare gli effetti della domanda di arbitrato a quelli della domanda giudiziale, mantenendoli vivi anche nel caso di trasmigrazione del processo avanti al giudice ordinario (o viceversa). Principio che garantisce a chi opti per l'arbitrato la piena tutela processuale tipica del giudizio ordinario.

La giurisprudenza era ormai da tempo giunta alla medesima conclusione. Tuttavia, la riforma, seppure destinata ad applicarsi ai procedimenti instaurati dopo il 28 febbraio 2023, offre una inequivocabile indicazione ermeneutica anche con riferimento ai procedimenti instaurati precedentemente, ove la questione degli effetti sostanziali e processuali della domanda avesse ancora rilievo.

In passato, come si diceva, dottrina e giurisprudenza, si erano impegnate a lungo nel dibattito sul concetto di domanda di arbitrato, sulla differenza tra l'effetto della nomina degli arbitri e la formulazione dei quesiti e sulle diverse conseguenze di ciascuno degli atti in cui si articola la fase introduttiva del procedimento arbitrale.

Dibattito non totalmente superato dell'introduzione del dettato dell'art. 816 *bis* c.p.c., il quale afferma la parificazione degli effetti, tuttavia non definisce cosa si debba intendere per “domanda di arbitrato”, lasciando aperto il problema.

In altri termini, resta da capire cosa esattamente si intenda qualificabile come “domanda di arbitrato”, atteso che il codice di rito, a differenza che per la domanda giudiziale (art. 163 c.p.c.) non ne detta

una disciplina positiva.

Si tratta di un tema che ha da sempre creato notevoli problemi interpretativi ancora attuale e potenzialmente determinanti per stabilire da quale momento si instauri il procedimento e si producano gli effetti sostanziali e processuali della domanda.

Può accadere, infatti, che vengano nominati gli arbitri, ma che la materia del contendere e le pretese dell'attore siano declinate in maniera ancora generica. Cioè, che non risultino ancora ben identificati *petitum* e *causa petendi*, in attesa che l'organo arbitrale stabilisca in accordo con le parti il regolamento del giudizio e assegni alle stesse parti i termini per la definizione dei quesiti, cioè il contenuto delle domande sulle quali l'arbitrato dovrà decidere.

Cercando di dare una risposta pratica al problema, si ritiene possieda i requisiti della domanda di arbitrato l'atto con il quale la parte attivante: (a) esprime l'intenzione di promuovere un giudizio arbitrale; (b) manifesta una pretesa nei confronti della controparte (con indicazione almeno sommaria del titolo e delle ragioni della pretesa); (c) nomina l'arbitro o gli arbitri di propria competenza (secondo le regole contenute nell'accordo, a meno che i nomi degli arbitri non siano già indicati nello stesso). Sul piano del diritto positivo, un conforto a tale ricostruzione lo si rinviene nell'art. 2652 ultimo comma c.c. (aggiunto dalla riforma del 1994), che disciplina la trascrizione della domanda di arbitrato⁵.

La domanda, pertanto, come già chiarito, non deve necessariamente contenere una precisa formulazione dei quesiti. Infatti, anche laddove si limiti ad una sommaria ma inequivoca indicazione di quale sia la materia del contendere, il collegio arbitrale può fissare un termine per la precisazione dei quesiti⁶.

Peraltro, in ragione della libertà e duttilità propria dell'istituto, l'oggetto dell'arbitrato ha l'attitudine ad espandersi nel corso del procedimento, atteso che sarà quello che verrà specificato nella precisazione dei quesiti sottoposti agli arbitri e non quello genericamente indicato nella clausola o nella domanda di arbitrato. Tanto più che si ritiene che la cognizione degli arbitri si estenda (v. anche il dettato dell'art. 819 c.p.c.), salvo eventuali e precisi limiti legali, a qualsiasi aspetto della vicenda, che risulti rilevante per stabilire se e in quale misura la pretesa fatta valere da una parte sia fondata⁷.

Secondo la giurisprudenza, la notifica della nomina dell'arbitro esprime la chiara volontà di instaurare il giudizio arbitrale (v. art. 2652 ultimo comma c.c.).

Si può pertanto ritenere che la data della notifica di tale atto di nomina determina il momento a partire

⁵Art. 2652 ultimo comma c.c. "...Alla domanda giudiziale è equiparato l'atto notificato con il quale la parte, in presenza di un compromesso o di una 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."

⁶Cass. 31 gennaio 2007 n. 2201.

⁷Cass. 22 marzo 2013 n. 7282.

dal quale si producono i tipici effetti della domanda giudiziale⁸.

Il giudizio arbitrale è pendente, a ogni effetto di legge, dal momento in cui una delle parti notifica all'altra la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina del proprio arbitro di parte⁹.

In materia di arbitrato amministrato, va ricordato i regolamenti di norma disciplinano la fase introduttiva: il regolamento della Camera Arbitrale di Cagliari e Oristano, all'art. 8, prevede una disciplina specifica e articolata della domanda di arbitrato sul modello dell'atto introduttivo del giudizio ordinario, che non lascia dubbi sul momento in cui si instaura il procedimento arbitrale.

Senza alcuna sanzione della nullità, per il caso di mancanza di uno degli elementi indicati, proprio a garanzia della conservazione del procedimento arbitrale, con il fine di assicurare alla parte istante l'effettività della tutela sostanziale.

Per l'attivazione del giudizio arbitrale sono previste alternativamente due modalità, ovvero mediante notificazione alla controparte e successivo deposito presso la segreteria della Camera Arbitrale o mediante preventivo deposito della domanda presso la segreteria e successiva notifica alla parte convenuta, in taluni casi a cura della stessa segreteria, da eseguirsi nel termine di cinque giorni dal deposito stesso.

Ovviamente, nel primo caso l'instaurazione del giudizio corrisponderà al momento di perfezionamento della notificazione dell'atto di attivazione. Di conseguenza, gli effetti della domanda, in particolare, per esempio, l'effetto interruttivo della prescrizione, risaliranno a tale momento. Per tale ragione, si tratta di una modalità preferibile ogniquale sia prioritario provocare immediatamente la produzione di tali effetti sostanziali, come l'interruzione della prescrizione.

Nel caso alternativo, di preventivo deposito dell'atto di attivazione, sarà da tale momento che si produrranno – per la parte che lo effettua – gli effetti tipici della domanda.

2. La notifica della domanda di arbitrato

In merito alla notifica valgono evidentemente le regole generali. Pertanto, la notifica della domanda potrà essere eseguita via posta elettronica certificata, se l'atto riguarda soggetti il cui indirizzo pec risulti dal Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE), dall'Indice dei domicili digitali della Pubblica Amministrazione e dei Gestori di Pubblici Servizi (IPA) o dall'Indice Nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti (INIPEC), che rappresentano le directory degli indirizzi di posta elettronica certificata alle quali è riconosciuta valenza ufficiale

⁸V. Cass. 25/07/2002 n. 10922, che nella sua motivazione precisa che il sistema normativo introdotto con la riforma del 1994 in materia di trascrizione, prescrizione e introduzione del giudizio di merito a seguito di accoglimento di una misura cautelare, esprimono chiaramente l'orientamento del legislatore a voler dare certezza sul *dies a quo* dell'inizio del giudizio arbitrale.

⁹Cass. 21 luglio 2004 n. 13516; Cass. 8 aprile 2003 n. 5457.

dalla giurisprudenza; tramite ufficiale giudiziario in tutti gli altri casi in cui il destinatario della domanda non sia un soggetto che abbia un domicilio digitale risultante da tali registri.

Con riferimento all'arbitrato amministrato, come si diceva, i regolamenti possono prevedere che la domanda di arbitrato si introduca con il deposito presso l'organismo e che la notifica segua, anche tramite raccomandata con avviso di ricevimento (art. 8 regolamento della Camera Arbitrale di Cagliari e Oristano).

Viene tuttavia sempre ribadita la clausola di salvaguardia, secondo la quale *"...Il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma, sui limiti e sullo schema informatico dell'atto non può mai determinare la nullità quando questo ha comunque raggiunto lo scopo."* Principio che viene costantemente riaffermato nell'intero regolamento e che esprime l'apprezzabile esigenza di garantire alle parti l'effettività della tutela sostanziale, mai subordinata all'ossequioso rispetto delle forme, purché siano garantiti il raggiungimento dello scopo dell'atto e il rispetto dei diritti delle parti in condizioni di parità.

Una sensibilità verso la tutela sostanziale dei diritti delle parti che, in materia di procedimento arbitrale, sembra si rinviene anche nella giurisprudenza di legittimità, laddove, fermo restando il rispetto del fondamentale principio del contraddittorio, si è considerata sanabile mediante rinnovazione della stessa, la notifica della domanda di arbitrato a un soggetto non legittimato¹⁰.

Tuttavia, ai fini della notifica della domanda di arbitrato resta sempre preferibile l'impiego di strumenti che permettano di avere una certezza in ordine alla conformità all'originale della copia notificata.

In riferimento all'arbitrato societario, va ricordato che alla notifica della domanda deve seguire il deposito della stessa presso il registro delle imprese (oggi previsto dal nuovo art. 838 *bis* c.p.c.¹¹), deposito avente efficacia dichiarativa. Ma anche in questo caso, gli effetti della domanda discendono dalla notificazione dell'atto introduttivo e non da altri adempimenti.

Effetti sostanziali della domanda di arbitrato

Come anticipato, dalla domanda di arbitrato discendono, ai sensi del disposto dell'art. 816 *bis*.1 c.p.c. gli effetti della domanda giudiziale. Non vi è quindi alcun dubbio che la domanda di arbitrato sia atto idoneo a interrompere la prescrizione ai sensi dell'art. 2943 del Codice civile.

Come sopra già ricordato, le incertezze sui caratteri della domanda arbitrale potrebbero lasciare dubbi sulla precisa determinazione dei requisiti minimi identificativi dell'atto.

Tuttavia, richiamando quanto già sopra chiarito, si ritiene che l'atto che esprima l'intenzione della

¹⁰Cass Civ. n. 8331/2018.

¹¹Che corrisponde, senza modifiche del contenuto, all'art. 34 D.lgs. 5/2003

parte attivante di promuovere un giudizio arbitrale; manifesti una pretesa della parte attivante nei confronti della controparte; nomini l'arbitro o gli arbitri di propria competenza, non possa lasciare dubbi in merito alla sua identificabilità come domanda arbitrale, idonea a produrre gli effetti della domanda giudiziale.

L'espressa parificazione normativa, ex art. 816 *bis*.1 c.p.c., della domanda di arbitrato alla domanda giudiziale, a sua volta, non può lasciare dubbi in merito al fatto che, oltre all'effetto interruttivo, dalla domanda di arbitrato discenda anche l'effetto sospensivo della prescrizione, che si protrae fino al momento della definizione del giudizio.

Il meccanismo è ben noto agli avvocati e consiste nel fatto che all'effetto interruttivo immediato – tipico di un qualsiasi atto interruttivo (es. diffida ad adempiere), a seguito del quale il termine riprende a decorrere dal giorno successivo all'atto interruttivo – si sommi dell'interruzione “protratta”. Ossia, l'effetto in virtù del quale la prescrizione non ricomincia a decorrere dal giorno successivo all'atto interruttivo (che in tale caso è costituito dalla domanda di arbitrato), né decorre in corso di giudizio, ma rimane sospesa finché non sia passata in giudicato la decisione che lo definisce o sia stata dichiarata l'estinzione del giudizio¹².

La Cassazione, anche prima della riforma, con sentenza del 2022 n. 6322, era giunta alla medesima conclusione, affermando che il dettato dell'art. 2945 II comma, si applicasse anche all'arbitrato. Con la conseguenza che, ove a seguito della proposizione della domanda di arbitrato, il giudizio arbitrale non avesse proseguito, l'effetto interruttivo protratto persisterebbe fintanto che non sia stata dichiarata l'estinzione del giudizio.

In tale caso, pertanto, la parte che abbia interesse a giovare della prescrizione avrà l'onere di ottenere una dichiarazione di estinzione del giudizio per evitare il rischio che la prescrizione resti sospesa.

2. Trascrizione della domanda di arbitrato

Come già ricordato, ai sensi dell'art. 2652 ultimo comma c.c., alla domanda giudiziale è equiparato l'atto notificato con il quale la parte, in presenza di un compromesso o di una 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.

Alla luce del disposto dell'art. 816 *bis*.1 c.p.c. introdotto dalla riforma Cartabia, la previsione dell'ultimo comma dell'art. 2652 c.c., potrebbe sembrare quasi superflua, attesa la perfetta equiparazione della domanda di arbitrato.

¹²In realtà, con la riforma del 1994 era stato inserito nell'art. 2945 c.c., un ultimo comma che si riferiva specificamente all'arbitrato. Norma che sembra superata dall'introduzione del dettato dell'art. 818 c.p.c., che parificando la domanda di arbitrato alla domanda del giudizio sotto il punto di vista di tutti gli effetti sostanziali che ne scaturiscono, non può non comprendere anche la previsione di cui al secondo comma dello stesso art. 2945 c.c.

Ciò significa che tutti i contenziosi relativi ai diritti controversi per i quali è prevista la trascrizione della domanda giudiziale saranno soggetti allo stesso regime del contenzioso ordinario.

Sul piano pratico significa che la trascrizione della domanda garantisce alla parte titolare del diritto controverso il c.d. “effetto prenotativo” sul diritto. Quindi, oltre a rendere conoscibile ai terzi l'esistenza di una controversia sulla titolarità del diritto su un determinato bene immobile, assicura all'attore che l'effetto dell'accoglimento della domanda retroagisca al tempo della sua proposizione e trascrizione.

Ciò vuol dire che l'eventuale trascrizione di atti pregiudizievoli successivamente alla (diligente) trascrizione della domanda di arbitrato, non potrà pregiudicare l'attore che vedrà successivamente accolta la propria domanda.

Sempre sul piano pratico, per colui che promuova un procedimento di arbitrato in materia soggetta alla trascrizione della domanda, si pone il problema di disporre di un atto idoneo alla trascrizione, da presentare al Conservatore del RR.II.

A tale fine sarà anzitutto indispensabile che l'atto contenga tutti i requisiti e le indicazioni indispensabili all'esatta identificazione del bene immobile che ne forma oggetto, così come richiesto per qualsiasi atto soggetto a trascrizione (identificativi catastali etc.).

Nel caso del compromesso, la mancanza di forma adeguata a renderlo trascrivibile potrebbe essere risolto predisponendo una scrittura in forma autenticata o provvedendo alla notifica dello stesso atto, pur non necessaria al fine dell'introduzione del procedimento¹³.

Nel caso di rigetto della domanda, la parte vittoriosa dovrà chiedere la cancellazione della trascrizione, tramite esecutorietà del lodo ai sensi dell'art. 825 c.p.c., previo accertamento da parte del Tribunale della regolarità formale dello stesso.

3. Domanda di arbitrato ed efficacia della misura cautelare

In argomento deve anzitutto tenersi conto dell'importante novità introdotta dalla riforma Cartabia che, per i procedimenti arbitrali instaurati dopo il 28 febbraio 2023, ha attribuito alle parti il potere di conferire agli arbitri il potere di concedere misure cautelari (art. 818 1° comma c.p.c.), a condizione che: (a) l'arbitro unico abbia già accettato l'incarico, ovvero il collegio arbitrale si sia già costituito (art. 818 2° comma c.p.c.); (b) vi sia una previa espressa volontà delle parti, manifestata nella convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo o anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali, purché anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale (art. 818 1° comma c.p.c).

Tuttavia, prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale, la

¹³Farina D., Atti del "*SEMINARIO SULL'ARBITRATO INTERNO E INTERNAZIONALE*" SESSIONE DEL 14 LUGLIO 2022 - "La domanda e la risposta di arbitrato" – pubblicato sul sito della Camera Arbitrale di Cagliari e Oristano.

domanda cautelare si propone al giudice che sarebbe competente a conoscere della causa, se non vi fosse stato l'accordo d'arbitrato (art. 818 2° comma c.p.c.).

Secondo quanto chiarito dalla Relazione Illustrativa del D.lgs. n.149/2022, al fine di evitare pericolose sovrapposizioni e duplicazioni di tutela, è stato previsto che mentre prima dell'instaurazione del processo arbitrale, la competenza a emanare provvedimenti cautelari continua a rimanere appannaggio esclusivo dell'autorità giudiziaria ordinaria, una volta che il processo arbitrale sia iniziato e l'organo arbitrale si sia regolarmente costituito (in modo tale da consentire una sollecita risposta alla richiesta di tutela cautelare formulata dalla parte), o comunque, nel caso di arbitro unico, questi abbia accettato la nomina, ove le parti abbiano inteso attribuire agli arbitri tale potere, lo stesso viene attribuito integralmente e in via esclusiva agli stessi arbitri.

Ciò significa, per quanto qui particolarmente rileva, che ogniqualevolta sia stata concessa una misura cautelare dal Tribunale e ai fini del mantenimento dell'efficacia della misura occorra l'introduzione del giudizio di merito nel termine di legge, a tenore del dettato dell'art. art. 669 *octies* comma 5° c.p.c., il giudizio arbitrale è equiparato al giudizio ordinario e consente di mantenere l'efficacia della misura cautelare.

Ciò si raccorda perfettamente con la previsione espressamente introdotta dalla riforma secondo cui la domanda di arbitrato produce gli effetti sostanziale della domanda giudiziale (art. 816 *bis*.1 c.p.c.).

In applicazione dei principi sopra illustrati, sarà quindi necessario che la parte ricorrente proceda alla notifica della domanda di arbitrato (o al deposito presso l'organismo che presiede l'arbitrato amministrato) nel termine fissato dal giudice o nel termine di 60 giorni dal provvedimento di accoglimento.

Un sistema di raccordo tra processo ordinario e processo arbitrale, che costituisca un ulteriore, chiara ed inequivocabile prova della pari dignità assunta dal processo arbitrale.

Resta il dubbio se, in caso di rigetto della domanda di merito, sia onere della parte vittoriosa chiedere al Tribunale che aveva ammesso la cautela *ante causam* la cessazione dell'efficacia della misura cautelare, attraverso il procedimento di cui all'art. 825 c.p.c. in combinato disposto con l'art. 669 *novies* c.p.c. Oppure se, instaurato il giudizio arbitrale, tale potere transiti invece nelle mani degli arbitri (ovviamente, nel caso in cui sussista l'attribuzione agli arbitri del potere cautelare a norma dell'art. 818 c.p.c.). Cioè, se gli arbitri, rigettando la domanda di merito, dispongano anche degli effetti del provvedimento cautelare preventivamente concesso dal Tribunale.

4. Altri effetti sostanziali della domanda di arbitrato

Tra gli altri effetti sostanziali della domanda di arbitrato ovviamente rientra l'interruzione dell'usucapione. Inoltre, dal tempo della proposizione della domanda di arbitrato decorreranno: il

diritto alla percezione dei frutti da parte del proprietario rivendicante nei confronti del possessore di buona fede, ai sensi dell'art. 1148 c.c.; la produzione di interessi legali al tasso maggiorato previsto dalla legge speciale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali ex art. 1284 4° comma c.c.; la produzione di interessi anatocistici ai sensi dell'art. 1283 c.c., etc.

La proposizione della domanda di arbitrato impedisce la maturazione delle decadenze. L'esempio più significativo è probabilmente quello dell'impugnazione della delibera assembleare entro il termine di 90 giorni previsto dalla legge, allorché sia prevista la competenza arbitrale.

Anche al riguardo, l'orientamento consolidato della giurisprudenza, dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 2013, era già nel senso di equiparare la notifica della domanda di arbitrato alla domanda giudiziale. La questione deve ritenersi definitivamente superata per effetto della riforma che ha introdotto il più volte ricordato principio di equiparazione, stabilito all'art. 816 *bis*.1 c.p.c., che ha definitivamente risolto ogni ipotetico dubbio residuo.

Tanto più che anche la domanda proposta davanti a un giudice (o arbitro) incompetente è idonea a soddisfare la decadenza, essendo possibile riassumere la causa davanti all'organo competente ai sensi del disposto dell'art. 819 *quater* c.p.c.

E tale principio, potendosi considerarsi il riconoscimento di una opzione ermeneutica già precedentemente emersa, come tale, è applicabile anche ai procedimenti già pendenti prima del 28 febbraio 2023.

Effetti processuali

1. Litispendenza

Semplificando il più possibile, se la domanda di arbitrato è totalmente parificata alla domanda giudiziale sotto il profilo degli effetti sostanziali, non si vede ragione perché la stessa equiparazione non debba sussistere anche sotto il profilo degli effetti processuali.

In realtà, in argomento sussistono delle incertezze che derivano dalle evidenti differenze tra procedimento arbitrale e procedimento civile.

In linea generale si può ritenere che, come la notifica dell'atto introduttivo del giudizio ordinario, determina il momento della litispendenza, così anche la domanda di arbitrato (intesa come atto contenente la volontà di promuovere il giudizio, la nomina di arbitro etc.) ha il medesimo effetto, non solo sostanziale, ormai espressamente riconosciuto dalla legge (art. 816 *bis*.1 c.p.c.), ma anche processuale.

L'orientamento dominante è infatti nel senso della equiparazione della domanda introduttiva del giudizio arbitrale alla domanda giudiziale anche sotto tale profilo, come l'evoluzione legislativa

sembrerebbe avallare.

Tutti gli esempi sopra illustrati, nei quali è ravvisabile un parallelismo tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario (trattati come fenomeni processuali omogenei), ne costituiscono una chiara dimostrazione: la disciplina della trasmigrazione del giudizio delineata dall'art. 819 *quater* c.p.c.; il rapporto tra giudizio cautelare e quello di merito, in virtù del disposto dell'art. 669 *octies* 5° comma c.p.c., secondo cui la notifica della domanda di arbitrato identifica il momento in cui viene introdotto il giudizio di merito, che garantisce gli effetti del provvedimento cautelare concesso.

Anche la sospensione del termine per la pronuncia del lodo durante la sospensione del giudizio arbitrale costituisce un indice evidente dell'effetto della litispendenza a seguito dell'introduzione del giudizio¹⁴.

Nell'arbitrato societario la litispendenza è determinata dalla notifica dell'atto introduttivo e non al deposito presso il registro delle imprese, che costituisce un adempimento di natura pubblicitaria.

Nell'arbitrato amministrato la questione del momento in cui si determina la litispendenza può essere influenzata dalla disciplina del regolamento. Ad esempio, quello della Camera Arbitrale di Cagliari e Oristano, che prevede l'introduzione del giudizio anche mediante deposito presso la segreteria, sembrerebbe ricollegare a tale momento la litispendenza.

2. Litispendenza in senso stretto

Seguendo la linea sopra tracciata, si potrebbe affermare che con la domanda di arbitrato si instauri un procedimento non più deferibile al giudice ordinario, al fine di evitare conflitto di giudicati.

Tuttavia, le cose non sembrano stare esattamente in questi termini: se la stessa controversia viene promossa davanti al giudice ordinario e davanti agli arbitri, a tenore dell'art. 819 *ter* c.p.c., “...*la competenza degli arbitri non è esclusa in caso di pendenza della stessa causa davanti al giudice*”. Ma l'eccezione di incompetenza del giudice, in ragione della convenzione di arbitrato, è eccezione di parte in senso stretto e deve essere proposta dal convenuto, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. In mancanza, per la (sola) causa che ne forma oggetto resta radicata la competenza del giudice ordinario, davanti al quale il procedimento proseguirà.

Se, dunque, non si ritiene applicabile il criterio di prevenzione previsto all'art. 39 c.p.c., resta aperto il problema del rischio del conflitto di giudicati. Secondo la pronuncia di un collegio arbitrale, il criterio di prevenzione non si applica, poiché in realtà, laddove sia competente il Giudice ordinario non è competente l'arbitro e viceversa¹⁵. Ancora, i poteri decisorii degli arbitri non sarebbero

¹⁴*Ex multis*: Cass. 25/07/2022 n. 10922.

¹⁵Coll Arb. Bari 22/06/2011;

pregiudicati dall'identità tra controversia arbitrale e controversia devoluta al giudice¹⁶.

Secondo un'altra non recente pronuncia, al fine di evitare un possibile conflitto di giudicati, se la causa oggetto del giudizio arbitrale è già pende davanti al giudice ordinario, l'arbitro, non potendo negare la sua competenza (art. 819 *ter* c.p.c.), né sospendere il processo arbitrale (essendo la sospensione ammessa solo in casi tassativi previsti dalla legge), deve rigettare la domanda come improcedibile «*allo stato degli atti*». Tale pronuncia non impedisce di riproporre la stessa domanda arbitrale¹⁷, ma non per la parte che ha proposto il giudizio ordinario, in quanto il suo comportamento rende manifesta la rinuncia ad avvalersi della clausola compromissoria¹⁸.

In sostanza, se lo stesso giudizio pende contemporaneamente davanti agli arbitri e davanti al giudice, la disciplina della litispendenza non sembrerebbe applicabile.

La Giurisprudenza di legittimità ha aggirato il problema sostenendo che la natura privata del giudizio arbitrale escluda il rischio di conflitto di giudicati¹⁹.

Il punto debole di tale pronuncia è evidente: non fornisce un criterio per scongiurare il rischio di contrasto di giudicati, soprattutto con riferimento alle questioni di merito il cui accertamento potrebbe essere considerato giudicato interno.

Il criterio di prevenzione, come accennato, è invece ritenuto applicabile ai rapporti fra due giudizi arbitrali, prevalendo il giudizio introdotto per primo, secondo il criterio della anteriorità della notificazione della domanda introduttiva.

3. Connessione

Molto brevemente, in argomento si può osservare che a tenore del disposto dell'art. 819 *ter* c.p.c. nel caso di pluralità di domande rispetto alle quali la competenza arbitrale sussista solo per alcune di esse, le domande non possono essere trattate in un unico procedimento.

Non è previsto un principio di economia processuale che determini l'attrazione di tutte le più domande, seppure tra loro connesse, in un unico procedimento davanti al medesimo organo (giudice o arbitro). Fatto salvo il caso in cui la competenza si radichi presso il giudice adito, in quanto le parti rinunzino all'arbitrato, non sollevando la relativa eccezione²⁰.

Pertanto, se la controversia deferita agli arbitri è connessa a una causa già pendente davanti al giudice ordinario, la competenza dei arbitri non è esclusa (art. 819 *ter* c.p.c.), non essendo possibile che

¹⁶Collegio Arb. 25 giugno 2001.

¹⁷App. Napoli 29 settembre 1997.

¹⁸Cass. 15 luglio 2004, n. 13121.

¹⁹Cass. Civ. 2147 del 6/10/2020.

²⁰Così anche la giurisprudenza: Cass Civ. sez. I, 15/02/2013, n.3826; Trib Palermo 2808/2019 n. 3884.

l'arbitro dichiara la propria incompetenza per assorbimento in quella del giudice ordinario²¹.

Analogamente, quanto una causa pendente davanti al giudice ordinario sia connessa ad altra pendente davanti agli arbitri, non si determina l'attrazione della prima nella competenza dei secondi²², ma occorre verificare la sussistenza della competenza arbitrale in riferimento a ogni specifica domanda per la quale si prospetta l'incompetenza²³.

Astrattamente, è invece possibile che più cause tra loro connesse, ma pendenti davanti ad arbitri diversi, siano riunite davanti a uno. Tuttavia, non essendo la fattispecie espressamente regolata è scarsamente plausibile, considerate le notevoli difficoltà pratiche che ne derivano, le quali possono trovare un'effettiva soluzione solo sul piano della volontà delle parti, che dovrebbero accordarsi per la riunione dei procedimenti davanti ad uno degli organi arbitrali attivati.

4. Perpetuatio iurisdictionis

L'art. 5 del codice di rito prevede che la giurisdizione e la competenza si determinano sulla base della legge vigente al momento della proposizione della domanda.

Considerata la parificazione degli effetti della domanda di arbitrato alla domanda giudiziale, non possono residuare dubbi sull'applicabilità all'arbitrato del disposto dell'art. 5 c.p.c., intendendosi quale momento introduttivo del giudizio arbitrale quello della notifica (deposito, ove previsto), dell'atto di nomina di arbitro²⁴.

La memoria di risposta

A mente dell'art. 810 c.p.c., con la domanda di arbitrato, contenente la nomina di arbitro, la parte attivante invita la parte convenuta a procedere alla designazione del proprio. La parte cui è rivolto l'invito deve provvedervi entro i venti giorni successivi, mediante notifica per iscritto delle generalità dell'arbitro nominato.

Altrimenti, la nomina dell'altro arbitro potrà essere richiesta al Presidente del Tribunale del circondario ove ha sede l'arbitrato, o del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato, qualora le parti non ne abbiano già determinato la sede (art. 810 2° comma c.p.c.).

²¹Cass. 12 novembre 1998 n. 11436.

²²Cass. 3 settembre 2007 n. 18525, Cass. 21 luglio 2004 m. 13516, Cass. 11 ottobre 2002 n. 14458;

²³Cass. 22 ottobre 2018 n. 26553, Cass. 10 gennaio 2017 n. 307, Cass. 15 febbraio 2013 n. 3826, Trib. Palermo 28 agosto 2019 n. 3884.

²⁴Cfr. Cass. Civ. 30/11/2012 n. 18671, Cass. Civ. sez. I, 08/01/2014, n.132 e da ultimo Cass. SS. UU. 30/10/2019, n.27847, che si è pronunciata in ordine al rapporto tra giurisdizione arbitrale e giurisdizione del giudice amministrativo su controversie inerenti a diritti soggettivi, e ha ritenuto, in conformità con l'orientamento già precedentemente espresso dalle Sezioni Unite, che le questioni inerenti alla devoluzione di una controversia avente ad oggetto diritti soggettivi, se pure su materie assoggettate alla Giurisdizione del Giudice amministrativo, è questione di giurisdizione, e quindi da risolvere con regolamento di giurisdizione, e non attraverso un giudizio di nullità della clausola compromissoria.

La legge disciplina espressamente il procedimento da seguire per l'instaurazione del giudizio arbitrale, per superare l'eventuale inerzia della parte convenuta.

In proposito va segnalato l'inciso introdotto dalla riforma Cartabia in seno al dettato dell'art. 810 3° comma c.p.c., dove è ora espressamente previsto che, allorquando provvede alla nomina richiestagli, la nomina stessa “...avviene nel rispetto di criteri che assicurano trasparenza, rotazione ed efficienza e, a tal fine, della nomina viene data notizia sul sito dell'ufficio giudiziario.”

L'arbitrato, come risulterà ormai chiaro, è comunque una procedura giurisdizionale caratterizzata da ampia libertà delle forme. Essenziale è che gli arbitri garantiscano la pienezza del contraddittorio e concedano alle parti equivalenti e ragionevoli possibilità di difesa (art. 816 bis c.p.c.). Devono pertanto consentire alle parti di dedurre e controdedurre, assegnare loro termini per presentare memorie e prove ed esporre le proprie repliche²⁵, pena la nullità del lodo arbitrale²⁶ per violazione, appunto, del principio del contraddittorio.

Fermi restando tali principi, al fine di conoscere quali forme sia tenuto ad osservare il convenuto nel costituirsi in giudizio, bisogna anzitutto avere riguardo al contenuto della clausola arbitrale e la disciplina in essa contenuta.

Nel caso di arbitrato amministrato, sarà il regolamento dell'organismo a stabilire le regole anche in argomento. Analogamente a quanto previsto per la parte attivante, il regolamento della Camera di Commercio di Cagliari e Oristano detta all'art. 9 (Memoria di risposta) una disciplina articolata degli adempimenti cui è tenuto il convenuto, dei termini²⁷ e anche del contenuto dell'atto. Fermo restando che, come sempre, il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma, sui limiti e sullo schema informatico dell'atto non può mai determinare la nullità, quando questo ha comunque raggiunto lo scopo (art. 9, 5° comma, regolamento). Profilo che è di particolare interesse perché evidenzia un tratto essenziale della giustizia arbitrale, quello di tendere a garantire che il procedimento giunga ad una decisione di merito, attraverso la piena esplicitazione delle prerogative dialettiche e difensive delle parti.

Nel giudizio arbitrale è sempre possibile proporre domanda riconvenzionale, mediante la memoria di risposta.

In merito alla domanda riconvenzionale si possono fare le stesse osservazioni già svolte con in riferimento agli effetti sostanziali e processuali della domanda, alle quali, pertanto, si rimanda.

Va aggiunto che – in considerazione di quanto già detto sulla piena libertà del rito, tale da non imporre decadenze e da consentire anche successivamente alla formazione del collegio il perfezionamento

²⁵Cass. 21 settembre 2004 n. 18918, Cass. 21 settembre 2001 n. 11936.

²⁶Cass. 27 ottobre 2004 n. 20828, Cass. 23 giugno 2000 n. 8540.

²⁷“...La costituzione deve avvenire mediante trasmissione direttamente alla controparte o deposito presso la segreteria entro 30 giorni dalla ricezione della domanda di arbitrato...”

delle difese – si ritiene che nell'arbitrato sia ammissibile anche l'ampliamento e la modificazione degli originari quesiti, non solo con la prima memoria, ma anche con memorie successive, purché, in ossequio al fondamentale canone del contraddittorio e sia quindi garantito alla controparte il diritto di difendersi e replicare²⁸.

Naturalmente, per evitare che il procedimento arbitrare resti in balia di un continuo rilancio di memorie e repliche che allargano e rendono continuamente mobile il *tema decidendum*, sarà necessario che l'arbitro fissi delle regole che, nel rispetto della pienezza del contraddittorio²⁹, conducano alla cristallizzazione dell'oggetto del giudizio.

In tale ottica, in maniera del tutto condivisibile, sono stati ritenuti inammissibili, siccome violano il diritto di difesa della controparte, i quesiti formulati per la prima volta con la comparsa conclusionale, che è per sua natura destinata solo a illustrare le ragioni delle pretese e delle richieste delle parti, sono tardivi e inammissibili³⁰. La modificazione o l'integrazione della domanda, infatti, deve in ogni caso garantire il rispetto del principio di tutela del contraddittorio, inteso come norma di ordine pubblico³¹.

Altro problema attiene al fatto che, per essere introdotta in seno all'arbitrato, la domanda riconvenzionale deve appartenere alla competenza arbitrale. Cioè, deve rientrare nell'alveo della cognizione arbitrale delineata dalla clausola arbitrale o dal compromesso. Altrimenti, varranno le regole poste dall'art. 819 *ter* c.p.c., già sopra illustrate: l'arbitro dovrà dichiarare la propria incompetenza e la causa relativa alla domanda riconvenzionale dovrà essere riassunta e decisa in separato processo, da un giudice ordinario³².

La chiamata di terzo da parte del convenuto è astrattamente possibile. Tuttavia, è subordinata a diverse condizioni: che la struttura dell'arbitrato consenta la pluralità di parti; che vi sia l'accordo delle parti e del terzo; che vi sia il consenso degli arbitri (art. 816 *quinquies* 1° comma c.p.c.).

Pertanto, la chiamata di terzo postula che la convenzione di arbitrato contenga meccanismi di salvaguardia del contraddittorio. Ad esempio: gli arbitri sono nominati da un terzo; gli arbitri sono nominati d'accordo da tutte le parti; il terzo chiamato può nominare arbitri in numero uguale alle altre parti (parte proponente e convenuto) etc.

In mancanza di tali condizioni, la partecipazione del terzo al giudizio è inammissibile e per la trattazione delle relative domande dovrà essere instaurato un giudizio separato.

Dubbi riguardano l'ipotesi in cui la chiamata riguardi un litisconsorte necessario. Secondo quanto deciso da un Collegio arbitrale, l'intervento del litisconsorte necessario deve sempre essere ammesso.

²⁸Cass. 31 gennaio 2007 n. 2201; Cass. 7 febbraio 2001 n. 1731.

²⁹Sulla violazione del contraddittorio come conseguenza solo a una concreta violazione del diritto di difesa (Cass. 31 gennaio 2007 n. 2201).

³⁰Cass. 21 settembre 2004 n. 18918.

³¹Cass. 11 luglio 2003 n. 10910, App. Firenze 7 marzo 2006 n. 446.

³²Cass. del 22/10/2018 n. 26553.

Tuttavia, qualora non sia possibile procedere secondo i criteri stabiliti dall'art. 816 *quater*, l'arbitrato non è procedibile³³. Cioè, l'eventuale impossibilità di consentire la partecipazione del litisconsorte necessario inficerebbe la perseguibilità dell'arbitrato che, in mancanza del litisconsorte, nascerebbe viziato.

Naturalmente, in ossequio al canone del contraddittorio, a fronte della proposizione da parte del convenuto di domande riconvenzionali e di articolate difese, gli arbitri dovranno necessariamente garantire alla parte proponente adeguati termini per deliberare e per controdedurre.

Nell'arbitrato amministrato e, in particolare, nel regolamento della Camera Arbitrale di Cagliari e Oristano, l'intera fase introduttiva del giudizio, ivi compresa la costituzione del convenuto, la domanda riconvenzionale e la chiamata di terzo, è compiutamente disciplinata agli artt. 8, 9 e 10, alla cui lettura si rimanda per i dettagli.

Conclusioni

Le conclusioni rimandano a quanto detto in premessa e, ancor prima, al momento dei saluti introduttivi del seminario.

L'arbitrato rappresenta un formidabile strumento di amministrazione alternativa della giustizia. Particolarmente adatto per dare risposta, in alternativa alla giustizia ordinaria, a quella consistente porzione di domanda di giustizia proveniente dalla società civile che non trova soddisfazione e soluzione in sede di composizione negoziale (cioè, essenzialmente, nella mediazione e nella negoziazione assistita), ma che necessita di un approccio di natura giurisdizionale; cioè, della decisione di un giudice terzo, attraverso un processo in contraddittorio.

I suoi tratti migliori sono di incarnare i principi cardine della giurisdizione civile e di essere orientato a garantire una tutela sostanziale, assicurando la massima espressione della dialettica processuale, con la più ampia possibilità di allegare, dedurre, controdedurre e replicare, di provare e fornire prova contraria, con l'unico cruccio di garantire l'attuazione del principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa. Al riparo da rigidità formali e dai poteri officiosi del giudice, che indeboliscono la dialettica delle parti e depotenziano il principio dispositivo, trasformando il giudizio, da processo di parte a processo del giudice. Un processo governato, istruito e guidato dal giudice d'autorità, indirizzato a un esito secondo l'idea che lo stesso giudice si è formato della materia del contendere: tutto ciò che può avervi ingresso è filtrato e selezionato secondo il criterio di non vedere eccessivamente appesantito il proprio lavoro da troppo materiale e, pertanto, di raccogliere solo quello che è ritenuto rilevante alla luce della stessa che ci si è formati della causa. La limitazione delle facoltà assertorie e difensive delle parti è ottenuta nelle strettoie del "rito

³³Collegio Arbitrale Milano 7/02/2011.

semplificato di cognizione” (che nella deformalizzazione del processo ha ridotto i momenti difensivi delle parti) e in un'oralità che “non lascia traccia”, tramite il controllo accentrato della verbalizzazione, anch'essa governata d'autorità. Una deviazione macroscopica dal modello dispositivo, di cui si intravedono tutti segnali nell'architettura della riforma e che vediamo attuata in qualche approccio concreto, di cui stiamo avendo diretta e non felice esperienza.

Ore 10.00 RELAZIONE DELL'AVV. DINO CAGETTI



Avv. Dino Cagetti

Esercita la professione forense dal 1996 nei settori del Diritto societario, Diritto commerciale, Diritto industriale e Diritto fallimentare e dal 2014 è abilitato al patrocinio avanti le Giurisdizioni Superiori.

E' autore di articoli e note a sentenza.

Svolge attività di docenza in diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Cagliari -Dipartimento di Scienze Economiche Aziendali e nella Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali.

Si occupa di diritto societario, commerciale e fallimentare sia in ambito contenzioso, giudiziale e arbitrale, che in sede stragiudiziale, con particolare riguardo ai seguenti settori: trasferimento di quote ed azioni, patti parasociali, conferimenti, impugnative di delibere assembleari, recesso ed esclusione del socio, responsabilità degli amministratori e liquidatori, revocatoria ordinaria e fallimentare, operazioni straordinarie, concordato preventivo, concorrenza sleale, tutela del marchio e degli altri segni distintivi.

Dal 1996 al 2002 ha collaborato con la cattedra di diritto commerciale presso la Facoltà di economia dell'Università degli Studi di Cagliari e dal 2011 al 2019 è stato docente a contratto di diritto commerciale dell'Università degli Studi di Cagliari presso la sede di Oristano.

E' autore di pubblicazioni sulle riviste "Giurisprudenza Commerciale" e "Banca, borsa e titoli di credito".

NOMINA DEGLI ARBITRI, LORO INDIPENDENZA, IMPARZIALITÀ E RICUSAZIONE

Il tema assegnatomi è piuttosto vasto ed ho quindi ritenuto, sia per economia del mio intervento che nell'auspicio che possa risultare di maggior interesse, di premettere alcuni rilievi generali sulle tematiche oggetto della relazione affidatami per poi soffermarmi sulle principali novità introdotte al riguardo dalla recente riforma di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 (in avanti "Riforma").

* * * * *

1. Cenni introduttivi

E' certo che la scelta della via arbitrale non va vista solo come uno strumento per ovviare ad una giustizia statale inefficiente a causa di difficoltà funzionali o, addirittura, per specifiche carenze di personale nella magistratura e per la congestione dei ruoli dei tribunali (situazioni ormai endemiche nel nostro paese e delle quali è probabile che tutto l'uditorio abbia esperienza anche diretta).

Il fenomeno dell'arbitrato, che origina e vede sempre centrale la volontà delle parti, va letto anche sotto ulteriori aspetti, in particolare quelli che attengono al rapporto fiduciario che lega le parti ai giudicanti in ragione di qualità eminentemente professionali di questi ultimi quali la competenza, e

naturalmente l'imparzialità, qualità che non si ritengono più appartenenti solo ad organi le cui funzioni sono delegate da un ente superiore quale lo Stato.

Almeno quando siano in gioco diritti disponibili (cfr. art. 806, 1° co., c.p.c.) è quindi sempre più sentita la necessità di affiancare all'autorità dello Stato e alla cogenza della sua giurisdizione, l'autorevolezza della giustizia dei privati. Il lodo rituale, come è noto, definisce un procedimento giurisdizionale a cui l'ordinamento riconosce, ex art. 824-*bis* c.p.c., gli stessi effetti della sentenza, essendo quindi il lodo suscettibile di assumere la forza di "cosa giudicata" ai sensi dell'art. 2909 c.c.

Se quindi la giurisdizione non è più tale in quanto esercitata da un'autorità statale, bensì un procedimento volto alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive ciò implica l'inderogabile rispetto di alcuni principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, in particolare di quello processuale, ma che hanno anche rilevanza costituzionale (art. 111 2° co., Cost.) e pure sovranazionale (art. 6 CEDU)³⁴ come quelli inerenti al contraddittorio tra le parti, al principio di parità delle stesse ed a quello di terzietà, indipendenza e imparzialità del giudice³⁵. Anche nel giudizio arbitrale, quindi, devono necessariamente trovare vigenza i principi del cd. "giusto processo" canonizzato dalle richiamate disposizioni che costituiscono la pietra angolare attraverso cui deve attuarsi la giurisdizione.

2. Sistemi di nomina degli arbitri ed uguaglianza delle parti

2.1. L'analisi dei meccanismi di nomina degli arbitri e dei principi sottesi ad essa rappresentano la base per entrare *in medias res*, cioè nel cuore della trattazione.

E' stato osservato che i principi di indipendenza e imparzialità dell'arbitro hanno la loro prima attuazione attraverso la regola dell'eguaglianza delle parti nella nomina³⁶.

L'esigenza che il giudizio arbitrale sia celebrato da un giudice terzo ed imparziale impone, ad esempio, di escludere la validità di previsioni negoziali nelle quali vi sia la prevalenza di una parte sull'altra nella formazione del collegio arbitrale. La volontà delle parti non è in grado di scardinare

³⁴ I quali rispettivamente recitano: (art. 111, 2° co. Cost.) *Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*; (art. 6 CEDU, 1° co., prima frase) *Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta*.

³⁵ Regole fondamentali che appartengono al c.d. «ordine pubblico processuale», concetto riferibile ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, non anche alle modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie (cfr. Cass., sez. I, 03.9.2015, n. 17519; Corte di giustizia UE, sez. I, 02/04/2009, in causa n. 394-2007, in *Foro it.*, 2009, 9, p. 382; da ultimo per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 25 ottobre 2018, in www.giurisprudenzadelleimprese.it).

³⁶ CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 729. Anche la Corte Costituzionale (Corte Cost., 09.02.2017, n. 30, in *Foro it.*, 2017, c. 1146) ha avuto modo di statuire che "...essendo l'arbitrato un modo di risoluzione di controversie tra i soggetti dell'ordinamento, alternativo alla devoluzione di esse al giudice ordinario su concorde volontà delle parti, una legge, la quale preveda la composizione del collegio arbitrale per la soluzione di controversie fra un soggetto pubblico ed un privato, non può far venir meno la caratteristica fondamentale dell'istituto secondo cui, se è dato ad una delle parti di designare uno o più componenti del collegio che deve decidere la controversia, pari facoltà deve essere concessa all'altra parte".

principi fondamentali che rispondono ad interessi di ordine pubblico perché troppo alto il rischio che l'arbitro, individuato con la volontà totale o prevalente di una parte rispetto alle altre, decida la causa secondo gli interessi di chi lo ha nominato. Diversamente è a dirsi nell'ipotesi in cui i contraenti attribuiscono consensualmente il potere di procedere alla nomina degli arbitri ad un terzo. In questo caso la scelta è certamente valida a condizione che il terzo presenti quei requisiti di terzietà che garantiscono l'imparzialità e l'indipendenza dell'arbitro che verrà designato.

2.2. Talvolta è lo stesso legislatore ad imporre che la nomina degli arbitri promani da un soggetto terzo: è questo il caso – di sicuro rilievo per la pratica professionale – del c.d. arbitrato societario.

Si richiama in proposito la disposizione imperativa contenuta nel “nuovo” art. 838-*bis*, 2° co., c.p.c., in forza della quale, ove nello statuto della società venga inserita una clausola compromissoria per la devoluzione in arbitrato delle controversie tra i soci ovvero tra i soci e la società, *La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società...*³⁷.

2.3. Soffermandoci ora sul disposto dell'art. 809 c.p.c. deve rilevarsi che questo risulta improntato alla preminenza della volontà delle parti ma con importanti correttivi che pongono dei limiti a quest'ultima in una duplice direzione: consentire all'arbitrato di giungere ad una decisione nel merito e rispettare il richiamato principio di rilevanza costituzionale per cui l'attività del giudice, statale o privato che sia, si deve svolgere secondo il principio di terzietà e imparzialità³⁸.

L'art. 809 c.p.c. dispone, in linea di principio, che “gli arbitri possono essere uno o più, purché dispari” e, che “la convenzione deve contenere la nomina degli arbitri oppure stabilire il numero di essi e il modo di nominarli”.

Il c.d. “principio di disparità” del numero degli arbitri è finalizzato ad assicurare che il collegio arbitrale pervenga ad una decisione, da ciò derivando che la relativa disposizione costituisce una norma imperativa, sostanzialmente inderogabile dalle parti³⁹.

2.4. La disposizione codicistica da ultimo richiamata, inoltre, così come anche il successivo art. 810 c.p.c. prevedono alcune regole che si collocano nell'ambito dei cc.dd. interventi giudiziari suppletivi o ausiliari all'arbitrato⁴⁰.

³⁷ E' pertinente ricordare che in tema di arbitrato societario il legislatore delegato ha apportato delle mere modifiche di coordinamento con l'arbitrato di diritto comune, introducendo nel Titolo VII del codice di procedura il nuovo Capo VI-*bis*, che contiene gli articoli da 838-*bis* a 838-*quinquies*, il cui tenore ricalca letteralmente i “vecchi” articoli 34, 35, 36 e 37 del decreto legislativo n. 5/2003, che contestualmente sono stati abrogati.

³⁸ In giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cass., 20.07.2022, n. 22764.

³⁹ Ai sensi dell'art. 823 c.p.c. il lodo è deliberato a maggioranza di voti degli arbitri ed è intuitivo che una maggioranza è raggiungibile a condizione che il numero degli arbitri sia dispari, evitando così un possibile stallo decisionale.

⁴⁰ V. Cass., 06.12.1997, n. 12429, in *Riv. arbitrato*, 1998, p. 284, secondo cui: “Ad eccezione delle regole di cui all'art. 809 c.p.c., relative al numero dispari degli arbitri ed al modo di nominarli, la cui funzione è garantire l'operatività del giudizio arbitrale e l'imparzialità dell'organo giudicante, la materia non prevede nessuna altra prescrizione sanzionata da nullità, essendo contemplato il ricorso all'autorità giudiziaria ogni qualvolta sia necessario salvaguardare la volontà delle parti di devolvere ad arbitri la soluzione della controversia”.

Il 3° co. dell'art. 809 c.p.c. predispone infatti gli strumenti atti a sopperire alla possibile carenza della formulazione della convenzione arbitrale, dunque strumenti con funzione meramente *suppletiva* che soccorrono ad integrare *ex lege* accordi compromissori mancanti di precise indicazioni in merito alla composizione del collegio arbitrale.

Nella medesima ottica l'art. 810 c.p.c., rubricato *Nomina degli arbitri*, disciplina, per il caso di inerzia di una parte nella nomina dell'arbitro che alla stessa spetterebbe in base alla clausola compromissoria, il procedimento per la nomina sostitutiva degli arbitri da parte del presidente del tribunale ed è più volte richiamato da altre norme, tra cui il precedente art. 809 (ma altresì dagli artt. 811, 813-bis, c.p.c. che rispettivamente disciplinano la sostituzione e la decadenza degli arbitri).

Ferma dunque la libertà delle parti nella scelta delle persone degli arbitri e circa i modi di costituzione del collegio arbitrale, la regola fondamentale al riguardo è quella della parità delle parti⁴¹.

2.5. Anzitutto, le parti possono nominare gli arbitri direttamente nella convenzione di arbitrato. Questa ipotesi è però, almeno di regola, utilizzata solo per liti già in atto per la cui decisione le parti intendano stipulare un patto compromissorio; ricorrendo tale ipotesi è sicuramente più facile l'individuazione di soggetti di fiducia cui affidare l'incarico di arbitri perché l'oggetto della controversia risulta già determinato.

Diversamente deve dirsi nel caso della clausola compromissoria la quale, riguardando eventuali liti future che insorgano da un contratto, rende la nomina *ex ante* degli arbitri assai meno efficiente.

Pertanto, in caso di clausola compromissoria inserita nel contratto, normalmente le parti prevedono nella stessa le modalità di nomina degli arbitri e non l'indicazione dei loro nominativi.

Altra opzione è che l'arbitro o il collegio di arbitri siano interamente nominati da un terzo, persona fisica, ente o associazione, anche se anche questa scelta – che abbiamo detto assurge a norma imperativa per il solo arbitrato societario – non è così frequente poiché è prassi risalente e di antica tradizione che ciascuna parte scelga il proprio arbitro. Resta fermo il principio, anche nel caso non frequente in cui la nomina degli arbitri sia rimessa a un terzo, che questi sia un soggetto equidistante dalle parti e, soprattutto dagli interessi in gioco.

Nella situazione sicuramente più ricorrente, per provvedere alla nomina degli arbitri le parti fanno ricorso alla così detta “clausola binaria” con la quale si stabilisce che ognuna delle parti nomina un arbitro ed il terzo è nominato di comune accordo tra gli arbitri nominati dalle parti salva l'attivazione dei meccanismi sostitutivi previsti dall'art. 809 c.p.c. e attuati secondo l'art. 810 c.p.c.

⁴¹ La Consulta, come detto, ha di recente affermato in materia (Corte Cost. 9.2.2017, n. 30, in *Foro it.*, 2017, c. 1146) “*Se è dato ad una delle parti di designare uno o più componenti del collegio che deve decidere la controversia, pari facoltà deve essere concessa all'atra parte*”; la Cassazione ha inoltre statuito la nullità della clausola arbitrale (nella specie, contenuta nello statuto di una soc. cooperativa) in cui la nomina dell'arbitro unico o della maggioranza del collegio è affidata ad una sola parte, cfr. Cass., 18.3.2008, n. 7262, in *Riv. arb.*, 2008, p. 529.

Parzialità dell'arbitro nominato dalla parte?

2.6. Fissiamo ora, quale assunto ampiamente condiviso e fondamentale che l'imparzialità è una garanzia essenziale ed imprescindibile per ogni soggetto che svolga una funzione decisoria⁴².

Posto che, come detto, di regola nell'arbitrato *ad hoc* sono le stesse parti a designare ciascuna un arbitro, e vi è quindi una sorta di collegamento "fisiologico" con i litiganti basato su un rapporto fiduciario, ci si è chiesti se l'espressione comunemente utilizzata di "arbitro di parte" (che implica spesso mancanza di «equidistanza» rispetto alle parti) non contenga in sé un insanabile ossimoro alla luce del principio generale di indipendenza e imparzialità dell'arbitro⁴³.

Ebbene le risposte a questo interrogativo non sono state univoche.

2.7. Secondo un primo orientamento, più rigido, il dovere di imparzialità si impone a tutti gli arbitri, indipendentemente che si tratti di arbitro nominato da una parte o del presidente del collegio⁴⁴. Su questa linea anche la rara giurisprudenza per la quale quell'arbitro che interpreti il ruolo di «arbitro di parte» in senso letterale (anche se alla luce del sole e in modo leale e trasparente), vale a dire come arbitro che "debba patrocinare" o "difendere" (in altre parole «parteggiare» per) la posizione della parte che lo ha designato» sarebbe «grave equivoco nella funzione arbitrale, tale da togliere credibilità al lodo finale»⁴⁵.

Per altro indirizzo, invece, l'imparzialità dell'arbitro deve essere valutata diversamente a seconda che si tratti di arbitro nominato dalla parte o del terzo arbitro e più in particolare la garanzia dell'imparzialità dovrebbe essere valutata "globalmente": se l'arbitro è unico l'equidistanza deve trovarsi nella persona dell'arbitro unico, se collegiale è da rintracciarsi in un bilanciamento dei singoli arbitri membri del collegio⁴⁶.

In questo senso l'imparzialità dell'arbitro nominato dalla parte sarebbe quasi una contraddizione in termini, giacché l'arbitro di parte rappresenta, *de facto* se non *de iure*, gli specifici interessi della parte

⁴² SPACCAPELO, *Imparzialità, terzietà, neutralità e indipendenza degli arbitri*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, vol. III, 2021, Napoli, p.156.

⁴³ Tale principio è stato messo in discussione nel caso di arbitrato irrituale, trattandosi in tal caso, "... di mandato con il quale le parti affidano ad uno o più terzi la soluzione di controversie mediante lo strumento negoziale, una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla loro volontà, impegnandosi a considerare vincolante la decisione degli "arbitri" quale, appunto, espressione di tale volontà. Ne consegue che, in difetto di connotato pubblicitario, non sussiste in tal caso un principio di ordine pubblico di imparzialità dell'arbitro, e non trova conseguentemente applicazione l'istituto della riconsunzione (dall'art. 815, comma 1, c.c. previsto solamente per l'arbitrato rituale ed esclusivamente nei confronti dell'arbitro non nominato dal riconsuente), configurandosi viceversa una questione di esatto adempimento del mandato da parte degli arbitri, che della relativa non imparziale esecuzione rispondono nei confronti della parte danneggiata..." così Cass., 25.06.2005, n. 13701; Cass., 29.05.2000, n. 7045. *Contra* Cass., sez. I, 29.11.1999, n. 13306, secondo cui la garanzia dell'imparzialità di chi è chiamato a risolvere una controversia è un [...] valore che prescinde dalla natura rituale o irrituale dell'arbitrato.

⁴⁴ CARPI, *L'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 189; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 186; RICCIARDI, *La scelta degli arbitri e la costituzione del collegio arbitrale: deontologia e prassi*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 806 s.

⁴⁵ Così Trib. Torino, 1 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2001, c. 495.

⁴⁶ CONSOLO, *Arbitri di parte non «neutrali»?», in *Riv. arb.*, 2001, p. 15 s.*

che lo ha scelto⁴⁷. Si è giunti così a proporre la creazione di una sorta di “arbitrato bipartisan” vero e proprio, ossia un collegio disomogeneo composto da un arbitro giudicante e due rappresentanti di ciascuna delle parti.

Questo secondo orientamento, per quanto sostenuto anche da voci autorevoli e corrisponda ad una situazione che nella prassi degli arbitrati è piuttosto frequente, sembra tuttavia confliggere con la realtà normativa.

2.8. Invero, nel codice di rito non vi è alcun segnale che induca a ritenere flessibili le caratteristiche e i doveri dell’arbitro, primo fra tutti quello di imparzialità che è immanente alla funzione giurisdizionale, al di là della provenienza della designazione.

Una significativa conferma dell’assunto si ricava dal disposto dell’art. 815 c.p.c. in tema di rikusazione. La norma, al suo 2° co., ammette infatti anche la rikusabilità dell’arbitro ad opera della stessa parte che lo ha nominato, seppure circoscritta ai motivi conosciuti dopo la nomina.

L’arbitro, dunque, non può essere considerato un mero mandatario della parte che lo designa perché con l’assunzione dell’incarico di stampo giurisdizionale egli risponde del suo operato ad entrambe le parti e la sua imparzialità sostanzia un principio di ordine pubblico che, in quanto tale, non può subire rilevanti deroghe o condizionamenti.

2.9. Merita soggiungere che sono stati inoltre svolti ulteriori rilievi che depongono nel senso di una interpretazione relativamente rigida del concetto di imparzialità dell’arbitro di parte.

In primo luogo, in un collegio in cui si abbiano membri che rappresentano le parti contrapposte ed un solo membro è veramente indipendente e imparziale, c’è il rischio che si vengano a perdere i benefici della collegialità della pronuncia. Nei fatti (come in pratica sovente avviene) non ha luogo un esame della controversia effettuato congiuntamente da più soggetti giudicanti in un confronto libero e dialettico tra loro, ma lo scontro o il confronto di posizioni contrapposte di fronte ad un solo giudice terzo, cioè il presidente del collegio arbitrale.

Si aggiunge anche una tesi che possiamo definire “intermedia” che, in modo pragmatico e nella consapevolezza, da un canto, dell’inevitabile legame che lega l’arbitro alla parte che lo ha nominato e, dall’altro, dell’intrinseca necessità dei principi di indipendenza e imparzialità che vincolano indistintamente tutti i componenti del collegio, considera il ruolo dell’arbitro di parte come quello di chi si preoccupa di curare diligentemente che le tesi difensive della parte designatrice siano tenute in adeguata considerazione, così come i mezzi istruttori dedotti dalla stessa. Tuttavia, compiuto questo atto di controllo e stimolo, dovrebbe, secondo correttezza e onestà intellettuale, anche esprimersi contro le tesi suddette quando non le ritenga condivisibili.

⁴⁷ TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 481 ss.

3. Novità della riforma in vista del rafforzamento della trasparenza della nomina degli arbitri (in caso di designazione suppletiva da parte del presidente del tribunale) e dei requisiti di indipendenza e imparzialità

3.1. Procediamo ora oltre nella trattazione degli argomenti assegnatimi ed osserviamo che proprio al fine della compiuta realizzazione degli obblighi di trasparenza della nomina degli arbitri e, in particolare, della salvaguardia dei principi di indipendenza e imparzialità di questi ultimi il legislatore delegato della recente Riforma è intervenuto su più norme, vale a dire sugli articoli 810, 813 e 815 c.p.c.

3.2. Si rileva in primo luogo che in base alla legge delega [legge n. 206/2021, art. 3, 15 co., lett. b)] il legislatore era tenuto a prevedere “che in tutti i casi le nomine degli arbitri da parte dell’ autorità giudiziaria siano improntate a criteri che assicurino trasparenza, rotazione ed efficienza”; ed ancora che venissero introdotte disposizioni dirette “a rafforzare le garanzie di imparzialità ed indipendenza dell’arbitro, reintroducendo la facoltà di riconsiliazione per «gravi ragioni di convenienza».

Sotto il primo dei profili testé ricordati deve rilevarsi l’ introduzione dell’obbligo, in capo al presidente del tribunale, al quale sia eventualmente necessario ricorrere per la designazione degli arbitri, di procedere alla loro nomina (ai sensi del novellato art. 810, 3° co., c.p.c.) «nel rispetto di criteri che assicurano trasparenza, rotazione ed efficienza e, a tal fine, della nomina viene data notizia sul sito dell’ufficio giudiziario».

La nuova disposizione impone pertanto una precisa modalità informativa (la suddetta pubblicazione delle nomine sul sito del tribunale) cosicché sia dato modo a tutti gli operatori di verificare il rispetto dei criteri indicati dalla norma.

Sarà ovviamente rimesso alle prassi che si radicheranno nei tribunali dare tempestiva attuazione alla suddetta nuova norma che attiene alla “trasparenza” nel procedimento di nomina degli arbitri da parte dell’ autorità giudiziaria.

3.3. Per altro verso, rappresenta la novità forse di maggior rilievo per dare compiuta attuazione al principio di trasparenza ed imparzialità degli arbitri [espressamente richiamato dalla legge delega n. 206/2021, art. 1, 15° co., lett. a)] il dovere in capo agli stessi di osservare uno specifico “obbligo di rivelazione” (c.d. “*duty of disclosure*”) che impone agli stessi di rendere note alle parti, attraverso una esplicita “dichiarazione di indipendenza” tutte le circostanze di fatto che potrebbero minare la garanzia di imparzialità.

L’art. 813, 1° co., ampiamente novellato dalla Riforma, precisa infatti che “*l’ accettazione degli arbitri è data per iscritto ... ed è accompagnata, a pena di nullità, da una dichiarazione nella quale è indicata ogni circostanza rilevante ai sensi dell’art. 815, 1° co., ovvero la relativa insussistenza. L’arbitro deve rinnovare la dichiarazione in presenza di circostanze sopravvenute. In caso di omessa dichiarazione o di omessa indicazione di circostanze che legittimano la riconsiliazione, la parte può richiedere, entro 10 giorni dall’ accettazione o dalla scoperta delle circostanze, la decadenza dell’arbitro nei modi e con le forme di cui all’art. 813-bis*”.

Sotto questo aspetto, può dirsi che sia stato fatto un deciso passo avanti dal legislatore affinché sia effettivamente garantita l'imparzialità del collegio arbitrale e dunque l'affidamento delle parti sugli arbitri, come è testimoniato, in particolare, dalla sanzione prevista per il caso di *incompleta* o di omessa dichiarazione da parte dell'arbitro.

3.4. Al di là della prima parte del suddetto 1° co. dell'art. 813, che resta invariata rispetto al testo previgente⁴⁸ la disposizione in esame è stata riscritta quasi per intero dalla Riforma con la previsione di un'ipotesi di nullità dell'accettazione dell'arbitro – prima inesistente – ed inoltre con la connessa introduzione della facoltà per la parte, ricorrendone i presupposti, di chiedere già *in limine litis* la decadenza dell'arbitro ai sensi del successivo art. 813-*bis* c.p.c.

Ne consegue che l'arbitro, sotto sanzione di nullità della sua accettazione della nomina, è tenuto ora a dichiarare l'eventuale sussistenza di circostanze che possano ingenerare perplessità nelle parti o, comunque, una valutazione che non va esente da problematiche riguardo alla sua indipendenza e imparzialità.

Va messo in luce che il c.d. obbligo di *disclosure*⁴⁹ aveva già ampio riscontro in numerosi ordinamenti stranieri ma nel nostro, prima d'ora, non era oggetto di una disposizione di legge, pur essendo già contemplato da codici deontologici professionali (mi riferisco anzitutto al codice deontologico

⁴⁸ La prima parte dell'art. 813, 1° co., c.p.c. disciplina la conclusione del “contratto di arbitrato” (da tenere distinto dalla convenzione di arbitrato, con la quale le parti devolvono la decisione della controversia ad arbitri) che si perfeziona con l'accettazione della nomina da parte degli arbitri, che deve essere necessariamente fatta per iscritto, pur potendo la stessa risultare dalla sottoscrizione del compromesso o dal verbale della prima riunione (giurisprudenza pacifica a partire da Cass., 29.8.1997, n. 8177); dalla norma si desume inoltre che il contratto di arbitrato richiede la forma scritta *ad substantiam*, cfr. LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, p. 97.

⁴⁹ Il c.d. *duty of disclosure* è stato elaborato dalla giurisprudenza statunitense sin dalla sentenza 18.11.1968, della Corte Suprema Commonwealth nel caso *Coatings Corp. c/ Continental Casualty Co. & others* (in *Riv. arb.*, 1969, 2, p. 69 ss.), ove si afferma l'esistenza di un obbligo dell'arbitro di informare una parte della eventuale vicinanza con la parte avversa o di un interesse comune nella controversia.

forense⁵⁰) e dai principali regolamenti degli organismi o “camere” arbitrali il cui compito istituzionale è quello di gestire procedimenti arbitrali in regime di c.d. arbitrato amministrato⁵¹.

3.5. La *disclosure* consiste nel dovere dell’arbitro di rendere edotte le parti di ogni legame che, potendo incidere sul profilo della sua indipendenza, può teoricamente comprometterne l’imparzialità⁵².

⁵⁰ Si veda in particolare l’Art. 61 del Codice deontologico forense – in tema, appunto, di *Arbitrato* (sottolineatura aggiunta):

1. *L’avvocato chiamato a svolgere la funzione di arbitro deve improntare il proprio comportamento a probità e correttezza e vigilare che il procedimento si svolga con imparzialità e indipendenza.*
2. *L’avvocato non deve assumere la funzione di arbitro quando abbia in corso, o abbia avuto negli ultimi due anni, rapporti professionali con una delle parti e, comunque, se ricorre una delle ipotesi di ricusazione degli arbitri previste dal codice di rito.*
3. *L’avvocato non deve accettare la nomina ad arbitro se una delle parti del procedimento sia assistita, o sia stata assistita negli ultimi due anni, da altro professionista di lui socio o con lui associato, ovvero che eserciti negli stessi locali. In ogni caso l’avvocato deve comunicare per iscritto alle parti ogni ulteriore circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza, al fine di ottenere il consenso delle parti stesse all’espletamento dell’incarico.*
4. *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.*
5. *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.*
6. *L’avvocato che ha svolto l’incarico di arbitro non deve intrattenere rapporti professionali con una delle parti: a) se non siano decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento; b) se l’oggetto dell’attività non sia diverso da quello del procedimento stesso.*
7. *Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino negli stessi locali.*
8. *La violazione dei doveri e divieti di cui ai commi 1, 3, 4, 5, 6 e 7 comporta l’applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall’esercizio dell’attività professionale da due a sei mesi. La violazione del divieto di cui al comma 2 comporta l’applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall’esercizio dell’attività professionale da sei mesi a un anno).*

⁵¹ In questa sede non posso che fare in primo luogo riferimento all’art. 17 del Regolamento della Camera arbitrale rubricato *Dichiarazione di indipendenza e conferma degli arbitri* del quale si trascrive il testo:

ARTICOLO 17

Dichiarazione di indipendenza.

1. *Con la dichiarazione di accettazione gli Arbitri devono trasmettere alla Segreteria la dichiarazione di indipendenza.*
2. *Nella dichiarazione di indipendenza l’Arbitro deve indicare, precisandone periodo e durata: - qualunque relazione con le parti o i loro difensori rilevante in relazione alla sua imparzialità e indipendenza; - qualunque interesse personale o economico, diretto o indiretto, relativo all’oggetto della controversia; - qualunque pregiudizio o riserva nei confronti della materia del contendere.*
3. *La Segreteria trasmette copia della dichiarazione di indipendenza alle parti. Ciascuna parte può comunicare le proprie osservazioni scritte all’indirizzo PEC della Camera di Commercio di Cagliari – Oristano, Ufficio Arbitrato entro dieci giorni dalla ricezione della dichiarazione.*
4. *Decorso il termine previsto dal comma 3, l’Arbitro è confermato dalla Segreteria se ha inviato una dichiarazione di indipendenza senza rilievi e se le parti non hanno comunicato osservazioni. In ogni altro caso, sulla conferma si pronuncia il Consiglio Arbitrale.*
5. *La dichiarazione di indipendenza deve essere ripetuta nel corso del procedimento arbitrale fino alla sua conclusione, se ciò si rende necessario per fatti sopravvenuti o su richiesta della Segreteria.*

⁵² SPACCAPELO, *Imparzialità, terzietà, neutralità e indipendenza degli àrbitri*, cit., p. 169.

L'onere di *disclosure* manifesta la sua utilità per la funzione svolta quale strumento preventivo per eccellenza di soluzione di problematiche inerenti la possibile imparzialità degli arbitri a salvaguardia del più corretto e fluido svolgimento della procedura arbitrale⁵³.

Prima di soffermarsi sulla “dichiarazione di indipendenza dell’arbitro” è opportuno spendere qualche parola sui concetti di indipendenza e imparzialità che, come abbiamo detto, sono requisiti fondamentali che deve possedere chi giudica una controversia fra terzi, tanto che – giova ripetere – nel diritto interno assurgono a rango costituzionale ex art. 111 della Costituzione italiana ed anche l'art. 6 della CEDU (che si ritiene pacificamente applicabile anche in materia arbitrale) pone tali requisiti a fondamento del giusto processo.

In linea di principio può dirsi che l'indipendenza è la premessa indispensabile dell'imparzialità⁵⁴: essa non consiste in un comportamento o in uno stato d'animo bensì nell'assenza di legami o vincoli del giudicante con alcuna delle parti, di natura e intensità tale da poter far temere, a priori e in astratto, la mancanza di equidistanza rispetto alle parti, i loro difensori o agli interessi sottesi alla controversia.

L'indipendenza può quindi essere verificata in base a circostanze di fatto, che hanno una dimensione oggettiva, predeterminabile *ex lege*⁵⁵.

3.6. Tale prospettiva è quella fatta propria dalla legge italiana considerato che l'art. 815 c.p.c. in materia di ricusazione, tralasciando per un momento la sua recente modifica, stabilisce un elenco tassativo di casi oggettivi⁵⁶ nei quali non sussiste l'indipendenza dell'arbitro: si leggano al riguardo le ipotesi di cui ai nn. da 1 a 6 del 1° co. del richiamato articolo 815 c.p.c.

Per rigore concettuale, occorre cogliere che le situazioni tipizzate secondo un criterio oggettivo comportano solo un'apparenza di parzialità perché se è ipotizzabile che un soggetto in rapporti stretti (di lavoro, amicizia, parentela ecc.) possa giudicare favorevolmente alla parte ad esso vicina, è altrettanto vero che possa giudicare anche senza favorirla⁵⁷. Ma, come diremo, a rilevare in materia è senz'altro anche l'apparenza.

⁵³ Il c.d. *duty of disclosure* è stato introdotto dalla giurisprudenza statunitense, a partire dalla sentenza della Corte Suprema 18 novembre 1968, *Commonwealth Coatings Corp. c/ Continental Casualty Co. & others*, in *Riv. arb.*, 1969, p. 69 ss., in cui si attesta l'esistenza di un obbligo arbitrale di informare la parte avversa della eventuale vicinanza all'altro contendente o di un interesse comune nella controversia.

⁵⁴ Sulla distinzione fra i concetti di imparzialità, terzietà, neutralità e indipendenza, v. diffusamente SPACCAPELO, *Imparzialità, terzietà, neutralità e indipendenza degli arbitri*, cit., pp. 157 ss.

⁵⁵ CARPI, *L'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità*, cit., p. 187 ss.

⁵⁶ Si osserva come dalla constatazione che anche ciò che si presenta come oggettivo in più casi si presta a una valutazione “soggettiva” (o almeno con un margine di discrezionalità: ad.es. con riferimento ai nn. 3 e 5 dell'art. 815, quando può dirsi che avvocato e arbitro siano “commensali abituali”? o qual è la nozione e il perimetro di eventuali “altri rapporti di natura patrimoniale o associativa”? Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Obbligo di disclosure e imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 1048), ecco che spesso assistiamo a specificazioni, chiarimenti, aiuti all'arbitro di varia fonte, ad es. dai codici deontologici delle Camere arbitrali o, per gli avvocati, dal codice deontologico (art. 61), dalle “Linee Guida (*Guidelines*) dell'IBA (International Bar Association), cui si farà cenno nel seguito dell'esposizione.

⁵⁷ Cfr. SPACCAPELO, *Imparzialità, terzietà, neutralità e indipendenza degli arbitri*, cit., p. 165.

3.7. Venendo ora al concetto di imparzialità, questo attiene alla sfera soggettiva ed è per un verso più sfuggente e, per altro verso ben più difficile da verificare, potendo dirsi che coincide con la neutralità dell'arbitro.

E' stato detto che l'imparzialità identifica un canone di comportamento e di decisione non giudicabile a priori che consiste in una equidistanza dell'arbitro, nel formare il proprio convincimento, che deve essere mantenuta rispetto agli interessi contrapposti delle parti e "si traduce nell'obiettività di giudizio e nell'onestà intellettuale"⁵⁸.

3.8. Sofferamoci adesso su ciò che deve formare oggetto della "dichiarazione di indipendenza" o "*disclosure*" che la si voglia chiamare.

Anzitutto merita osservare che se la dichiarazione di indipendenza resa dall'arbitro segnala la sussistenza di elementi che possono ingenerare un eventuale dubbio sull'imparzialità del medesimo ciò non implica affatto che egli ne nutra a sua volta ed anzi, avendo accettato la designazione quale arbitro, proprio la sua «franchezza e trasparenza» sono indici della sua volontà di giudicare imparzialmente la vertenza⁵⁹.

Posto che l'obbligo di *disclosure* è ora normativamente sancito con norma inderogabile (ne sia riprova che in difetto della stessa l'accettazione è nulla) in ogni arbitrato il potenziale arbitro, designato per assumere l'incarico, potrà trovarsi di fronte a circostanze di fatto sulle quali può nascere un dubbio: sono fatti che impediscono la sua accettazione in quanto lesivi dell'imparzialità ed indipendenza richiesti o invece no? Ed in quest'ultimo caso, è necessario dichiararli o potrà invece l'arbitro fare la mera dichiarazione "negativa"⁶⁰?

Si è al riguardo osservato che vi sono fatti e fatti.

Alcuni rientrano, senza che vi possa essere dubbio in merito, nei motivi di ricsuzione direttamente previsti dalla legge, oppure dai regolamenti arbitrali applicabili per effetto del richiamo contenuto nella clausola arbitrale o nel compromesso.

Nella maggior parte dei casi, però, i fatti hanno contorni incerti, o perché presentano alcune più o meno marcate variazioni rispetto alle ipotesi delineate in modo specifico dalla legge o dal regolamento applicabile, o perché questi ultimi non sempre indicano una serie di circostanze precise, ma adottano talvolta formule generiche, assoggettate ad un alto grado di discrezionalità delle istituzioni arbitrali chiamate a valutare eventuali casi dubbi.

E occorre subito soggiungere che proprio in tal senso si è orientata (in linea con le disposizioni della legge delega n. 206/2021) la scelta del legislatore della Riforma il quale, integrando i motivi di ricsuzione dell'arbitro di cui all'art. 815 c.p.c., ai sensi del nuovo n. 6-bis legittima oggi la

⁵⁸ DI GRAVIO, *L'indipendenza dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 196.

⁵⁹ SPACCAPELO, *Imparzialità, terzietà, neutralità e indipendenza degli arbitri*, cit., p. 169 s.

⁶⁰ Per una diffusa indagine sul rapporto fra fatti fondanti la ricsuzione, fatti soggetti ad obbligo di *disclosure* e fatti non soggetti ad alcun obbligo v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Obbligo di disclosure e imparzialità dell'arbitro*, cit., p. 1047 ss., lavoro da cui sono tratti ampi spunti per le considerazioni che seguono nel testo.

ricusazione “*se sussistono altre gravi ragioni di convenienza, tali da incidere sull’indipendenza o sull’imparzialità dell’arbitro*”.

3.9. A seguito dell’introduzione di tale nuova ipotesi tra i casi di ricusazione previsti dall’art. 815, 1° co., può affermarsi che anche il nostro ordinamento fa oggi ricorso, quale clausola di chiusura, ad un formula elastica (le “*altre gravi ragioni di convenienza tali da incidere sull’indipendenza o sull’imparzialità dell’arbitro*”) certo di non univoca lettura perché sostanzialmente “indeterminata” ma di cui giocoforza occorre adesso cercare di tracciare i contorni.

Tale nuovo motivo di ricusazione incide inoltre direttamente sul contenuto della “dichiarazione di indipendenza” oggi imposta dall’art. 813, 1° co., la quale condiziona la stessa validità dell’accettazione dell’arbitro (dato che questa, a pena di nullità, deve essere accompagnata dalla dichiarazione dell’arbitro riguardo ad ogni circostanza rilevante ai sensi dell’articolo 815, 1° co., ovvero della relativa insussistenza). Ne discende che l’oggetto della *disclosure* deve comprendere anche l’enunciazione delle “gravi ragioni di convenienza”, ove possano ritenersi sussistenti nel caso concreto.

Procediamo comunque con ordine, e muoviamo dalla premessa che, come accennato, vi sono situazioni e situazioni.

3.10.1. Innanzi tutto può verificarsi che la circostanza, senza che possa esservi dubbio al riguardo, coincida con uno dei motivi di ricusazione già prima singolarmente previsti dall’art. 815, 1° co., oppure dai regolamenti arbitrali eventualmente applicabili per effetto del richiamo negoziale contenuto nella clausola compromissoria (art. 832, c.p.c.). In questo caso non sembra poter sussistere incertezza: l’incarico non può essere accettato dall’arbitro⁶¹.

Invero tali fatti, secondo la fonte di riferimento dell’arbitrato, sono già tipizzati e ritenuti tali da compromettere l’indipendenza dell’arbitro e così mettere oggettivamente in dubbio l’imparzialità del medesimo, tanto ciò vero che costituiscono specifici motivi di ricusazione.

Per “categorizzare” tali ipotesi con un’espressione efficace le potremmo indicare come quelle ricadenti nella “zona nera” (le IBA Guidelines, su cui torneremo tra poco, parlano invece della “lista rossa”).

3.10.2. All’opposto, sembra doversi ammettere anche una c.d. “zona bianca”, vale a dire situazioni che presentano un nesso così labile rispetto alla vicenda arbitrale da non dover nemmeno essere dichiarate, perché non pongono alcun dubbio di parzialità dell’arbitro, neppure potenziale.

3.10.3. Nel mezzo fra le due categorie sopra indicate, tuttavia, esiste certamente una serie disparata di situazioni che per l’arbitro è opportuno dichiarare perché potrebbero potenzialmente suscitare

⁶¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Obbligo di disclosure e imparzialità dell’arbitro*, cit., p. 1047; cfr. SPACCAPELO, *Imparzialità, terzietà, neutralità e indipendenza degli arbitri*, cit., p. 173, ove l’A. afferma che il dovere di non accettare ... può essere temperato dalla comunicazione del motivo di potenziale ricusazione alle parti, le quali potranno scegliere se confermare la sua designazione, ritenendo che le situazioni palesate dall’arbitro non siano ostative all’assolvimento imparziale della funzione, oppure nominare un altro soggetto.

perplexità, anche se – evidentemente – egli sia convinto che tali dubbi non sussistano, ed accetta quindi l'incarico.

Siamo di fronte alle svariate ipotesi che possono farsi rientrare nella c.d. “zona grigia”.

3.11. Alla luce del motivo di ricusazione di nuovo conio previsto dal n. 6-*bis* dell'art. 815, 1° co., (che assurge a nuova clausola di “chiusura” dell'istituto) è certamente quest'ultima categoria a risultare per l'arbitro la più delicata e che questi deve vagliare con diligenza onde giungere ad una ponderata valutazione.

Ciò in quanto è essenziale poter distinguere, nell'ambito delle situazioni rientranti nella “zona grigia”, quelle che dovranno essere dichiarate dall'arbitro (perché la loro omessa indicazione comporta nullità dell'accettazione)⁶² rispetto a quelle della c.d. “zona bianca”, cui si ricollega il dovere di mera dichiarazione negativa - pur sempre necessaria - in ordine alla *insussistenza* di circostanze rilevanti ai fini della possibile ricusazione.

In proposito, si potrebbe affermare *tout court* che nel dubbio, qualunque circostanza, anche quella più sfumata, debba invariabilmente essere dichiarata dall'arbitro.

E' fuor di dubbio che in questo modo si evita che possano sorgere contestazioni tardive, ad arbitrato già iniziato o addirittura in sede di impugnazione del lodo e che il silenzio venga strumentalizzato dalla parte come sintomo di parzialità.

3.12. Questa soluzione, che pure non manca di ragionevolezza, nemmeno va esente da ogni criticità perché all'opposto potrebbe essere strumentalizzata da una delle parti, facendo leva sul fatto che se lo stesso arbitro ritiene doveroso dichiarare una circostanza, è giocoforza dedurre che questa può costituire motivo di ricusazione perché potenzialmente incidente sull'indipendenza e imparzialità dell'arbitro.

Qual è dunque il limite al contenuto dell'obbligo di dichiarazione e in base a quali criteri l'arbitro dovrà svolgere le sue valutazioni?

3.13. Prima che soccorra in merito l'elaborazione della nostra giurisprudenza, va detto che alcune utili coordinate per orientarsi nella “zona grigia” sono già disponibili per gli operatori perché abbiamo già ricordato che l'obbligo di *disclosure*, per quanto prima d'ora non avesse “diritto di cittadinanza” nel nostro ordinamento positivo, sussisteva già negli ordinamenti di numerosi paesi europei⁶³ oltre che nell'ambito dell'arbitrato internazionale⁶⁴, in conformità alle c.d. *best international standards*

⁶² Nonché la connessa facoltà delle parti di far dichiarare dal presidente del tribunale la decadenza dell'arbitro - cfr. l'ultimo periodo del 1° co. dell'art. 813 ed, ivi, il richiamo al successivo art. 813-*bis* in punto di decadenza degli arbitri).

⁶³ Ad es. il Codice di procedura civile francese (art. 1457) o la legge svizzera sull'arbitrato (capitolo 12 della Legge federale sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987; Parte 3 del Codice di procedura civile per l'arbitrato interno, consultabili on line online all'indirizzo <https://www.swissarbitration.org/swiss-arbitration/swiss-arbitration-laws/>).

⁶⁴ Ad. es. la Corte d'arbitrato della Camera di Commercio Internazionale di Parigi (ICC) o le Linee guida dell'IBA sui conflitti di interesse (di cui *infra*).

and practices. Ma anche i regolamenti di alcune camere arbitrali nazionali contemplano da tempo il c.d. *duty of disclosure*.

Fra queste, la Camera arbitrale di Cagliari-Oristano che si è fatta promotrice di questo seminario e quella di Milano, sicuro riferimento in ambito nazionale, la quale pubblica periodicamente una “Raccolta di decisioni del proprio Consiglio arbitrale” in materia di indipendenza e imparzialità dell’arbitro⁶⁵.

Fra le fonti di riferimento nell’arbitrato internazionale, merita sicuramente citare le “Linee Guida dell’IBA sui conflitti di interesse”⁶⁶. Queste, oltre a fissare dei principi generali sull’indipendenza e imparzialità dell’arbitro forniscono, in relazione alla “dichiarazione di indipendenza”, una nutrita serie di esempi concreti collocandoli in tre differenti livelli di rischio (lista rossa, lista arancione e lista verde) e sono divenute uno strumento comunemente utilizzato per vagliare sia la compatibilità dell’arbitro che l’opportunità di chiederne l’eventuale riconsulazione, oltre che per assumere le decisioni al riguardo da parte dell’organo a ciò deputato.

3.14. Possiamo in proposito osservare che allorché la fattispecie concreta è assimilabile ad una già “codificata” come situazione soggetta ad onere di *disclosure* - sia pure da fonti di c.d. *soft law*⁶⁷, ma lo stesso dicasi quando il distacco da una fattispecie codificata sia molto labile - è anzitutto il buon senso a dover suggerire che la via d’uscita è il principio *in dubio pro disclosure*.

3.15. Al di là delle fattispecie già “codificate” (senza che queste, peraltro, siano un’eccezione rispetto a quanto stiamo per dire) occorre comunque, in linea di principio, domandarsi quale sia la prospettiva dalla quale l’arbitro deve porsi nel momento di decidere se dichiarare la circostanza o meno: da quella delle parti, di sé stesso, o piuttosto di un terzo estraneo (come chi sta, per così dire, “alla finestra”).

In proposito dall’esperienza dell’arbitrato internazionale emerge in modo del tutto prevalente la preferenza del criterio del c.d. “terzo ragionevole” (*fair-minded observer*).

L’arbitro deve cioè domandarsi: di fronte alla situazione che mi riguarda (vuoi che essa interessi il rapporto arbitro-parti, quello arbitro-difensore o altro tipo di relazione che interessi la lite) un terzo

⁶⁵ Consultabile on line all’indirizzo <https://www.camera-arbitrale.it/it/arbitrato/decisioni-del-consiglio-arbitrale/ricerca-decisioni-ca.php?id=722> ove le decisioni rese vengono suddivise per categoria (rapporti arbitro-parti; rapporti arbitro-difensori; e molte altre ancora) e ogni caso deciso dal Consiglio arbitrale viene puntualmente descritto in una scheda sintetica ma sufficientemente dettagliata.

⁶⁶ L’IBA (*International Bar Association*) è una delle più autorevoli e conosciute associazioni internazionali degli avvocati: per ogni approfondimento, così come per la consultazione delle *IBA-Guide Lines on conflicts of interest in international arbitration*, si consulti in rete il sito www.ibanet.org. Per una compiuta illustrazione del ruolo delle predette Linee Guida sui conflitti di interesse nell’arbitrato internazionale v. MARTINETTI, *Le linee guida dell’international bar association (IBA) sui conflitti di interesse nell’arbitrato internazionale*, in *Giur. arb.*, 2019, pp. 83 ss.

⁶⁷ Con il termine *soft law*, di matrice anglosassone, si suole comunemente riferirsi ad una diversificata tipologia di atti, strumenti e regole di condotta, che possono essere il frutto dell’iniziativa delle più diverse istituzioni, private o pubbliche ed essere rivolte a soggetti indeterminati oppure a categorie ben specifiche di possibili fruitori, alle quali non è attribuito dall’ordinamento carattere cogente. Mancando di validazione normativa (da parte dei pur diversi sistemi di fonti del diritto), le regole in questione non impongono soluzioni vincolanti ma suggeriscono la possibile composizione di ipotetici conflitti di interessi facendo affidamento sulla spontanea adesione dei soggetti ai quali tali regole potrebbero giovare nel reperimento di una soluzione più opportuna o adeguata. Assumono quindi carattere di “modelli di norma giuridica”, la cui traduzione in regola effettiva può avvenire mediante un recepimento a opera di legislatori, giudici o privati.

ragionevole riterrebbe che il collegamento con la causa o i suoi soggetti sia talmente sfumato da non porre alcun dubbio (o da porlo con una probabilità così bassa) così da poter essere trascurabile?

Se la risposta è positiva la circostanza non va dichiarata.

3.16. Quanto allo spartiacque tra le ipotesi da “zona bianca” rispetto a quelle da “zona grigia” sembra quindi potersi suggerire la seguente soluzione.

Siamo nell’ambito della prima situazione quando l’arbitro ritiene che un terzo ragionevole non si porrebbe alcun dubbio, sicché il rischio di abuso e di mala fede della parte è alto e deve prevalere l’esigenza di assicurare l’integrità dell’arbitrato: è dunque opportuno non dichiarare la circostanza.

Ci troviamo invece nell’ambito della seconda situazione quando l’arbitro – si osservi bene – ritiene che non sussistano motivi di parzialità ma che, allo stesso tempo, un terzo ragionevole *potrebbe* porsi qualche dubbio, tale da giustificare anche una parte che sia in buona fede a sottoporre la questione ad un controllo (che l’arbitro ritiene ovviamente di superare): la circostanza va dunque dichiarata per dar modo alla parte di fare la sua scelta.

Secondo l’orientamento più accreditato, occorre pertanto che l’arbitro – per quanto non facile ciò possa sembrare – deve basarsi sul metodo oggettivo prendendo a parametro di riferimento il modello del “terzo ragionevole”⁶⁸.

In ogni caso un punto sul quale l’opinione è pressoché univoca riguarda il caso in cui l’arbitro, effettuata la sua valutazione, rimanga comunque nel dubbio e si trovi quindi in situazione di invincibile incertezza: varrà allora senz’altro la regola *in dubio pro disclosure*. Quando l’arbitro non sa dire, cioè, se il terzo ragionevole possa aver dubbi o meno, deve dichiarare il fatto, precisando, al contempo, che la dichiarazione non implica la sussistenza di dubbi sulla propria imparzialità ed indipendenza.

3.17. Dall’elaborazione sul tema emerge anche un altro profilo rilevante.

Se viene contestato all’arbitro di non aver dichiarato una circostanza (che evidentemente la parte ha “scoperto”) ci si chiede se l’arbitro possa giustificare il suo silenzio adducendo che non era a conoscenza del fatto che ha dato luogo alla domanda di riconsiliazione.

In linea di principio è ovvio che ciò che non si conosce non può essere dichiarato, ma allora la valutazione si sposta sul livello di indagine cui l’arbitro si deve spingere per individuare le informazioni rilevanti.

⁶⁸ Cioè quello fatto proprio dalle principali istituzioni nell’ambito dell’arbitrato internazionale - cfr. Guidelines IBA. Si veda inoltre, per l’importanza e la funzione di stimolo che certamente ha avuto nell’introduzione da parte del legislatore italiano dell’onere di *disclosure*, Corte EDU sentenza 20 maggio 2021, n. 5312/11 (consultabile on line sul sito del Ministero della giustizia all’indirizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU346060#), resa nell’ambito del procedimento instaurato dalla società Beg s.p.a. contro lo Stato italiano, ove la Corte condanna l’Italia per la violazione dell’art. 6, 1° co., CEDU, per non aver assicurato la protezione delle garanzie del giusto processo nell’ambito del procedimento arbitrale con riferimento a una fattispecie in cui uno degli arbitri di parte non aveva ottemperato all’onere di *disclosure* previsto dal regolamento applicabile al procedimento arbitrale ivi considerato

Si sostiene al riguardo – mi sembra condivisibilmente – che il criterio della buona fede rappresenti un faro per orientarsi. Il principio di buona fede è notoriamente una clausola generale della quale numerose disposizioni del nostro codice fanno richiamo in materia di obbligazioni e contratti⁶⁹.

3.18. Con specifico riferimento all'accettazione dell'arbitro (che segna il perfezionamento del rapporto contrattuale con le parti) sembra inoltre pertinente richiamare l'art. 1388 c.c. (*Conoscenza delle cause d'invalidità*), in forza del quale chi ha il dovere di informare l'altra parte dell'eventuale esistenza di una causa di invalidità del contratto, è tenuto a comunicare solo le circostanze di cui potrebbe essere a conoscenza usando l'ordinaria diligenza.

Alcune fonti di c.d. *soft law* sembrano esprimere l'intento di rafforzare (anche oltre l'ordinaria diligenza) il dovere di indagine dell'arbitro e tale tendenza risiede nel fatto che questi non è un mero contraente soggetto a responsabilità civile, ma un soggetto al quale è affidata dalla legge una funzione giudiziale con effetti parificabili a quelli del giudizio statale. Si aggiunga, d'altro canto che è un professionista spesso esperto del settore nel quale si colloca la controversia, sicché gli si chiede una diligenza corrispondente.

Può quindi predicarsi anche una diligenza “più che ordinaria” da parte dell'arbitro nella sua indagine circa l'esistenza di “gravi ragioni di convenienza” che possano incidere sulla sua indipendenza o imparzialità, con il limite che non potrà esigersi dall'arbitro uno sforzo irragionevole⁷⁰.

Ripetiamo infine che ai sensi dell'art. 813, 1° co., secondo periodo, è inoltre previsto che l'arbitro, in corso di arbitrato, debba rinnovare la dichiarazione in presenza di circostanze sopravvenute (nell'arbitrato internazionale ci si riferisce all'onere di *disclosure* in capo all'arbitro come un *continuing duty o ongoing duty*) .

4. Note minime sul coordinamento fra le nuove disposizioni in tema di “dichiarazione di indipendenza”, decadenza e ricusazione dell'arbitro

4.1. Volendo ora accennare al coordinamento tra la disposizione di cui al novellato 1° co. dell'art. 813 e le disposizioni di cui agli artt. 813-*bis* e 815 c.p.c. (anch'esso novellato dalla Riforma) possiamo in sintesi notare che:

-- al momento dell'accettazione della nomina l'arbitro, a pena di nullità, dovrà sempre rendere contestualmente la “dichiarazione di indipendenza” scritta, che potrà essere anche negativa, ma comunque da effettuare nonché eventualmente da rinnovare se, nel corso dell'intero arbitrato, emergano circostanze sopravvenute che la rendano doverosa;

-- tanto nel caso di “omessa dichiarazione” quanto nell'ipotesi in cui l'omissione dell'arbitro riguardi l'indicazione di circostanze che possono legittimarne la ricusazione, la parte interessata potrà azionare

⁶⁹ Merita richiamare anzitutto l'art. 1375, c.c. sul dovere generale di buona fede nell'esecuzione del contratto, essendo il rapporto che lega le parti all'arbitro assimilabile a quello di mandato ex art. 1703 e ss., c.c.

⁷⁰ Sul livello di approfondimento della c.d. due diligence dell'arbitro v. SALERNO, *Imparzialità ed indipendenza degli arbitri*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, vol. XII, 2021, Napoli, p. 357 ss.

tempestivamente il meccanismo di decadenza degli arbitri di cui all'art. 813-*bis*, di regola volto a sanzionare l'“inerzia” dell'arbitro per avere questi omissso o ritardato il compimento di un atto del suo ufficio⁷¹..

-- nella distinta ipotesi in cui l'arbitro, nel contesto della sua “dichiarazione di indipendenza”, renda invece note circostanze suscettibili di poter essere considerate motivo di ricusazione ex art. 815 c.p.c., la salvaguardia dell'imparzialità e indipendenza non è presidiata dall'eventuale richiesta di decadenza dell'arbitro di cui all'art. 813-*bis*, bensì dal procedimento di ricusazione, cosicché al presidente del tribunale sarà rimesso di valutare se la circostanza, sebbene dichiarata dall'arbitro, risulti o meno idonea a giustificare la ricusazione richiesta dalla parte;

-- trovandosi in una delle situazioni che abbiamo sopra convenzionalmente indicato come “zona grigia” l'arbitro che accetta la nomina dovrà indicare la circostanza nella sua “dichiarazione di indipendenza” ogni qualvolta non sia agevole superare, dall'angolo visuale di un “terzo ragionevole”, il possibile dubbio sulla sua imparzialità, in applicazione del principio *in dubio pro disclosure*.

4.2. E' evidente che se l'arbitro, nel caso da ultimo indicato, ha accettato l'incarico ciò significa che in concreto ritiene la circostanza oggetto di *disclosure* inidonea a mettere in dubbio la sua indipendenza e imparzialità.

In questo frangente, qualora il soggetto deputato al controllo – i.e. il presidente del tribunale – valuti invece la situazione conformemente alla prospettazione della parte, così accertando il fondamento della ricusazione proposta, l'arbitro uscirà comunque “indenne” dall'accaduto.

Ovviamente la sua previsione e valutazione della concreta circostanza che lo riguarda si saranno rivelate *ex post* errate, ma comunque egli ha assolto in buona fede al suo dovere di informazione e nulla può quindi essergli rimproverato.

* * *

Vi lascio rimarcando che la regola di rilevanza costituzionale per cui l'attività giurisdizionale, privata o pubblica che sia, debba essere svolta da un giudice indipendente, terzo ed imparziale rappresenta ormai un principio immanente nel sistema dell'arbitrato ed è cresciuta in maniera direttamente proporzionale alla progressiva assimilazione, ad opera del legislatore nonché della giurisprudenza, del giudizio arbitrale a quello statale⁷².

Quanto più il lodo è stato equiparato ad una sentenza, tanto più l'arbitro è stato equiparato al giudice e tanto più è stato necessario presidiare l'indipendenza, l'imparzialità e la terzietà del primo⁷³. Le nuove disposizioni del codice di rito che qui ho sommariamente commentato ne costituiscono la

⁷¹ In proposito sorge il dubbio, qualora la dichiarazione di indipendenza sia stata omissa del tutto, se il richiamo all'art. 813-*bis* consenta o meno di rimettere l'arbitro in termini attraverso la procedura di diffida prevista dal secondo periodo della richiamata disposizione, cosicché l'omissione *tout court* della *disclosure* e la connessa nullità dell'accettazione della nomina risulterebbe comunque sanabile attraverso l'adempimento “tardivo” dell'arbitro che segua alla diffida.

⁷² In giurisprudenza, fra le altre, Cass. Sez. Un., 25.10.2013, n. 24153.

⁷³ DI GRAVIO, *L'indipendenza dell'arbitro*, cit., p. 196.

riprova e non sembra eccessivo dire che l'indipendenza e imparzialità dell'arbitro devono essere presidiate forse in misura anche maggiore rispetto a quella del giudice statale⁷⁴.

Anzitutto perché l'arbitro, a differenza del giudice, non è per definizione e natura un soggetto terzo né "precostituito per legge" e dunque ci deve essere un'attenzione particolare ai requisiti di indipendenza e imparzialità che deve necessariamente possedere.

I doveri degli arbitri derivano dalla "missione" specifica loro affidata dalle parti e cioè di decidere la controversia secondo scienza e coscienza potendo fare pieno affidamento sulle loro specifiche qualità in termini di competenza sulla materia oggetto della controversia ma non meno sulla loro indipendenza e imparzialità di giudizio.

Ciò che vale per il giudice dello Stato deve valere ancor più per l'arbitro, per la semplice ragione che quest'ultimo svolge la sua attività occasionalmente per cui deve saper conquistare e mantenere per tutto il corso del procedimento la fiducia delle parti. Non è fuori luogo ricordare, in ultimo, come ha argutamente osservato un insigne processualista francese⁷⁵ che "l'arbitrato è come quelle piante tropicali, le quali muoiono dopo aver dato il fiore o il frutto" e dunque merita una cura particolare affinché tale frutto sia davvero pregiato.

⁷⁴ In senso diverso, v. SPACCAPELO, *Imparzialità, terzietà, neutralità e indipendenza degli arbitri*, cit., p. 168, ove l'A. afferma che «...si può sostenere che per il giudice statale conti più l'apparenza che la realtà: il solo fatto che il giudice "appaia" parziale [...] non è tollerato, a prescindere dalla verifica in concreto della sua effettiva parzialità. Per l'arbitro il ragionamento va capovolto: quello che realmente conta è che "sia" effettivamente imparziale».

⁷⁵ Il prof. Roger Perrot, citato da CARPI, *L'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità*, cit., p. 187 ss.

Ore 11.00 RELAZIONE DELL'AVV. ALBERTO MELONI



Avv. Alberto Meloni

Avvocato libero professionista iscritto all'ordine degli avvocati di Oristano, attualmente partner dello studio associato Sonino-Chiampan-Silanos con sede principale a Venezia, ove ha maturato esperienza in ambito arbitrale presso la camera arbitrale di Venezia.

Svolge attività di consulenza e assistenza giudiziale in ambito tributario e civile, con particolare riferimento al settore immobiliare e d'impresa.

E' attualmente membro del consiglio direttivo dell'A.N.A.D.IMM (associazione nazionale avvocati di diritto immobiliare) e presidente della sezione distrettuale Sardegna; membro della camera avvocati tributaristi del Veneto.

IL RUOLO DEL DIFENSORE NEL PROCEDIMENTO ARBITRALE

Nell'ambito del processo davanti all'Autorità Giudiziaria Ordinaria, siamo soliti inquadrare il ruolo del difensore come qualcosa di ben definito che si risolve nell'esercizio di una funzione assolutamente necessaria per l'effettiva tutela dei diritti della parte, primo fra tutti il diritto di difesa.

Ed anche nell'ambito del procedimento arbitrale, seppur in un contesto totalmente differente rispetto al processo ordinario, la partecipazione del difensore, di fatto, assume un'inegabile rilevanza per la semplice – e credo condivisa - ragione che, trattandosi di soggetto tecnicamente qualificato, è certamente in grado di assicurare una maggiore qualità nella gestione della controversia, sia sotto il profilo procedimentale, inteso come controllo del rispetto delle norme inderogabili a tutela del contraddittorio e del diritto di difesa, sia sotto il profilo del “risultato”, e cioè come capacità di proporre ed elaborare soluzioni tecniche che possano trovare recepimento nel lodo ai fini di una definizione giusta, equilibrata e ben calibrata sulle istanze proposte dalle parti, e ciò analogamente a quanto avviene nel processo dinanzi all'Autorità Giudiziale Ordinaria

Inoltre l'elevata – e sempre crescente – complessità delle vertenze compromesse in arbitri, richiede sempre più spesso la presenza di soggetti particolarmente qualificati.

Fatta questa premessa, in tema di arbitrato ci si aspetterebbe quindi di trovare nel nostro ordinamento un quadro normativo che conferisca e riconosca alla partecipazione del difensore un carattere di necessità.

Ci si aspetterebbe, in altri termini, di trovare nell'ambito del procedimento arbitrale una disposizione del tenore dell'art. 82 cpc, disposizione che nel processo prevede l'obbligo di assistenza tecnica, salvo limitatissimi casi.

Non è così.

La prima fondamentale differenza tra la figura del difensore nel giudizio ordinario e la figura del difensore nel procedimento arbitrale è proprio rappresentata dal fatto che, in forza dell'art. 816 bis) cpc, l'intervento del difensore nel giudizio arbitrale è meramente eventuale.

L'attuale formulazione dell'art. 816 bis cpc) prevede che: “...**Le parti possono stare in arbitrato per mezzo di difensori.** In mancanza di espressa limitazione, la procura al difensore si estende a qualsiasi atto processuale, ivi compresa la rinuncia agli atti e la determinazione o proroga del termine per la pronuncia del lodo. In ogni caso, il difensore può essere destinatario della comunicazione della notificazione del lodo e della notificazione della sua impugnazione...”.

La nomina del difensore nel procedimento arbitrale è dunque una mera facoltà.

Una delle ragioni per cui si ritiene che il legislatore non abbia voluto prevedere la difesa tecnica obbligatoria, risiede nel fatto che la presenza dell'avvocato nell'ambito del giudizio davanti all'A.g.o. è funzionale, tra l'altro, a costituire una sorta di "filtro" necessario a garantire un "quieto e sereno" svolgimento del processo, evitando così l'animosità che normalmente caratterizza l'agire delle parti in causa.

Il legislatore, in sostanza, attraverso il coinvolgimento dell'avvocato nel processo, ha inteso garantire un comportamento adeguato rispetto all'organo statale con cui si entra in contatto.

Questa esigenza, evidentemente, non è ravvisabile nell'ambito del procedimento arbitrale che si risolve in una vicenda tra privati, senza l'intervento di alcun organo pubblico, e quindi in un contesto in cui "regna" la piena autonomia.

Autonomia che consente addirittura alle parti di nominare un difensore che non sia necessariamente un avvocato.

Su questo aspetto, però, si innesta un intervento del legislatore, successivo alla riforma del 2006, e segnatamente l'art. 2, comma 5 della Legge n. 247/2012 "Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense" secondo cui: "*Sono attività esclusive dell'avvocato, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali*".

E' dunque indubbio che, quantomeno nell'arbitrato rituale, la difesa è riservata all'avvocato.

Tale disposizione, pertanto, sembra riconoscere all'arbitrato rituale un livello di tecnicità tale da richiedere l'intervento dell'avvocato al fine di garantire l'effettivo e compiuto esercizio del diritto di difesa della parte.

Questa disposizione lascia peraltro il dubbio se la procura debba soggiacere al disposto di cui all'art. 84 cpc, e quindi se debba contenere il nucleo "minimo" (ed inderogabile) di poteri attribuiti all'avvocato dalla citata disposizione.

Veniamo ora alla forma con cui può essere rilasciata la procura al difensore.

Anche sotto questo profilo, regna la massima "liberta" non trovando applicazione l'art. 83 cpc e non essendo espressamente prevista alcuna forma specifica, con la conseguenza la procura può essere validamente rilasciata anche in forma orale.

Questo approccio, tuttavia, pone non pochi problemi dal punto di vista pratico per l'inevitabile difficoltà di verificare l'effettivo contenuto della procura stessa e l'effettiva volontà della parte di ratificare l'operato dell'eventuale *falsus procurator*; è vero che tutto ciò può ricavarsi da fatti concludenti, ma è altrettanto vero che la ricostruzione della volontà delle parti, in assenza di documenti scritti, è sempre qualcosa di estremamente difficile.

Il problema è stato colto da una recente pronuncia della Cassazione (Cass. n. 5835/2018) che, muovendo dal dato testuale dell'art. 816 bis) cpc, ha stabilito che la procura debba rivestire la forma scritta.

In tale pronuncia la Corte si è così espressa: "*...ove la parte intenda partecipare al procedimento arbitrale non personalmente, ma a mezzo di un difensore, tale manifestazione di volontà deve risultare da un atto scritto che, pur non necessariamente astretto al rispetto del paradigma formale dell'art. 83 c.p.c., stante il principio di tendenziale libertà delle forme nel procedimento arbitrale, valga ad esternare univocamente la designazione del difensore con i relativi poteri rappresentativi, sovvenendo in tal senso un sicuro indice positivo desumibile dall'art. 816-bis c.p.c., laddove è riportato che "Le parti possono stare in arbitrato per mezzo di difensori. In mancanza di espressa limitazione, la procura al difensore si estende a qualsiasi atto processuale, ivi compresa la rinuncia agli atti e la determinazione o proroga del termine per la pronuncia del lodo"*

La Cassazione ha dunque finalmente chiarito, e speriamo che su questo si sviluppi un orientamento univoco, che la procura debba rivestire la forma scritta.

L'eventuale nullità della procura non determina però la nullità del lodo, a conferma, anche sotto questo profilo, del carattere eventuale e non necessario della partecipazione del difensore.

Da questi brevi cenni, emerge già come il difensore, nell'ambito del procedimento arbitrale, assuma il ruolo di semplice mandatario della parte, e da ciò deriva che il rapporto tra parte e difensore trovi regolazione nelle disposizioni dettate dal codice civile in tema di mandato, anche con riferimento agli atti compiuti dal *falsus procurator*, con la conseguenza che, nel procedimento arbitrale, gli atti compiuti dal difensore in difetto di potere sono equiparabili agli atti compiuti dal *falsus procurator* e possono pertanto essere sempre ratificati dalla parte. (secondo il disposto di cui agli artt. 1398 e 1399 c.c.).

In questo senso, la Cassazione, in un'importante sentenza a Sezioni Unite (Cas.. 9839/2011), ha marcato la distanza tra la figura del difensore nel processo davanti all'A.g.o e la figura del difensore nell'ambito del procedimento arbitrale, escludendo l'applicazione di una serie di disposizioni processuali.

In particolare, la Corte:

- ha escluso che nel giudizio arbitrale trovino applicazione le norme sul contenuto e la sottoscrizione degli atti, con particolare riferimento all'art. 125 cpc.;
- ha escluso che nel processo arbitrale possa trovare applicazione l'art. 82 cpc e, quindi, ha escluso la presenza necessaria del difensore;
- ha escluso che nel procedimento arbitrale possano trovare ingresso, per un semplice e generale richiamo contenuto nella convenzione arbitrale, le norme del codice di procedura civile
- ha anche escluso, ma su questo è stata contraddetta dalla successiva pronuncia sopra richiamata, che la procura debba rivestire la forma scritta; vi è da dire che la sentenza è anteriore all'introduzione della novella di cui all'art. 1° art. 2, comma 5 della Legge n. 247/2012.

Passando all'esame dei poteri che possono essere conferiti al difensore nell'ambito del procedimento arbitrale, occorre innanzitutto rilevare come l'art. 816 bis) cpc attribuisca una vastissima serie di poteri, notevolmente più ampi di quelli che ordinariamente competono al difensore nei giudizi davanti all'A.g.o, e ciò, inoltre, senza necessità di espressa menzione nella procura ad opera della parte.

Così dispone la richiamata disposizione: “*Le parti possono stare in arbitrato per mezzo di difensori. In mancanza di espressa limitazione, la procura al difensore si estende a qualsiasi atto processuale, ivi compresa la rinuncia agli atti e la determinazione o proroga del termine per la pronuncia del lodo. In ogni caso, il difensore può essere destinatario della comunicazione della notificazione del lodo e della notificazione della sua impugnazione*”

Forse proprio la natura facoltativa della nomina del difensore può spiegare la vastità dei poteri che gli vengono attribuiti.

Poteri che la parte potrà eventualmente limitare all'atto del conferimento della procura, col dubbio, relativamente all'arbitrato rituale, se tali limiti possano incidere sul “nucleo” minimo stabilito dall'art. 84 cpc, e ciò in ragione del fatto che la difesa tecnica, nell'arbitrato rituale, per espressa previsione dell'art. 1° art. 2, comma 5 della Legge n. 247/2012, è attività riservata all'avvocato.

La vastità dei poteri attribuiti al difensore secondo il disposto di cui all'art. 816 bis) cpc ha indotto la dottrina più autorevole a ritenere che il difensore, nell'ambito del procedimento arbitrale, rappresenti un sorta di “*alter ego*” della parte, quasi un sostituto processuale, ovviamente non in senso tecnico, perché l'agire del difensore non è comunque in nome proprio e non è legittimato da un interesse proprio, come accade invece nelle ipotesi cui si riferisce l'art. 81 cpc.

I poteri del difensore, per quanto ampi, non assorbono tutti i poteri in capo alla parte, residuando un nucleo di facoltà da questa esercitabili.

E forse è bene fare un accenno ai poteri che residuano in capo alla parte per circoscrivere, in negativo, l'ambito di operatività del difensore nel procedimento arbitrale, anche al fine di capire come vengono regolate le ipotesi di "interferenza" dell'agire del difensore rispetto ai poteri che vengono dalla legge riservati alla parte.

Di seguito, in sintesi, le facoltà che competono alla parte.

La parte ha, innanzitutto, la facoltà di nominare l'arbitro di parte.

In forza del disposto di cui all'art. 810 cpc la nomina dovrà avvenire con atto scritto notificato all'altra parte.

Ci si è chiesto cosa accada se la nomina dell'arbitro di parte venga effettuata con atto sottoscritto solo dal difensore.

La Corte di Cassazione, in una pronuncia ante riforma (Cas.. 6866/1992), nel ribadire che tale facoltà non è ricompresa tra i poteri del difensore ed è pertanto rimessa esclusivamente all'iniziativa di parte, ha stabilito che la nomina ad opera del solo difensore è inefficace nei confronti della parte rappresentata; la nomina potrà comunque essere ratificata dalla parte falsamente rappresentata attraverso una espressa dichiarazione (indirizzata alla controparte ed agli arbitri), oppure anche per fatti concludenti, come, nel caso affrontato dalla Corte, per l'aver firmato personalmente una memoria deposita nel corso del procedimento.

Spetta poi alle parti scegliere se rendere impugnabile o meno il lodo per errori di diritto relativi al merito della controversia, come stabilito dall'art. 829, comma 3 cpc; antecedentemente alla riforma la regola era inversa: nel silenzio delle parti era ammessa l'impugnazione del lodo per errori di diritto e l'esclusione di tale impugnabilità doveva risultare necessariamente da una espressa manifestazione di volontà.

Da segnalare, sotto il profilo della legge applicabile alla controversia, che la riforma Cartabia ha inserito la possibilità per le parti di indicare nella convenzione arbitrale, o in atto antecedente all'instaurazione del procedimento arbitrale, le norme o la legge straniera quale legge applicabile al merito della controversia.

Spetta altresì alle parti la facoltà di individuare il giudice investito del giudizio rescissorio nell'ipotesi in cui il lodo venga impugnato davanti alla Corte d'Appello e da questa annullato, facoltà espressamente prevista dall'art. 830, comma 2, cpc.

La scelta del giudice potrà essere contenuta nella convenzione arbitrale o in un separato atto, eventualmente concluso anche nel corso del procedimento arbitrale.

In relazione a tali ultimi poteri, e con riferimento alla perimetrazione dell'agire del difensore, è importante domandarsi se è ammissibile che le parti incarichino i difensori di stipulare un successivo accordo nel quale stabilire se il lodo sia o meno impugnabile per errori di diritto e quale debba essere il giudice investito del giudizio rescissorio.

Non risultano pronunce giurisprudenziali che abbiano affrontato esaustivamente la questione, ma possiamo dire che la dottrina maggioritaria ritiene di escludere tale possibilità.

E' pur vero che il difensore assume il ruolo, come abbiamo detto, di *alter ego* della parte, quasi (in senso atecnico) di sostituto processuale, ma è altrettanto vero che alcune facoltà, soprattutto per i *puristi* della matrice sostanziale della convenzione arbitrale, debbano rimanere in capo alle parti.

Spetta sempre alle parti l'individuazione della sede dell'arbitrato (art. 816 cpc), l'individuazione della lingua del procedimento, nonché l'individuazione delle norme procedurali che dovranno essere seguite dagli arbitri (art. 816 bis cpc).

L'esercizio di tali facoltà, nel silenzio delle parti, è rimesso agli arbitri che quindi, in tale ipotesi, svolgono un ruolo meramente suppletivo.

Questo ruolo, seppur rimesso agli arbitri e non ai difensori, è molto interessante dal punto di vista operativo perché, come sappiamo, gli arbitri dovranno inevitabilmente rapportandosi con i

difensori che, quindi, in questa fase, concorrono all'esercizio di poteri e facoltà che in prima battuta sono attribuiti alle parti.

Delimitato in senso negativo l'ambito di operatività del difensore, passiamo ad esaminare più da vicino i poteri che gli sono attribuiti.

Vanno innanzitutto menzionati i poteri funzionali a porre fine al procedimento o procrastinarne la durata.

Ai sensi dell'art. 816 bis), primo comma, il difensore ha il potere di rinunciare agli atti ed il potere di prorogare il termine per la pronuncia del lodo.

Si tratta di poteri che spettano al difensore, salva espressa deroga contenuta nella procura.

E' altresì attribuito al difensore il potere di sollevare una serie di eccezioni a pena di decadenza: il mancato esercizio di tali poteri comporterà inevitabilmente l'impossibilità per la parte di sollevare l'eccezione in sede di impugnazione del lodo.

Mi riferisco, in particolare, al potere di eccepire la decadenza degli arbitri per intervenuta decorrenza del termine stabilito per la pronuncia del lodo (art. 821 cpc).

Tale eccezione va necessariamente sollevata con atto notificato altre parti ed agli arbitri.

In passato, prima della riforma, si riteneva che tale potere spettasse alle parti che quindi dovevano sollevare l'eccezione personalmente.

Oggi, data la formulazione dell'art. 816 bis) cpc che attribuisce genericamente al difensore il potere di compiere "*qualsiasi atto processuale*", è pacificamente ammesso che l'eccezione possa essere sollevata dal difensore.

Altra importante eccezione, da sollevare a pena di decadenza, è l'eccezione di violazione delle disposizioni imposte dalle parti a pena di nullità.

Sempre sotto il profilo dei poteri d'eccezione, spetta al difensore il potere di sollevare l'eccezione di esorbitanza delle conclusioni rassegnate dalla controparte rispetto al perimetro dell'arbitrato, così come definito dalla convenzione arbitrale.

La mancata eccezione di esorbitanza delle conclusioni, comporta, anche in questo caso, la preclusione di far valere tale violazione nell'ambito del giudizio di impugnazione; i tempi entro cui dev'essere sollevata tale eccezione sono particolarmente ampi, essendo sufficiente introdurla negli scritti conclusionali.

Questa eccezione è molto interessante, in quanto il mancato esercizio della stessa rappresenta un'ipotesi (del tutto eccezionale) in cui per effetto di un comportamento omissivo del difensore muta il perimetro del giudizio e, quindi, di fatto il difensore incide sotto il profilo sostanziale sulla convenzione arbitrale, il che è materia, come sappiamo, rimessa all'esclusiva volontà delle parti.

Spicca in questo senso una connotazione "processualistica" della convenzione arbitrale che cozza inevitabilmente con la tradizionale teoria che attribuisce alla convenzione stessa una natura puramente sostanziale.

In conclusione, vale la pena fare anche un accenno all'arbitrato irrituale per chiarire si i poteri del difensore che abbiamo appena elencato competano al difensore anche in tale ambito.

In estrema sintesi.

- pur non essendo tecnicamente configurabile la rinuncia agli atti del giudizio, non pare che ci siano preclusioni al fatto che il difensore possa essere munito di tale potere, che però deve essere inquadrato come un recesso dal mandato;
- non pare possa essere attribuito al difensore il potere di individuare e prorogare il termine per la pronuncia del lodo; come chiarito dalla Cassazione (Cass. 13212/2014) la modifica del termine implica la modifica del mandato conferito agli arbitri di concludere un negozio;

- appare difficilmente configurabile in capo al difensore il potere di eccepire la violazione delle disposizioni previste a pena di nullità, posto che tale violazione integra, ai sensi dell'art. 808 ter n. 4 cpc un motivo di nullità del lodo che non necessita una specifica eccezione;
- una specifica eccezione è invece richiesta per far valere i limiti della convenzione arbitrale (808 ter cpc), ma in questo caso l'eventuale estensione del perimetro va intesa come accettazione tacita dell'allargamento del mandato, così da consentire agli arbitri di declinare il nuovo incarico.
- Analogamente, è necessario sollevare una specifica eccezione per far valere l'invalidità della convenzione arbitrale. Qui, però, diversamente dall'arbitrato rituale, l'eccezione può essere sollevata in qualsiasi momento prima del lodo.

Queste, in sintesi, le linee che possono oggi tratteggiare, seppur sommariamente, il ruolo del difensore nel procedimento arbitrale.

Sarà interessante assistere all'evoluzione legislativa dell'istituto dell'arbitrato per comprendere se – ed in che misura – la tendenza sempre più diffusa ad esaltarne il carattere giurisdizionale inciderà - com'è probabile – sul ruolo de difensore.

Ore 11.30 RELAZIONE DELL'AVV. FABRIZIO MONTALDO



Avv. Fabrizio Montaldo - Professore Aggregato di Diritto Processuale Civile e Ordinamento Giudiziario

Attualmente insegna, in qualità di Professore aggregato per il settore IUS/15, Diritto processuale civile nel Corso di Laurea in Scienze dei Servizi Giuridici dell'Università di Cagliari. Appartiene altresì al corpo docente della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari. È componente della Giunta del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari. È avvocato cassazionista ed esercita la libera professione nei settori del diritto civile, commerciale e bancario.

IL RAPPORTO TRA ARBITRATO E GIUDIZIO ORDINARIO

PREMESSA.

Il tema assegnato è forse tra i più complessi nello studio dell'arbitrato, occupandosi di disciplinare quelle interferenze che nella pratica si verificano tra arbitrato e processo di cognizione ordinario.

Della materia si è occupato il legislatore a partire dal 1983 (L. 9 febbraio 1983, n. 28) con la prima riforma dell'arbitrato, di seguito nel 1994 (L. 5 gennaio 1994, n. 25), nel 2006 (D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 – quella di maggiore impatto nell'equiparare l'arbitrato al giudizio ordinario), e, infine, nel 2022 con la riforma Cartabia (D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 anch'essa di non poco momento per le innovazioni introdotte).

Il filo conduttore delle riforme via via susseguitesì è stato senza dubbio quello di parificare, in particolare sotto il profilo della disciplina e degli effetti, il giudizio arbitrale a quello ordinario, con l'evidente obiettivo di favorire il ricorso da parte dei privati a questa forma alternativa di tutela.

Di pari passo con i predetti interventi del legislatore ha preso vita, anzi, più correttamente, ha ricevuto nuova linfa, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sorto sin dal codice del 1865, e non ancora sopito, sulla natura contrattuale o giurisdizionale dell'arbitrato, natura che all'evidenza incide sulla disciplina pratica dei molteplici casi, in cui, per una lacuna del legislatore, emerge un ambito ove si verifichi una sovrapposizione delle due sedi di tutela, privata e giurisdizionale.

Non essendo possibile indugiare in questa sede su tale aspetto, si ritiene di condividere quella tesi, secondo cui l'arbitrato nella sua accezione oggettiva è sicuramente giurisdizione. In proposito non può invero sottacersi che la Corte Costituzionale con la nota sentenza del 28 nov. 2001, n. 376 ha statuito che <<L'arbitrato rituale costituisce un procedimento disciplinato dal codice di procedura

civile per l'applicazione obbiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile. Pertanto il giudizio arbitrale è omogeneo a quello che si svolge davanti agli organi statali di giurisdizione.

Per contro non può affermarsi che l'arbitrato sia giurisdizione dal punto di vista soggettivo, perché l'arbitro non ha poteri autoritativi e la sua attività non è disciplinata dal diritto pubblico (così Luiso, Diritto Processuale, V, p. 116).

A conferma di quanto appena detto si erge l'art. 102 Cost. che espressamente prevede: <<la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario>>.

Non ha pertanto senso chiedersi, almeno nel senso inteso dalla predetta disposizione costituzionale, se l'arbitrato sia giurisdizione.

Sempre su questa scia (v. Punzi, Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato, in Riv.dir.proc. 1/2014, p. 25) si è di recente affermato che “... con lo sgretolamento del monopolio statale della giurisdizione si è ormai determinato il superamento della tradizionale alternativa e contrapposizione <contrattualità-giurisdizionalità> dell'arbitrato”.

Nonostante la sostanziale equiparazione dell'arbitrato al giudizio di cognizione ordinario, resta da verificare se le insuperabili differenze dell'arbitro dal giudice – tra soggetto privato e soggetto pubblico - possano in alcun modo riflettersi sul modo di essere del lodo arbitrale e in specie sui limiti oggettivi e soggettivi del giudicato sullo stesso formatosi, essendo stato anche di recente autorevolmente affermato che “oggi sembra fuori dal tempo tentare l'assimilazione del lodo alla sentenza dello Stato: la decisione in cui culmina l'arbitrato, infatti, <vincola le parti senza che quel vincolo possa ammantarsi dell'autorità di cosa giudicata in senso sostanziale che solo dell'attività giurisdizionale è il blasone di nobiltà>” (Punzi, op.cit., p. 15, Carpi, in Aa.Vv., Arbitrato, 2° ed, diretto da F. Carpi, Bologna 2007, sub art. 824-bis, 588).

OGGETTO DELL'INDAGINE.

Il rapporto tra arbitrato e giudizio di cognizione ordinario, nei termini *in limine* indicati – ovverosia delle interferenze che nella pratica si verificano tra i due ambiti di tutela -, ha una portata ben più ampia di quella cui fa riferimento l'art. 819 *ter* c.p.c., rubricato per l'appunto *rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria*, ricomprendendo quantomeno la recente attribuzione di potestà cautelare

agli arbitri e la *translatio iudicii* (novità introdotte dalla Riforma Cartabia), nonché la gittata, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, del giudicato formatosi sul lodo.

L'art. 819 *ter* cpc. (e l'art. 817)

La disposizione in esame, introdotta dalla terza riforma dell'arbitrato (quella del D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) e modificata in punta di penna dalla Riforma Cartabia, si propone di disciplinare, unitamente all'art. 817, i due effetti che scaturiscono dalla convenzione di arbitrato: convenzione che, come è noto, da un lato, fonda il potere decisorio degli arbitri e, dall'altro, impedisce quello del giudice ordinario.

La disciplina adottata dalle due citate disposizioni è quella della *Kompetenz-Kompetenz*, ovvero sia che ogni giudice è <<*giudice della propria competenza*>>.

Come emerge dal testo di entrambe le disposizioni, il rapporto che viene a costituire la convenzione d'arbitrato tra l'arbitro e il giudice ordinario è ricondotto dal legislatore all'istituto della competenza. Anche se non si è mancato di osservare che la convenzione d'arbitrato, escludendo lo *jus dicere* di qualunque giudice dello Stato con riguardo ai diritti cui si riferisce, provocherebbe più propriamente un difetto assoluto di giurisdizione (v., Luiso, Diritto Processuale, V, p. 193 e ss.).

Cominciando dall'esame dell'art. 817 c.p.c., che si occupa della disciplina dell'incompetenza nel giudizio arbitrale, il legislatore ha così disposto:

<<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.

Questa disposizione si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento. La parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile.

La parte, che non eccepisce nel corso del procedimento arbitrale che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione d'arbitrato, non può, per questo motivo, impugnare il lodo>>.

La disposizione che, come detto riconduce le questioni relative alla convenzione di arbitrato nell'ambito della competenza e adotta la scelta del criterio *Kompetenz-Kompetenz*, prevede la tempestività dell'eccezione di incompetenza (da sollevare non nell'atto di nomina, ma nella prima difesa all'interno del processo arbitrale) e sanziona la mancata o tardiva proposizione dell'eccezione

di incompetenza con la perdita del potere di impugnare il lodo per il motivo di cui all'art. 829, n. 1 c.p.c..

Da precisare che detta limitazione non troverebbe applicazione, secondo autorevole dottrina (Luiso, *op.loc.cit.*) con riguardo al convenuto contumace, sul rilievo che non sarebbe accettabile <<costringere la parte chiamata in arbitrato di costituirsi in quella sede – e di sostenerne i costi - al solo fine di far rilevare la non decidibilità nel merito della convenzione di arbitrato>>. In tal senso anche Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 28/02/2019, n. 5824.

Un'altra eccezione alla perdita del potere di impugnare il lodo per il motivo di cui all'art. 829, n. 1 c.p.c. è stato introdotto dalla giurisprudenza comunitaria, avendo la Corte di Giustizia statuito (sent. 26.10.2006, nella causa C-168/2005, Mostaza Claro) che la mancata rilevazione, nel corso del processo arbitrale, della nullità della clausola compromissoria per la sua vessatorietà, in violazione delle disposizioni a tutela del consumatore (norme comunitarie di rango primario), non impedisce la proposizione dell'eccezione di incompetenza in sede di impugnazione del lodo.

Infine, la previsione che la questione (di rito) relativa all'incompetenza degli arbitri debba essere fatta valere attraverso l'impugnazione del lodo, esclude che tutte le questioni sulla validità, efficacia e ambito applicativo della convenzione di arbitrato possano essere fatte valere al di fuori di tale mezzo di impugnazione.

Sulla stessa scia si pone, con riguardo al rilievo di incompetenza nel giudizio di cognizione ordinario, l'art. 819 *ter* c.p.c. che al secondo comma (o nell'ultima parte del primo) prevede che: <<L'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio>>.

Anche in questo caso l'eccezione di incompetenza dovrà essere tempestiva, dovendo essere proposta nel primo atto difensivo, ovverosia nella comparsa di risposta da depositare nel termine di 70 giorni prima della data d'udienza indicata in citazione (ovvero nel diverso termine previsto per il deposito della comparsa di costituzione nel procedimento semplificato di cognizione). Il legislatore, in questo caso, ricollega invece alla mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione di incompetenza, la perdita di competenza degli arbitri, ma limitatamente a quel giudizio, con conseguente successiva applicabilità della convenzione d'arbitrato alle future controversie tra le parti (ma anche alla precedente nel caso di estinzione del giudizio ordinario ove non era stata sollevata l'eccezione in discorso).

Trattandosi di una questione di competenza, <<La sentenza o l'ordinanza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43>>. In caso di pronuncia sulla sola competenza, lo

strumento sarà quello del regolamento necessario, mentre nel caso di pronuncia sia sulla competenza sia sul merito, lo strumento sarà quello del regolamento facoltativo di competenza, sempreché la parte, ai sensi del richiamato art. 43 c.p.c., non intenda avvalersi delle impugnazioni ordinarie per censurare la questione di competenza unitamente a quella di merito.

Più proprie del rapporto tra arbitro e il giudice ordinario sono le disposizioni del primo e ultimo comma della disposizione sotto analisi.

Specificatamente, il primo comma stabilisce che *<<La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice>>*, mentre l'ultimo che *<<In pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato>>*.

L'analisi deve partire dall'ultimo comma.

La disposizione *de quo* – unitamente a quella del primo comma - ribadisce certo l'impostazione legislativa del criterio *Kompetenz-Kompetenz*, ma la sua portata più rilevante – e ciò secondo la sua corrente interpretazione (cfr. Vaccarella, “La contemporanea pendenza del procedimento arbitrale e del giudizio ordinario”, in Riv. dir. proc. 2019, n. 1, p 191 ss) – è che la stessa escludendo la proponibilità delle predette domande durante la pendenza dell'arbitrato, ne avallerebbe per contro la preventiva proposizione, fugando così i dubbi manifestati sull'ammissibilità di una domanda di mero rito, quale appunto quella in esame, che rileva ai soli fini della determinazione della competenza dell'arbitro ovvero del giudice.

La disposizione in commento confermando la proponibilità di domande giudiziarie aventi ad oggetto la validità e l'efficacia della convenzione d'arbitrato, conferma altresì l'efficacia – o se si preferisce la vincolatività - della relativa pronuncia nei confronti delle parti, nonché la sua attitudine al giudicato (ovvero a definire una volta per tutte tale questione).

Ne consegue che tanto l'arbitro quanto il giudice ordinario resteranno vincolati a tale statuizione, perfino nei casi in cui mancata proposizione dell'eccezione di compromesso, stante la rilevabilità d'ufficio del giudicato (contra Cass. 02/02/2022, n. 3255, secondo cui *<<in tema di efficacia di giudicato esterno del lodo arbitrale, la forza del giudicato sostanziale assiste soltanto le pronunzie giurisdizionali a contenuto decisorio di merito, vale a dire quelle che statuiscono in ordine all'esistenza delle posizioni soggettive tutelate e dedotte in giudizio, ma non assiste le statuizioni di carattere processuale, attinenti cioè alla costituzione del giudice, o alla determinazione dei suoi poteri, ovvero allo svolgimento del processo, decisioni che producono effetti limitati al rapporto processuale nel quale sono emanate. Pertanto, la decisione circa la natura ed i limiti della "potestas iudicandi" attribuita agli arbitri, appartenendo alle statuizioni di carattere processuale, non spiega*

alcuna efficacia esterna con riguardo ad un successivo giudizio, neppure se vertente tra le stesse parti e concernente il medesimo rapporto sostanziale>>).

Da segnalare, ancora, che secondo parte della dottrina (v. Vaccarella, *op.loc.cit.*), la pendenza del giudizio in discorso dovrebbe determinare la sospensione del procedimento arbitrale nelle more proposto, stante il carattere marcatamente pregiudiziale della questione. Dall'altra parte l'inapplicabilità dell'art. 295 c.p.c. prevista dall'art. 819 *ter*, riferendosi esclusivamente alla soluzione di conflitti positivi ovvero negativi tra arbitri e AGO, non riguarderebbe la domanda legittimamente proposta in via preventiva ai sensi dell'ultimo comma, che mira per contro a prevenire ogni conflitto.

Nel caso di mancata proposizione in via preventiva di detta domanda o di sua definizione antecedentemente all'introduzione del giudizio arbitrale, il primo comma, come detto, dispone che *La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice.*

Il nostro ordinamento, oltre ad aver sposato il criterio *Kompetenz-Kompetenz*, ha altresì adottato il conseguente sistema delle cd. vie parallele, consentendo alle parti, nonostante la pendenza della causa davanti al giudice ordinario, di introdurre altra identica davanti agli arbitri.

Bisogna a questo punto individuare un criterio per la risoluzione del potenziale conflitto tra le diverse decisioni e per individuare quale di queste prevalga sull'altra.

Secondo autorevole dottrina (v. Vaccarella, *op. cit.*, p 191 ss) bisogna distinguere il caso in cui le parti siano state inerti e non abbiano sollevato l'eccezione di incompetenza, in particolare nel procedimento pendente davanti all'AGO.

E ciò in considerazione del diverso regime sanzionatorio dell'inerzia: difatti, la mancata tempestiva proposizione nel procedimento arbitrale comporta, ex art. 817, 2° comma, provoca *la non impugnabilità del lodo per incompetenza*, mentre, in quello giurisdizionale, <<*la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*>>.

Si osserva in particolare che dalla diversa formulazione delle due norme discende che l'inerzia della parte nel proporre l'eccezione di incompetenza ha effetti diversi: i due procedimenti si svolgeranno parallelamente, ma la decisione di merito del giudice – la semplice decisione (anche se impugnabile) – è idonea a prevalere sul lodo se sopravviene prima che il lodo diventi «non più impugnabile». In altri termini: «la controversia decisa» (e, quindi, nel merito) dal giudice grazie alla mancata proposizione dell'eccezione di compromesso «esclude la competenza arbitrale» e comporta – nonostante l'incompetenza degli arbitri non sia deducibile, ex art. 829, n. 4, in sede di impugnazione – **la nullità del lodo per carenza della potestas iudicandi**, sempre che su questo punto non si sia già formato il giudicato (Vaccarella, *op.cit.*, p 191 ss.)

Lo stesso Autore soggiunge: *non importa – in tal senso è la chiara lettera della norma – che la sentenza di merito sia passata in giudicato, rileva soltanto che il giudice abbia deciso nel merito la controversia prima che la decisione degli arbitri (esplicita o implicita) sulla propria competenza sia divenuta irretrattabile: ai sensi dell’art. 161 c.p.c., solo il giudicato formatosi sulla questione rende irrilevante «l’esclusione» della competenza degli arbitri.*

Qualora l’eccezione di incompetenza sia stata sollevata, non sorge ovviamente alcun problema se l’arbitro e il giudice abbiano correttamente deciso. Diversamente potrà verificarsi un conflitto positivo, qualora entrambi si siano ritenuti competenti, ovvero negativo nel caso in cui entrambi si siano invece dichiarati incompetenti, riconoscendo l’arbitro l’invalidità-inefficacia della clausola e il giudice, al contrario, la sua validità ed efficacia.

Nel caso di conflitto positivo, la soluzione sarà quella della prevalenza del provvedimento che sia divenuto per primo irretrattabile, vincolando il giudicato nel frattempo formatosi il giudice ordinario ovvero l’arbitro.

Ma questo varrà anche nel caso di conflitto negativo, nel senso che in presenza di un giudicato che accerti l’incompetenza, il giudice o l’arbitro presso il quale pende ancora il relativo procedimento sarà vincolato da detta pronuncia e non potrà affermarsi incompetente, dovendo pertanto decidere nel merito (così, Luiso, *op.loc.cit.*).

E’ stato correttamente osservato che il criterio Kompetenz-Kompetenz, in virtù del quale ciascun giudice <<è giudice della propria competenza>> non può impedire che lo stesso possa subire alcun vincolo (così, Luiso, *op.loc.cit.*).

L’art. 819 *ter*, infine, esclude che <<nei rapporti tra arbitrato e processo>> si applichino <<regole corrispondente agli artt. 44, 45 ... e 295>>: quanto all’articolo 50 – inteso come mero meccanismo che consente la «prosecuzione» del giudizio (e, quindi, del tutto estraneo alla soluzione di conflitti di competenza) – ha opportunamente provveduto, salvaguardando gli effetti della domanda proposta ad organo incompetente, la Corte costituzionale con la sentenza n. 223 del 2013.

La ragione della inapplicabilità di <<regole corrispondenti agli articoli 44 e 45 ... e 295>> è da rintracciare nei principi sopra indicati per cui né il giudice è vincolato a quanto deciso dagli arbitri né gli arbitri sono vincolati a quanto deciso dal giudice ordinario; il conflitto si risolve secondo il giudicato che, sulla questione, per primo si è formato. E ciò, appunto, secondo il criterio del Kompetenz-Kompetenz e delle strade parallele adottate dal nostro ordinamento.

Da osservare, infine, che far conseguire dal passaggio in giudicato di una decisione la soluzione del conflitto (anche) negativo risolve diverse questioni pratiche, rafforzando le esigenze di tutela della parte che ha ragione (v. in proposito Vaccarella, *op. cit.*, p. 199).

L'art. 819 quater. *La translatio iudicii.*

La riforma Cartabia, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 819 *ter* comma 2, c.p.c. (sent. 223/2013), nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 c.p.c., ha introdotto l'art. 819 *quater* che così dispone:

<<Il processo instaurato davanti al giudice continua davanti agli arbitri se una delle parti procede a norma dell'articolo 810 entro tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza con cui è negata la competenza in ragione di una convenzione di arbitrato o dell'ordinanza di regolamento.

Il processo instaurato davanti agli arbitri continua davanti al giudice competente se la riassunzione della causa ai sensi dell'articolo 125 delle disposizioni di attuazione del presente codice avviene entro tre mesi dal passaggio in giudicato del lodo che declina la competenza arbitrale sulla lite o dalla pubblicazione della sentenza o dell'ordinanza che definisce la sua impugnazione.

Le prove raccolte nel processo davanti al giudice o all'arbitro dichiarati non competenti possono essere valutate come argomenti di prova nel processo riassunto ai sensi del presente articolo.

L'inosservanza dei termini fissati per la riassunzione ai sensi del presente articolo comporta l'estinzione del processo. Si applicano gli articoli 307, quarto comma, e 310>>.

Mentre la riassunzione del procedimento davanti al giudice ordinario, avvenendo nelle consapute forme della comparsa di riassunzione, non reca difficoltà interpretative, quella davanti agli arbitri reca non pochi problemi, e ciò per le peculiarità di introduzione del procedimento arbitrale, che possono variare a seconda dei casi (clausola binaria, arbitrato amministrato *et cetera*).

Partendo dal caso più semplice e ricorrente in cui le parti siano legate da una c.d. clausola binaria, non vi è dubbio che l'istante dovrà procedere nei tre mesi a notificare alla controparte l'atto in cui nomina il suo arbitro e la invita a nominare a sua volta un arbitro: la notifica tempestiva di questo atto impedisca l'estinzione del processo e fa salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda irritualmente proposta di fronte al giudice statale.

Più complesso è il caso in cui le parti abbiano fatto rinvio ad un arbitrato amministrato, in specie quando le regole del relativo organo prevedano delle modalità di introduzione dell'arbitrato differenti rispetto all'art. 810 c.p.c., come ad esempio il deposito della domanda di arbitrato presso il competente organismo, che provvederà di seguito a nominare l'arbitro o gli arbitri. L'esigenza di salvaguardare gli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente mal proposta, comporterà che entro quei tre mesi l'interessato debba procedere certamente a depositare la domanda di arbitrato presso il competente organismo (cfr. Bove, *La riforma dell'arbitrato*, in *Giur.it*, 449 ss).

Analogamente dovrà procedersi nel caso in cui il giudizio privato debba essere gestito da un arbitro da nominarsi ad opera di un terzo designatore.

In entrambi i casi, l'interessato oltre a sollecitare per iscritto il terzo designatore, dovrà altresì procedere nei detti tre mesi, a notificare alla controparte un atto in cui dia atto di aver ricorso all'organismo designato e richiami la domanda precedentemente proposta di fronte al giudice incompetente.

Per ragioni massima prudenza alcuni autori suggeriscono (considerato anche il contenuto del quarto comma dell'art. 810 c.p.c.), e ciò nell'attesa di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, che l'interessato, in caso di inerzia dell'organismo designato, debba, prima della scadenza del termine dei tre mesi, fare ricorso al presidente del tribunale competente per la nomina dell'arbitro o degli arbitri, pena la perdita dell'effetto in sanatoria (così Bove, La riforma dell'arbitrato, in Giur.it, 450).

Effetti sostanziali della domanda

Artt. 818, 818 bis e 818 ter.

La riforma Cartabia recependo le istanze della dottrina, che da anni sollecitava l'attribuzione di poteri cautelari in capo agli arbitri, anche al fine di assicurare una maggiore competitività dell'arbitrato italiano, ha innovato l'art. 818 c.p.c., disponendo che *<<Le parti, anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali, possono attribuire agli arbitri il potere di concedere misure cautelari con la convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale. La competenza cautelare attribuita agli arbitri è esclusiva.*

Prima dell'accettazione dell'arbitro unico o della costituzione del collegio arbitrale, la domanda cautelare si propone al giudice competente ai sensi dell'articolo 669 quinquies>>.

Ciò che immediatamente si nota è che il potere cautelare non è attribuito dalla legge, ma dalle parti. Ciò può avvenire anche mediante il rinvio a regolamenti arbitrali che attribuiscono tali poteri agli arbitri (secondo una recente indagine la maggioranza dei regolamenti arbitrali predisposti dai vari enti preposti, camere di commercio *et cetera*, contemplan l'attribuzione di tali poteri agli arbitri).

La disposizione soggiunge che la competenza attribuita agli arbitri è esclusiva, con la conseguenza che nel caso in cui sia adito per la misura cautelare il giudice ordinario, quest'ultimo dovrà (dovrebbe) dichiararsi incompetente, e ciò anche in considerazione della previsione di inderogabilità della competenza cautelare prevista dall'art. 28 c.p.c..

Sia però consentito osservare che detta ultima disposizione non parrebbe applicabile nel caso di specie, essendo diretta a disciplinare la competenza funzionale tra giudici e non tra questi ultimi e gli arbitri che appartengono a ben vedere ad un plesso giurisdizionale diverso.

Che la competenza cautelare non sia inderogabile – e come tale eccezione di parte – lo si coglie dall'ulteriore che il potere in discorso non è attribuito agli arbitri dalla legge, ma dalla volontà delle parti.

D'altra parte, se si tratta di un potere decisorio conferito dalle parti agli arbitri, lo stesso, per definizione, può essere sottratto dalla volontà delle medesime parti nel caso concreto (v. Salvaneschi, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 753).

Pertanto, qualora una parte si rivolga al giudice per la tutela cautelare di un diritto e l'altra non ne eccepisca l'incompetenza, resterà ferma la competenza del giudice adito, secondo quanto tratteggiato dall'art. 819 *ter*, a mente del quale <<*La mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*>>.

Le esigenze di rapidità della tutela cautelare hanno condotto il legislatore ad attribuire la relativa competenza, antecedentemente all'accettazione dell'arbitro unico o alla costituzione del collegio arbitrale, al giudice che sarebbe stato competente per il merito.

E' da precisare che, ai sensi dell'art. 5 c.p.c. – *momento determinate della giurisdizione e della competenza* –, la competenza del giudice adito ai sensi del secondo comma dell'art. 818 c.p.c. resterà ferma anche qualora l'accettazione dell'arbitro unico o la costituzione del collegio arbitrale intervengano prima della pronuncia sulla misura cautelare richiesta.

Mentre dell'eventuale revoca e/o modifica della misura cautelare, e ciò vale anche per quella emessa dal giudice nei casi di cui al secondo comma della disposizione in esame, sarà sempre competente l'arbitro, secondo quanto previsto dall'art. 669 *decies* ult. comma, che – a seguito della Riforma Cartabia – fa salvo quanto disposto dall'art. 818, comma 1, c.p.c..

Può quindi affermarsi che nei casi in cui non sia stato attribuito alcun potere cautelare agli arbitri, la modifica e/o la revoca dovrà essere richiesta al giudice che ha emesso la misura cautelare; mentre nel caso di loro attribuzione, la modifica e/o la revoca dovranno essere richieste, anche con riguardo alle misure emesse antecedentemente all'accettazione dell'arbitro unico o alla costituzione del Collegio arbitrale, all'arbitro, quale giudice del merito e dotato di competenza esclusiva in materia cautelare.

In caso di diniego della misura cautelare, e ciò anche nel caso di cui al citato secondo comma, la domanda cautelare, potrà essere riproposta davanti arbitri, condizionatamente alla sussistenza delle condizioni previste dall'art. 669 *septies* cpc.

Più complesso è invece il discorso relativo alla disposta reclamabilità delle misure cautelari emesse dall'arbitro.

L'art. 818 *bis*, rubricato *Reclamo*, dispone che <<*Contro il provvedimento degli arbitri che concede o nega una misura cautelare è ammesso reclamo a norma dell'articolo 669 terdecies davanti*

alla corte di appello, nel cui distretto è la sede dell'arbitrato, per i motivi di cui all'articolo 829, primo comma, in quanto compatibili, e per contrarietà all'ordine pubblico>>.

In primis, deve osservarsi che il reclamo, come disciplinato dall'art. 669 *terdecies*, è un mezzo di impugnazione a critica libera, ad effetto devolutivo automatico e pienamente sostitutivo.

Per contro, l'impugnativa del lodo è un mezzo di impugnazione a critica vincolata, ad effetto devolutivo limitato ai mezzi di censura dedotti e prevalentemente rescindente.

Il rilievo che il legislatore abbia limitato il controllo sul provvedimento cautelare ai motivi di cui all'art. 829 primo comma, escludendo sostanzialmente un controllo di merito sul provvedimento cautelare dell'arbitro da parte del giudice del reclamo (manca invero al richiamo al terzo e al quarto comma della citata disposizione), pone non pochi problemi sull'applicazione del richiamato art. 669 *terdecies*, nella parte in particolare che prevede una pronuncia sostitutiva di merito.

Ciò che forma oggetto di discussione è se la Corte d'Appello, a seguito dell'accoglimento del reclamo, possa o meno pronunciare nel merito, concedendo la misura invocata.

A favore della risposta negativa milita l'argomento che il legislatore ha attribuito la competenza cautelare in via esclusiva agli arbitri, sottraendola all'AGO e il rilievo che la pronuncia rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione del lodo è ammessa in limitati casi (oltre al rilievo l'eventuale pronuncia di merito creerebbe per giunta un'intollerabile interferenza da parte del giudice statale, in contrasto con i principi in materia).

A favore della risposta positiva milita invece il richiamo *tout court* all'art. 669 *terdecies*, che diversamente dall'impugnativa sul lodo è misura dichiaratamente sostitutiva, nonché e soprattutto le esigenze di effettività della tutela, che sarebbero invece minate, qualora il reclamo avesse mera efficacia rescindente e la parte dovesse riproporre la domanda cautelare davanti agli arbitri.

Sul piano dei valori non v'è dubbio che prevalga l'esigenza di effettività della tutela (cfr. Salvaneschi, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 766).

Consequente al condiviso rilievo che l'esercizio della forza spetta allo Stato, l'attuazione delle misure cautelari è stata sottratta agli arbitri.

L'art. 818 *ter* prevede invero che *<<L'attuazione delle misure cautelari concesse dagli arbitri è disciplinata dall'articolo 669 duodecies e si svolge sotto il controllo del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato o, se la sede dell'arbitrato non è in Italia, il tribunale del luogo in cui la misura cautelare deve essere attuata.*

Resta salvo il disposto degli articoli 677 e seguenti in ordine all'esecuzione dei sequestri concessi dagli arbitri. Competente è il tribunale previsto dal primo comma>>.

Non essendo richiesto l'*exequatur* della misura cautelare, diversamente da quanto ancora previsto per il lodo, la parte che intenda attuare la misura cautelare potrà recarsi dall'ufficiale giudiziario con una copia autentica del provvedimento cautelare emesso nel procedimento arbitrale.

Efficacia di giudicato del lodo. Limiti oggettivi e limiti soggettivi.

Che l'accertamento contenuto nel lodo possa acquisire efficacia di giudicato a seguito della mancata impugnazione nei termini ovvero di rigetto della stessa è dato assodato, recepito dallo stesso legislatore.

La prima questione attiene ai limiti oggettivi del giudicato che si forma sul lodo, ovverosia se il giudicato si estenda o meno alle questioni pregiudiziali.

Dall'esame delle disposizioni in materia di arbitrato può affermarsi che sulle questioni pregiudiziali – ovverosia su tutti quei fatti-diritto che integrano la fattispecie costitutiva del diritto azionato in giudizio ovvero un fatto estintivo, modificativo o impeditivo dello stesso diritto azionato in giudizio - il giudice pronuncia senza forza di giudicato.

Pronuncia diversamente con autorità di giudicato nel caso in cui tali fatti-diritto siano coperti dalla convenzione di arbitrato e sussista una volontà di legge o un'espressa domanda della parte e comunque si vi sia una concorde richiesta delle parti, eccezion fatta per le materie che non possano essere oggetto di convenzione d'arbitrato.

Il riferimento da parte del legislatore alle questioni rilevanti ai fini della decisione parrebbe che ai fini dell'ambito oggettivo del giudicato non sia possibile distinguere, come avviene in sede di esegesi dell'art. 34 c.p.c., tra questioni pregiudiziali in senso logico e quelle in senso logico, con conseguente mancata estensione del giudicato a queste ultime.

Vi è da chiedersi se il giudicato formatosi sul lodo arbitrale, in considerazione dello *status* degli stessi arbitri, non equiparabile a quella dei giudici, possa avere efficacia nei confronti dei terzi, limitatamente a quanto accade per la sentenza (e negli stretti limiti individuati dalla giurisprudenza e dalla dottrina).

In particolare, è da chiedersi se il lodo possa accertare alcun diritto con efficacia *erga omnes*, come avviene per le sentenze in materia di diritto assoluti, in specie quelli reali, restando diversamente in tali casi un mezzo di tutela privo di alcun interesse per le parti in contesa.

Potrebbe avanzarsi una risposta timidamente positiva in considerazione della previsione dell'art. 831 c.p.c. che assoggetta il lodo all'impugnazione per opposizione di terzo.

Sulla base dell'art. 404, secondo comma, c.p.c. si afferma invero l'efficacia del giudicato nei confronti di quei terzi – titolari di diritti dipendenti -, quali i creditori e gli aventi causa.

Per tale ragione può affermarsi che il giudicato formatosi sul lodo produca tutti quegli effetti propri della sentenza nei confronti dei terzi, non avendo diversamente alcun senso l'assoggettamento dello stesso lodo all'impugnativa di cui all'art. 404 c.p.c. (cfr. Cass. civ., Sez. V, 15/05/2003, n. 7557, secondo cui *<<Ove una sentenza o, come nel caso di specie, un lodo arbitrale con efficacia esecutiva di sentenza debba essere tassata ai fini dell'imposta di registro, per stabilire i presupposti e i criteri della tassazione, occorre fare riferimento al contenuto ed agli effetti che emergono dalla sentenza stessa, senza possibilità di utilizzare elementi ad essa estranei né di ricercare contenuti diversi da quelli su cui si sia formato il giudicato, atteso che la valutazione giuridica del rapporto operata dal giudice che ha pronunciato detta sentenza, sebbene non espliciti - tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria, che al relativo giudizio sia rimasta estranea - la forza di giudicato ai sensi dell'art. 2909 del codice civile, fa parte tuttavia di quell'affermazione obiettiva di verità i cui effetti anche i terzi sono tenuti a subire (fattispecie in tema di lodo arbitrale dichiarativo di usucapione ventennale, che secondo l'ufficio avrebbe dissimulato un pregresso trasferimento e quindi avrebbe dovuto essere tassato con l'aliquota del 15 per cento, anziché dell'1 per cento, pur risalendo ad epoca anteriore al D.L. n. 69 del 1989, che ha assoggettato le sentenze dichiarative di usucapione al medesimo regime degli atti di trasferimento convenzionali)>>*).

Ore 12.00 RELAZIONE DELL'AVV. FRANCO TULUI



Avv. Franco Tului

L'Avv. Franco Tului ha svolto e svolge attività professionale continuativamente dal 1979 di Avvocato libero professionista nel campo del diritto civile, diritto bancario, diritto societario e diritto fallimentare.

Ha conseguito la maturità classica presso il Liceo Tacito di Roma e il 26.6.1976 ha conseguito la Laurea in giurisprudenza presso l'Università di Cagliari con la votazione di 110 e lode.

Nel 1993 ha conseguito la abilitazione alla difesa davanti alla Corte Suprema di Cassazione

In materia societaria l'attività di consulenza e contenziosa è stata prestata in favore di Società per azioni, di Società a responsabilità limitata, di

Cooperative e di Consorzi oltre che nell'ambito di società di persone.

L'attività di consulenza ha riguardato e riguarda anche le società ad intera partecipazione pubblica ed il conseguente assoggettamento delle stesse alla disciplina in materia dettata dal Codice Civile e dallo Statuto alla luce dell'applicabilità della normativa della c.d. Legge Madia.

Continuate ed approfondite esperienze sono state acquisite in materia di responsabilità e colpa mediche.

Specifiche esperienze stragiudiziali e giudiziali hanno riguardato, altresì, i contratti aventi ad oggetto forniture effettuate in favore di Azienda sanitaria.

L'attività professionale è stata e viene svolta continuativamente sia in sede stragiudiziale sia sede giudiziale e quanto a quest'ultima a decorrere dal 1993 anche la Corte di Cassazione nonché in sede arbitrale.

Ha pubblicato: "Osservazioni sulla natura giuridica della vendita della proprietà" nella Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni 1980; "Sentenza di separazione giudiziale e pronuncia di scioglimento del matrimonio in Giurisprudenza Italiana, 1980; "Datio in solutum immobiliare e tecnica procedimentale di cui all'art. 1333 cod. civ." in Rivista Giuridica Sarda, 1988. Di madrelingua italiana, scrive e parla correttamente anche in lingua inglese. Ha ottime capacità e competenze relazionali e organizzative.

L'ARBITRATO AMMINISTRATO

I. L'arbitrato amministrato e l'arbitrato libero

L'arbitrato amministrato nel nostro ordinamento è contemplato dall'art. 832 c.p.c. che recita:

1. La convenzione d'arbitrato può fare rinvio a un regolamento arbitrale preconstituito. 2. Nel caso di contrasto tra quanto previsto nella convenzione di arbitrato e quanto previsto dal regolamento, prevale la convenzione di arbitrato. 3. Se le parti non hanno diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento arbitrale ha inizio. 4. Le istituzioni di carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionali non possono nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi. 5. Il regolamento può prevedere ulteriori casi di

sostituzione e ricusazione degli arbitri in aggiunta a quelli previsti dalla legge. 6. Se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo.

Nell'arbitrato non amministrato le parti convengono le regole che disciplinano il procedimento, in quello amministrato esse affidano la gestione e l'organizzazione del procedimento arbitrale ad apposite istituzioni che adottano dei regolamenti ai quali il pubblico può attingere per la risoluzione delle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili.

L'Arbitrato amministrato interviene dunque sull'intero procedimento strutturandolo in ogni sua componente. In questo modo viene elisa la genericità, in vero frequente, che caratterizza le clausole arbitrali nella maggior parte dei contratti.

Salvo specifici casi nei quali il contratto contenente la clausola arbitrale sia stato predisposto da operatori professionalmente qualificati, nella maggior parte dei casi ci si trova di fronte a clausole che regolano la sola nomina degli arbitri, la durata del procedimento ed una generica menzione alle modalità della decisione.

Queste clausole proprio perché generiche sono destinate a generare molteplici criticità che possono riflettersi sul procedimento ed anche sulla stessa validità del lodo aprendo la strada a contestazioni nel corso del giudizio e ad impugnazioni che seppur limitate ai casi tipici previsti dall'art 829 c.p.c., finiscono per mettere in discussione la natura del procedimento arbitrale come di un rimedio snello, veloce e foriero di una decisione che le parti *ex ante* considerano come definitiva in relazione alle reciproche pretese. Questa è la ragione per la quale in presenza di clausole generiche gli arbitri nominati frequentemente subordinano l'accettazione della nomina alla preventiva adesione delle parti del procedimento ad una sorta di regolamento arbitrale che essi stessi predispongono. Va da sé che non sempre le parti aderiscono al regolamento loro proposto e ciò particolarmente allorquando una di esse abbia interesse a ritardare i tempi del procedimento e della sua decisione. Ne deriva un'ulteriore situazione di incertezza in ordine alle sorti del procedimento e sicuramente un differimento dei tempi dello stesso particolarmente nel caso in cui uno o più degli arbitri nominati non accetti la nomina a seguito del rifiuto del regolamento proposto. Ciò comporterà la nomina di nuovi arbitri con ulteriore dilazione dell'inizio del procedimento.

Le ricordate criticità sono, in linea di massima, assenti nell'arbitrato amministrato che si caratterizza per il fatto che le parti scelgono un organismo, italiano o internazionale specializzato nell'organizzazione e nella gestione dell'arbitrato e fanno proprio il regolamento da questo predisposto.

L'organismo prescelto, dunque, *amministra* la procedura in tutti i suoi più rilevanti e significativi aspetti che vanno dalla nomina degli arbitri alla determinazione delle loro competenze,

dalle spese del procedimento, alla determinazione della sua durata ed alla concreta individuazione delle modalità di svolgimento del procedimento e della sua decisione.

La dottrina⁷⁶ ha individuato taluni elementi che caratterizzano l'arbitrato amministrato e lo differenziano da quello libero: *a)* il rinvio ad una istituzione arbitrale; *b)* il richiamo alla sua disciplina procedimentale o comunque al servizio di amministrazione dell'arbitrato; *c)* il fatto che l'istituzione proponga al pubblico il suo servizio.

Al riguardo occorre distinguere, come meglio si vedrà tra breve, quando la clausola arbitrale richiama l'istituzione ai soli fini della nomina dell'arbitro o degli arbitri da quelle diverse nelle quali richiami e faccia proprio l'intero regolamento arbitrale ritenendosi che nel primo caso non si sia in presenza di un arbitrato cosiddetto amministrato.

Da ultimo va segnalato che l'offerta indistintamente rivolta al pubblico distingue l'arbitrato amministrato dai casi di arbitrati contemplati all'interno di categorie o gruppi associativi, che si rivolgono al solo associato.

II. *L'arbitrato amministrato in Italia. In particolare, l'Arbitrato amministrato dalla Camera di Commercio di Cagliari e Oristano secondo il Regolamento riformato con la delibera Giunta della Camera di Commercio di Cagliari – Oristano. Brevi notazioni su alcuni profili del Regolamento.*

II.a Il panorama italiano dell'arbitrato amministrato è dato soprattutto dalla presenza delle Camere di Commercio presso le quali sono state istituite, con varie denominazioni, Centri o Camere Arbitrali che amministrano procedimenti di arbitrato, la più celebrata delle quali è senza dubbio quella di Milano, oltre alle camere arbitrali istituite presso alcuni Consigli dell'ordine degli avvocati quali quelle di Milano e Roma ed ad enti privati che del pari amministrano procedimenti nazionali e internazionali.

II.b Soffermandoci brevemente sul regolamento della Camera arbitrale istituito presso la Camera di Commercio di Cagliari e Oristano, adottato con la deliberazione della Giunta camerale n. 78 del 21 novembre 2022 e destinato a disciplinare, salvo diversa volontà delle parti i procedimenti instaurati dopo l'entrata in vigore del medesimo, vanno preliminarmente segnalate le innovazioni introdotte rispetto al precedente regolamento in vigore dal 2007.

Come efficacemente ricordato dalla Presidente del Consiglio della Camera Arbitrale di Cagliari – Oristano Dott.ssa Grazia Corradini nella presentazione della proposta di modifica del Regolamento della Camera Arbitrale di Cagliari – Oristano, pubblicata sul sito della stessa Camera di Commercio, gli interventi proposti ed adottati hanno riguardato: 1. il profilo della imparzialità dell'organo giudicante, anche alla luce della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del

⁷⁶ R. Sali, *Arbitrato amministrato* estratto da Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile Aggiornamento Tomo I, Milano 2007

20 maggio 2021 nella causa BEG S.P.A. c. Italia ove l'imparzialità dell'organo giudicante, è indicato *“quale cardine primario del giusto processo, anche nell'ambito della giustizia cognitiva privata”*; 2. l'arbitrato d'urgenza, l'arbitrato internazionale e l'arbitrato on line, l'introduzione del codice etico dell'arbitro (non presente nel Regolamento precedente), una migliore specificazione del dovere di riservatezza. 3. Il rafforzamento dell'obbligo di trasparenza, già presente nel Regolamento del 2007, con la previsione della decadenza nel caso in cui, al momento dell'accettazione della nomina, l'arbitro abbia ommesso di dichiarare le circostanze che, ai sensi dell'articolo 815 del codice di procedura civile⁷⁷, possono essere fatte valere come motivi di riconsuazione. 4. La possibilità di emanare misure cautelari, possibilità che, peraltro, era già contemplata nel previgente Regolamento Camerale all'art. 21, punto 2⁷⁸. Tale potere era ritenuto ammissibile facendo leva sulla convenzione fra le parti che accettando il Regolamento arbitrale si sarebbero anche impegnate a riconoscere e rispettare i provvedimenti cautelari degli arbitri, i quali peraltro restavano privi di possibilità di esecuzione, invece prevista espressamente nella nuova disciplina sotto la vigilanza del giudice ordinario. In verità la previsione *convenzionale*, in precedenza contemplata, doveva misurarsi con la lettera dell'art. 818 c.p.c. (*“Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge”*) e dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. (*“Se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito”*) norme che facevano sorgere dei dubbi sulla sostenibilità di siffatta previsione anche in presenza del consenso

⁷⁷ L'art. 815 c.p.c., titolato *Riconsuazione degli arbitri* prevede che un arbitro può essere riconsuato nei seguenti casi:

- 1) se non ha le qualifiche espressamente convenute dalle parti;
- 2) se egli stesso, o un ente, associazione o società di cui sia amministratore, ha interesse nella causa;
- 3) se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è 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 ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori;
- 5) se è 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 è tutore o curatore di una delle parti;
- 6) se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone⁽²⁾;
- 6-bis) se sussistono altre gravi ragioni di convenienza, tali da incidere sull'indipendenza o sull'imparzialità dell'arbitro⁽³⁾.

Una parte non può riconsuare l'arbitro che essa ha nominato o contribuito a nominare se non per motivi conosciuti dopo la nomina.

La riconsuazione è proposta mediante ricorso al presidente del tribunale indicato nell'articolo 810, secondo comma, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione della nomina o dalla sopravvenuta conoscenza della causa di riconsuazione. Il presidente pronuncia con ordinanza non impugnabile, sentito l'arbitro riconsuato e le parti e assunte, quando occorre, sommarie informazioni.

Con ordinanza il presidente provvede sulle spese. Nel caso di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza dell'istanza di riconsuazione condanna la parte che l'ha proposta al pagamento, in favore dell'altra parte, di una somma equitativamente determinata non superiore al triplo del massimo del compenso spettante all'arbitro singolo in base alla tariffa forense.

La proposizione dell'istanza di riconsuazione non sospende il procedimento arbitrale, salvo diversa determinazione degli arbitri. Tuttavia, se l'istanza è accolta, l'attività compiuta dall'arbitro riconsuato o con il suo concorso è inefficace.

⁷⁸ *“Il Tribunale Arbitrale può pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che siano consentiti dalle norme applicabili al procedimento. La parte che, prima dell'inizio del procedimento arbitrale o nel corso di esso, ottenga dall'autorità giudiziaria un provvedimento cautelare, deve darne sollecita notizia alla Segreteria, la quale ne informa prontamente il Tribunale Arbitrale e, ove del caso, l'altra parte”*

manifestato dalle parti. 5. La contemplazione della *translatio iudicii* tra giudizio ordinario e arbitrato e viceversa. 6. Con riferimento alla disciplina del procedimento è stata “*mantenuta ferma la preesistente formulazione dell’art. 9 del Regolamento*⁷⁹ *che esclude la costituzione tardiva, ritenendosi tale scelta motivata su ragioni di economia processuale che rendono cogente l’esigenza di concentrazione e di celerità del giudizio arbitrale, di guisa da elidere anche il rischio che detta previsione integri una violazione della regola del contraddittorio, poiché la parte, accettando preliminarmente il Regolamento, non può poi dedurre alcuna nullità.*” A sostegno di tale previsione, è stato ricordato che l’inefficacia della costituzione tardiva è prevista anche dalla Legge di Riforma del cpc.

Sul punto possono proporsi alcune riflessioni.

La riforma del codice di procedura civile su questo aspetto non sembra aver modificato il regime delle decadenze in precedenza delineato dagli artt. 166 e 167 c.p.c.. La previsione della decadenza nel caso di mancata costituzione nei termini (di venti giorni prima dell’udienza indicata in citazione o di quella differita con decreto, ed ora di settanta giorni prima dell’udienza fissata nell’atto di citazione) è contemplata, come in passato, solo per le domande riconvenzionali e per le eccezioni processuali e di merito non anche per la costituzione che preveda mere difese. Poiché la filosofia del regolamento, ancor più oggi a seguito del suo adeguamento, come peraltro precisato nella proposta di modifica, è quella di tener conto dei principi ispiratori della riforma del processo civile, può ipotizzarsi una *lettura* della norma in sintonia con la riforma e con l’attuale sistema processuale. In questa prospettiva il termine *decadenza* utilizzato in relazione alla mancata trasmissione della memoria di risposta direttamente alla controparte ovvero del suo deposito presso la Segreteria entro trenta giorni dalla ricezione della domanda di Arbitrato, può essere interpretato come un inequivoco indicatore *dell’esigenza di concentrazione e di celerità del giudizio arbitrale* e, in sintonia, con la corrispondente regolazione del processo civile, come vera e propria decadenza limitatamente alle domande riconvenzionali ed alle eccezioni processuali e di merito ma, verosimilmente, non può essere inteso sino al punto di inibire qualsivoglia difesa del convenuto. Questi, ancorché tardivamente, nell’attuale processo civile è abilitato a svolgere *mere difese*, vale a dire argomentazioni volte a negare la sussistenza o la fondatezza dei fatti costitutivi della pretesa risarcitoria/creditoria ed *eccezioni in senso lato*, fondate sulla indicazione di “*un fatto diverso, non compreso tra quelli allegati da controparte a fondamento della propria domanda, bensì dedotto quale causa non imputabile*

⁷⁹ Così il primo comma dell’art.9 del Regolamento approvato il: “*1. Il Convenuto deve trasmettere direttamente la memoria di risposta alla controparte ovvero depositarla presso la Segreteria entro trenta giorni dalla ricezione della domanda di Arbitrato a pena di decadenza. Tale termine può essere prorogato dalla Segreteria per giustificati motivi. Il Tribunale arbitrale decide in merito alla procedura e a qualsiasi questione, eventualmente sollevata dalle parti, relativamente a termini e proroghe.*”.

dell'inadempimento ad essi ascritto, e, dunque, come fatto impeditivo.”⁸⁰. Senza dire che tanto la mera difesa quanto l’eccezione in senso lato solleva questioni rilevabili d’ufficio⁸¹ se risultanti dagli atti di causa. Pertanto, se il convenuto si costituisse successivamente al termine su indicato svolgendo mere difese o dispiegando mere eccezioni in senso lato, potrebbe non essere giustificato il mancato recepimento della memoria e l’ingresso di questa nel procedimento, posto che ciò comporterebbe anche l’esclusione della possibilità stessa di svolgere difese volte a evidenziare questioni che, per giunta, potrebbero essere rilevabili d’ufficio. Che l’interpretazione dell’art. 9 del Regolamento non possa condurre a queste conseguenze, peraltro, sembra potersi trarre anche dalla lettura della norma in esame allorquando nello stesso primo comma, comunque, rimette al Tribunale arbitrale la decisione “*in merito alla procedura e a qualsiasi questione, eventualmente sollevata dalle parti, relativamente a termini e proroghe*” e da quella successiva, titolata *Domanda riconvenzionale e chiamata in causa di terzi*. La rimessione al Tribunale arbitrale delle relative vicende relative ai termini, infatti appare attenuare la valenza del termine “decadenza” nel suo riferimento alla possibilità stessa di una costituzione tardiva del convenuto evidentemente contemplando ipotesi nelle quali si verta in tema di termini e di tardività della costituzione, che vengono appunto rimesse alla decisione del Tribunale arbitrale, mentre il successivo art. 10 nel prevedere “*Il Convenuto, con la memoria di risposta, può proporre domande riconvenzionali*” mostra che la decadenza è, questa sì, comminata soltanto in relazione alle domande riconvenzionali ed alle eccezioni in senso stretto.

III. Breve disamina del Regolamento della Camera di Commercio di Cagliari e Oristano.

Senza indugiare nella disamina delle singole specifiche norme che regolano l’Arbitrato amministrato dalla Camera di Commercio di Cagliari e Oristano val qui la pena di segnalare:

1. La previsione della richiesta di arbitrato per la risoluzione e decisione di una controversia. Il regolamento prescrive che le controversie siano decise con arbitrato rituale mentre si potrà procedere con Arbitrato libero o irrituale solo se la volontà delle parti sia stata chiaramente espressa in tal senso nella Convenzione arbitrale, ovvero le parti ne facciano concorde richiesta al momento dell’instaurazione del procedimento arbitrale⁸².

2. La possibilità di richiedere, con domanda anche congiunta, la nomina di uno o più Arbitratori con l’incarico di determinare il contenuto di un elemento contrattuale.

⁸⁰ Così Cass. 30.6.2020 n.12980.

⁸¹ È rilevabile d’ufficio la mera difesa del convenuto che costituendosi tardivamente eccepisca il difetto di titolarità del diritto dell’attore rilevabile dagli atti di causa (Cass. 22.5.2020, n. 9457) o formuli delle eccezioni in senso lato, ad esempio sulla causa non imputabile dell’inadempimento ovvero sull’intervenuto pagamento estintivo del debito risultante *ex actis* (Cass. 30.6.2020, n. 12980 cit.)

⁸² Cass. 7.8.2018. n. 21059 “...è noto che il criterio discrezionale tra le due figure consiste nel fatto che nell’arbitrato rituale le parti vogliono la pronuncia di un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all’art. 825 c.p.c., con le regole del procedimento arbitrale, mentre nell’arbitrato irrituale intendono affidare all’arbitro la soluzione di controversie solo attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla loro stessa volontà (Cass. n. 7198 del 2019, n. 23629 del 2015).”.

3. La possibilità di richiedere una perizia contrattuale⁸³ volta alla nomina di un Perito o di un Esperto, con l'incarico di effettuare constatazioni e accertamenti.

4. La decisione da parte del Tribunale Arbitrale del merito della controversia che, a norma dell'art. 3, è assunta secondo diritto se le parti non hanno espressamente previsto che decida secondo equità.

5. Le modalità di deposito degli atti ed i relativi termini (artt. 6 e 7 del Regolamento).

6. La modalità di attivazione del procedimento arbitrale che nel riformato regolamento contempla, correttamente, a differenza della precedente formulazione dell'art. 8, che se l'attivante è assistito dal difensore, attraverso questo provveda alla notifica della domanda di arbitrato al convenuto o ai convenuti a mezzo PEC o anche, eventualmente, con soluzioni tecnologiche diverse dall'utilizzo della posta elettronica certificata nel rispetto della normativa vigente. In caso di assenza di informazione sull'indirizzo PEC del convenuto provvede, invece, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o con ogni altro mezzo idoneo alla prova della ricezione⁸⁴.

7. La trattazione delle cause caratterizzate *“dalla medesima parte Attivante oppure dal medesimo o dai medesimi Convenuti. In tali procedimenti “il Consiglio Arbitrale, considerate le caratteristiche delle controversie e tenuto conto delle norme applicabili al procedimento, può stabilire che i relativi procedimenti siano affidati al medesimo Tribunale arbitrale”.*

8. Il pacchetto di norme che sono volte a sottolineare e garantire la terzietà dell'Arbitro che comprende le incompatibilità ostative allo svolgimento dell'incarico, l'accettazione e riconsunzione e loro sostituzione degli arbitri.

9. I poteri del Tribunale Arbitrale, nell'ambito del quale spicca quale innovazione introdotta all'art. 22, la possibilità di emettere, anche *inaudita altera parte*, vale a dire senza il preventivo contraddittorio che, in caso di *“eccezionale urgenza”* viene posticipato alla fase immediatamente successiva al provvedimento, misure cautelari: *“nell'ipotesi di espressa volontà delle parti in tal senso, manifestata nella Convenzione di arbitrato o in atto scritto successivo, può pronunciare tutti*

⁸³ Cass. 28.6.2016 n. 13291 “anche la perizia contrattuale, invero, costituisce fonte di integrazione del contratto, ma “si distingue dall'arbitraggio perché arbitro-perito non deve ispirarsi alla ricerca di un equilibrio economico secondo un criterio di equità mercantile, ma deve attenersi a norme tecniche ed ai criteri tecnico-scientifici propri della scienza, arte, tecnica o disciplina nel cui ambito si iscrive la valutazione che è stato incaricato di compiere”, da ciò conseguendo che “nel caso di perizia contrattuale va esclusa l'esperibilità della tutela tipica prevista dall'art. 1349 c.c. per manifesta erroneità o iniquità della determinazione del terzo, trattandosi di rimedio circoscritto all'arbitraggio, in quanto presuppone l'esercizio di una valutazione discrezionale e di un apprezzamento secondo criteri di equità mercantile, inconciliabili con l'attività strettamente tecnica dell'arbitro-perito”.

⁸⁴ Cass. 14.9.2012, n. 15445, precisato preliminarmente come la novella del D.Lgs. n. 40 del 2006 non avesse in alcun modo modificato i principi sul punto espressi dalla L. n. 25 del 1994, artt. 1, 25 e 26, che, “in maniera innovativa, hanno inciso sulla tematica della domanda di arbitrato” ha osservato che : “In relazione a tale mutato quadro normativo questa Corte ha affermato che “a seguito dell'entrata in vigore della legge 5 gennaio 1994, n. 25 .. si è definitivamente chiarito che l'inizio del procedimento arbitrale si ha con la notifica, da parte dell'attore, di un atto che enunci l'intenzione di adire gli arbitri, proponga la domanda e indichi l'arbitro di sua nomina” (Cass., 25 luglio 2002, n. 10922; Cass. 8 aprile 2003, 5457; Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in motivazione). Il principio della necessità che la domanda di arbitrato sia portata a conoscenza della controparte è stato espressamente ribadito, per altro sottolineandosi la plausibilità della tesi fondata sull'indispensabilità di un formale procedimento di notificazione da Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400).

i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento”.

10. Le modalità ed i termini per la redazione ed il deposito del Lodo.

11. Il pacchetto di norme attinente alla regolazione delle spese attraverso le quali vengono disciplinati i versamenti da effettuarsi per consentire lo svolgimento dell’arbitrato che sono determinati in base al valore della controversia e secondo le Tariffe allegate al Regolamento. È precisato all’ultimo comma dell’art. 37 che le parti sono solidalmente responsabili del pagamento dei costi del procedimento. Ed ancora al successivo art. 39 che *“Se una parte non versa l’importo richiesto, la Segreteria può richiederlo all’altra parte e fissare un termine per il pagamento ovvero può, se non lo abbia già stabilito in precedenza, suddividere il valore della controversia e richiedere a ciascuna parte un importo correlato al valore delle rispettive domande, fissando un termine per il pagamento. 2. In ogni caso di mancato pagamento entro il termine fissato, la Segreteria può sospendere il procedimento, anche limitatamente alla domanda per la quale vi è inadempimento. La sospensione è revocata dalla Segreteria, verificato l’adempimento.”.*

12. La previsione dell’obbligo di riservatezza.

Vanno infine ricordati, pur velocemente, quali elementi di novità l’introduzione dell’Arbitrato internazionale tale definito, al punto 1, quello nel quale *una delle parti, alla data della sottoscrizione dell’accordo arbitrale, risieda o abbia la propria sede effettiva all’estero*. Esso è disciplinato dal Regolamento con l’avvertenza che *Tutti i termini processuali previsti dal Regolamento sono raddoppiati, compreso quello stabilito per la pronuncia del Lodo*.

Ai punti 3 e 4 si prevede che *“Le parti hanno facoltà di stabilire d’accordo tra loro le norme che gli Arbitri debbono applicare al merito oppure di disporre che gli Arbitri pronuncino secondo equità. Se le parti non hanno provveduto alla scelta della legge nell’accordo arbitrale o, al più tardi, sino alla costituzione del Tribunale Arbitrale, questo applica la legge con la quale il rapporto è più strettamente collegato. 4. Se le parti non hanno diversamente convenuto nell’accordo arbitrale o, al più tardi, sino alla costituzione del Tribunale Arbitrale, questo determina la lingua del procedimento tenuto conto delle circostanze.”.*

Viene altresì modellato l’Arbitrato d’urgenza sulla falsariga del procedimento cautelare previsto dal Codice di procedura civile ed ancora la possibilità per i soli procedimenti nei quali l’importo in contestazione non ecceda 350.000,00 euro la c.d. *“Procedura Accelerata”* con i termini, per le parti e per l’arbitro, ridotti della metà mentre il Lodo deve essere depositato nel termine di 90 giorni dalla costituzione dell’Arbitro unico ed ancora l’Arbitrato Online.

IV. Profili di criticità e cautele da adottare nel recepimento del regolamento arbitrale in sede contrattuale e nella redazione della clausola compromissoria.

Il recepimento della clausola arbitrale che contempra l'arbitrato amministrato, richiede peraltro alcune cautele.

Abbiamo visto poc'anzi come occorra distinguere tra la clausola arbitrale che richiama l'istituzione ai soli fini della nomina dell'arbitro o degli arbitri, da quella nella quale si richiami l'intero regolamento arbitrale. La dottrina su ricordata⁸⁵ ritiene che nel primo caso non si sia in presenza di un arbitrato cosiddetto amministrato ma solo di un meccanismo di nomina degli arbitri.

Questo è un profilo al quale occorre prestare attenzione nella redazione della clausola in quanto suscettibile di generare criticità nel successivo procedimento arbitrale.

Al riguardo segnalo un caso verificatosi nel quale la clausola prevedeva la rimessione alla decisione di un collegio di arbitri da nominarsi a cura della C.C.I.A.A. della provincia di Cagliari. Altresì che ove il soggetto designato non provveda, la nomina degli arbitri sarà effettuata, su istanza della parte più diligente ed ancora che la parte che ricorre al collegio dovrà precisare l'oggetto della controversia. Si prevedeva infine l'arbitrato rituale e la decisione secondo diritto nonché la decisione in ordine alla ripartizione dei costi dell'arbitrato tra le parti.

Depositata la domanda di arbitrato questa era stata interpretata non come mera richiesta di nomina del collegio arbitrale, ma come promovimento del procedimento arbitrale amministrato. Attivato quindi il procedimento questo era stato instaurato secondo le disposizioni del Regolamento. Nel caso ricordato, pur non essendovi un'espressa previsione dell'adozione del Regolamento, si è ritenuto che il richiamo alla nomina del collegio devoluta alla Camera arbitrale indicasse, ancorché non compiutamente espressa, anche una volontà di disciplinare il procedimento secondo il regolamento. Tuttavia non ritenendosi tale sola interpretazione appagante, nel caso ricordato il Regolamento della Camera di Commercio è stato espressamente adottato dal Collegio arbitrale in forza del principio secondo cui, nel procedimento arbitrale *"..in mancanza di determinazione delle regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di decidere la struttura e l'articolazione del giudizio, con l'unico limite di garantirne la funzionalità e assicurare il rispetto del principio del contraddittorio (..)"*⁸⁶. L'aver esercitato tale facoltà discrezionale ha suggerito di richiedere in capo alla parte attrice interessata, la notifica ai convenuti tutti nei cui confronti il procedimento persisteva, essendo per alcuni intervenuta la definizione conciliativa dello stesso, oltre che dell'atto introduttivo, altresì del Regolamento della Camera Arbitrale di Cagliari - Oristano adottato, dell'atto di nomina degli arbitri e di tutti gli atti propedeutici (il verbale di costituzione del collegio arbitrale, i verbali delle udienze in precedenza tenutesi e delle ordinanze tutte succedutesi).

⁸⁵ R. Sali, *Arbitrato amministrato*, cit.

⁸⁶ Cass., 16 novembre 2015, n. 23402

La menzione di questo caso è funzionale a sottolineare l'importanza della tecnica di redazione della clausola arbitrale allorché le parti nel prevederla intendano adottare l'Arbitrato amministrato. Al fine di evitare ogni possibile dubbio interpretativo è opportuno prevedere sempre il richiamo all'istituzione non solo ai fini della nomina dell'arbitro o degli arbitri, bensì espressamente esprimendo la volontà di fare proprio l'intero regolamento arbitrale dell'Istituzione prescelta e la sua gestione del procedimento.

Poiché il Regolamento espressamente prevede che l'arbitrato possa essere amministrato sotto forma sia di arbitrato rituale che irrituale⁸⁷ oltre che, come poc'anzi ricordato, sotto forma di arbitraggio o di perizia contrattuale, un ulteriore suggerimento utile a evitare problemi interpretativi anche a questo riguardo, è quello di indicare chiaramente già nella clausola arbitrale la natura del procedimento. Tenendo al tal fine presente che, come noto, solo l'arbitrato rituale consente la pronuncia di un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c. mentre nell'arbitrato irrituale la soluzione di controversie è demandata agli arbitri attraverso lo strumento negoziale, dunque mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla loro stessa volontà che, in quanto tale, non consente di agire esecutivamente senza un ulteriore e preventivo *passaggio* giudiziale⁸⁸ con conseguente dilatazione dei tempi necessari per il soddisfacimento delle pretese accertate nel lodo irrituale.

Va altresì ricordato nell'inserire la clausola nei contratti, che la stessa andrà bilanciata affinché non integri una violazione degli artt. 33 e 34 del codice del consumo che prevedono la vessatorietà delle clausole del contratto concluso tra il consumatore ed il professionista che, *"malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi"*

⁸⁷ Cass. 07.08.2019, n. 21059 *"Al fine di distinguere tra arbitrato rituale o irrituale, occorre interpretare la clausola compromissoria con riferimento al dato letterale, alla comune intenzione delle parti ed al comportamento complessivo delle stesse, senza che il mancato richiamo nella clausola alle formalità dell'arbitrato rituale deponga univocamente nel senso dell'irritualità dell'arbitrato, dovendosi tenere conto delle maggiori garanzie offerte dall'arbitrato rituale quanto all'efficacia esecutiva del lodo ed al regime delle impugnazioni"*. Ancora, Cass. 13.03.2019, n. 7198 *"...il criterio discretivo tra le due figure consiste nel fatto che nell'arbitrato rituale le parti vogliono la pronuncia di un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., con le regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie solo attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla loro stessa volontà"*. Al riguardo va ricordato che il Giudice di legittimità ha posto in evidenza che non costituiscono elementi decisivi per configurare l'arbitrato irrituale e per escludere quello rituale "nè il conferimento agli arbitri della potestà di decidere secondo equità, ovvero nella veste di amichevoli compositori (non essendo tale specificazione del criterio di definizione della controversia incompatibile con l'arbitrato rituale, nel quale ben possono gli arbitri essere investiti dell'esercizio di poteri equitativi), nè la preventiva attribuzione alla pronuncia arbitrale del carattere della inappellabilità (ipotizzabile anche con riferimento al lodo da arbitrato rituale, [ex art. 829 c.p.c.](#)), nè la previsione di esonero degli arbitri da "formalità di procedura" (previsione non incompatibile con l'arbitrato rituale, a norma dell'[art. 816 c.p.c.](#))... dovendosi invece valorizzare, ai fini di una corretta lettura della volontà delle parti nel senso dell'arbitrato rituale, **espressioni** terminologiche congruenti con l'attività del "giudicare" e con il risultato di un "giudizio" in ordine ad una "controversia". Al fine di distinguere tra arbitrato rituale e irrituale, occorre interpretare la clausola compromissoria con riferimento al dato letterale, alla comune intenzione delle parti ed al comportamento complessivo delle stesse, senza che il mancato richiamo nella clausola alle formalità dell'arbitrato rituale deponga univocamente nel senso dell'irritualità dell'arbitrato, dovendosi tenere conto delle maggiori garanzie offerte dall'arbitrato rituale quanto all'efficacia esecutiva del lodo e al regime delle impugnazioni (Cass. n. 11313 del 2018).

⁸⁸ non di mera verifica della regolarità formale del lodo che prelude, ai sensi del citato art. 825 c.p.c. alla dichiarazione di esecutività dello stesso, come nel caso dell'arbitrato rituale, bensì attraverso un vero e proprio contenzioso avente ad oggetto il negozio di accertamento della volontà delle parti contenuto nel lodo rituale.

derivanti dal contratto". Merita di esser sottolineato appena che secondo la giurisprudenza anche recente ⁸⁹ “. Il carattere vessatorio si presume fino a prova contraria quando,, siano previste a carico del consumatore "decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi". Va quindi considerato con riguardo a questo specifico profilo del carattere vessatorio delle clausole dei contratti intercorsi tra professionista e consumatore, che "nel contratto predisposto unilateralmente dal professionista l'efficacia della deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, in favore di quella degli arbitri, del D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 33, comma 2, lett. t), al pari della deroga della competenza del foro del consumatore, è subordinata non solo alla specifica approvazione per iscritto prevista dall'art. 1341 c.c., ma anche - a norma del, D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 34, comma 4, - allo svolgimento di una trattativa individuale con il consumatore sulla clausola stessa, la cui prova è posta a carico del medesimo professionista, dal citato art. 34, comma 5" (Sez. 6-3, Ord. n. 8268 del 2020). Poichè "la prova di tale circostanza "costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola", ponendosi l'esistenza della trattativa come un antecedente logico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola" (Sez. 6- 1 Ord. n. 3744 del 2017)⁹⁰, occorrerà non solo curare la specifica approvazione per iscritto della clausola bensì anche disporre della prova della trattativa con la parte in merito alla specifica clausola.

**

**

**

Conclusivamente la considerazione che gli Arbitrati amministrati si caratterizzano per la gestione integrale dell'arbitrato, dalla regolamentazione delle spese alla nomina degli arbitri, dalla regolamentazione delle modalità di svolgimento del procedimento all'emissione del Lodo, milita fortemente nel senso di favorire la sua previsione nella contrattualistica, particolarmente per tutti quei soggetti che, in funzione dell'attività svolta, si trovano a dover stipulare molteplici contratti. Andrà peraltro curata con attenzione la redazione della clausola per evitare le criticità in precedenza segnalate in ordine ai dubbi interpretativi originati da una non chiara definizione della clausola stessa.

⁸⁹ Cass. 27/01/2023, n. 2558

⁹⁰ Cass. 27.1.2023 cit.

Ore 12,30 RELAZIONE DELL'AVV. ALESSANDRA SEBASTIANA ETZO



Avv. Alessandra Sebastiana Etzo

L'Avv. Alessandra Sebastiana Etzo si è laureata in giurisprudenza nel 1999 presso l'Università degli studi di Cagliari con la votazione di 110/110 e lode.

Dal 2000 al 2001 ha frequentato la Scuola di Amministrazione Aziendale dell'Università degli Studi di Torino dove ha conseguito il Master di Giurista d'Impresa. Nel 2002 ha frequentato presso l'Università degli Studi di Bologna il Centro di informatica giuridica dove ha conseguito il Master di II livello in Informatica Giuridica e Diritto delle Nuove Tecnologie. Nel 2017 ha frequentato

la Scuola Nazionale di Specializzazione per Giuristi d'Impresa di Milano creata da A.I.G.I. - Associazione Italiana Giuristi d'Impresa - e organizzata in collaborazione con Just Legal Services - Scuola di Formazione Legale dove ha conseguito il Diploma di specializzazione in Giurista d'Impresa. Nel 2019 ha frequentato l'Istituto Italiano per la Privacy e la Valorizzazione dei Dati (IIP) conseguendo la qualifica di Maestro della Protezione dei Dati & Data Protection Designer.

Esercita dal 2002 la libera professione di avvocato e la consulenza legale -giudiziale e stragiudiziale- a imprese private ed enti pubblici in materia civile, data protection, commerciale ed amministrativa. Ha competenze in materia di diritto delle imprese, incluse imprese che gestiscono finanziamenti pubblici di fonte nazionale e comunitaria. E' delegata provinciale Federprivacy.

E' stata relatore in convegni e docente in corsi di formazione per il personale delle società clienti, per amministrazioni pubbliche e per ordini professionali in materia di privacy, antiriciclaggio, marchi e brevetti, responsabilità degli enti, attività produttive, nello specifico settore della protezione dei dati personali, sicurezza e del diritto delle nuove tecnologie informatiche, anticorruzione, trasparenza, antiriciclaggio e responsabilità degli enti.

E' consulente anche per società informatiche e relativa clientela, in materia di contratti informatici e privacy.

Da Settembre 2012 al 31/05/2018 è stata Direttore della Fondazione di Partecipazione Gal Distretto Rurale Barbagia Mandrolisai Gennargentu (GAL BMG già GAL BMGS).

Dal 2004 al 2013 è stata Coordinatore del servizio CESIL - Centro servizi di inserimento lavorativo soggetti svantaggiati per 12 Comuni e dal 2004 al 2009 consulente responsabile di progetto della Società Consortile Patto Territoriale Srl di Oristano.

E' stata assistente al Responsabile Ufficio Legale e Societario per la Sipra Spa di Torino e la Italdesign - Giugaro di Moncalieri.

Possiede competenze avanzate in lingua inglese e discrete competenze in lingua francese.

IL LODO ARBITRALE E L'IMPUGNAZIONE DEL LODO

Il Lodo è la decisione degli Arbitri.

La parola Lodo secondo l'Accademia della Crusca è antica con una origine medioevale.

Infatti, *laudum* in latino medioevale aveva significato di "approvazione [data dal signore feudale]", forma deverbale di lodare, verbo che è attestato nell'italiano antico con significato di 'arbitrare', nel 1353 ad Orvieto e nel 1374 in un documento amiatino; nel senso di 'giudizio scritto' *laudum* è attestato a Piacenza già nel 976.

Entrando nel tema che mi è stato assegnato, ho pensato di esaminare l'istituto del lodo e l'impugnazione del lodo arbitrale utilizzando un metodo che ho molto apprezzato in alcuni interventi e relazioni degli autorevoli colleghi e relatori che mi hanno preceduta, ovvero la descrizione degli istituti attraverso l'uso della giurisprudenza.

E aggiungo della giurisprudenza più recente, data la competenza dell'auditorio e viste le relazioni sullo stesso tema delle edizioni precedenti.

Orbene, con questa piccola premessa, mi accingo ad iniziare la mia modesta trattazione.

Come sappiamo il Collegio arbitrale o l'arbitro unico pronunciano il lodo secondo tempi e forme prestabilite.

Con riferimento alla forma del lodo, il nostro legislatore impone la forma scritta in tanti originali quante sono le parti, prescrivendone il contenuto ai sensi dell'art. 823 c.p.c..

Il termine per la pronuncia del lodo è stabilito dalle parti, ove manchi tale indicazione esso deve essere pronunciato entro 240 giorni dall'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro unico ovvero dall'ultima accettazione nel caso di collegio arbitrale.

Il termine può essere sospeso e/o prorogato ma la Cassazione con una sentenza del 19 gennaio 2015, la n. 744 ha precisato che il termine deve esistere sempre, in quanto le parti non possono rinunciarvi del tutto, prorogando senza limiti di tempo la durata dell'arbitrato.

Una clausola del genere sarebbe nulla e verrebbe sostituita di diritto dal termine di legge previsto dall'art. 820 del c.p.c..

Sul tema mi pare interessante citare la Cassazione, Ordinanza 19 aprile 2023 n. 10444.

L'atto con cui la parte intenda far valere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 821 c.p.c., il decorso del termine per la pronuncia previsto dall'art. 820 c.p.c., come causa di nullità del lodo, deve essere notificato alle controparti e agli arbitri, a pena di inefficacia, con le modalità previste per gli atti processuali civili e, quindi, a mezzo di ufficiale giudiziario ovvero dall'avvocato a ciò abilitato. La disposizione deve essere, infatti, interpretata in modo rigoroso, poiché tale notificazione non costituisce una mera eccezione da proporsi nell'ambito del procedimento arbitrale, ma un atto, imprescindibile, in difetto del quale la nullità del lodo non può essere fatta valere. E', pertanto, inidonea una "dichiarazione di decadenza" inviata direttamente dall'indirizzo di posta elettronica certificata della parte interessata.

Ancora sul termine per la pronuncia del lodo vediamo Cassazione Sez. VI – 1 Ordinanza 30 novembre 2020, n. 27364.

In tema di arbitrato, anche a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 40 del 2006, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 6 c.p.c. il mero decorso del termine per la pronuncia del lodo non è, di per sé sufficiente a determinare la nullità, essendo necessaria, ai sensi dell'art. 821 c.p.c., una manifestazione della volontà diretta a far valere la decadenza la quale costituisce oggetto di un vero e proprio onere posto a carico della parte interessata il cui adempimento non si risolve in una mera eccezione da proporsi nell'ambito del procedimento arbitrale trattandosi, invece, di un atto di disposizione in merito alla nullità, in difetto del quale quest'ultima non può essere fatta valere.

Interessante sul tema del termine, anche se un pò più risalente nel tempo, è la Cassazione civ. Sez. I, del 26 ottobre 2015, n. 21709.

Qualora, con l'impugnazione per nullità, si sostenga che il lodo arbitrale sia stato sottoscritto in data

diversa da quella da esso risultante, al fine di far accertare la tardività del deposito del lodo medesimo, si deduce una questione di falso, ammissibile solo se proposta con rituale querela, secondo le forme di cui all'art. 221 c.p.c

In proposito di sottoscrizione del lodo, evidenzio che esso deve essere sottoscritto quantomeno in calce in ogni copia e da ogni arbitro se la decisione è assunta collegialmente.

Peraltro il requisito di sottoscrizione è previsto a pena di nullità dall'art. 829 c.p.c.

La sottoscrizione del lodo è un argomento davvero importante, se pensiamo che dall'ultima sottoscrizione viene calcolato il termine per l'impugnazione dello stesso.

Infatti, di recente l'art. 828 c. 2 c.p.c. è stato oggetto di una modifica ad opera della riforma cosiddetta Cartabia (art. 3 c. 54 del dlgs 149/2022), talché per i procedimenti instaurati a far data dal 28 febbraio 2023, l'impugnazione non è più possibile decorsi sei mesi dalla data dell'ultima sottoscrizione.

Invero, la Corte di cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 8776 del 30 marzo 2021 aveva già stabilito che il termine per impugnare decorresse dall'ultima sottoscrizione. Per la suprema Corte il termine lungo per l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale decorre dalla data dell'ultima sottoscrizione degli arbitri, e non da quella della comunicazione alle parti o dal suo deposito, atteso che è da quella data che il lodo produce gli stessi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.

La decisione arbitrale viene parificata alla pronuncia giurisdizionale ed esiste sin dalla sua sottoscrizione (in tal senso depone la lettera e la ratio dell'art. 828, comma 2, c.p.c.), non essendovi un ufficio di cancelleria deputato al deposito per la pubblicazione, in tal modo avendo il legislatore attuato il principio dell'autonomia dell'arbitrato dalla giurisdizione ordinaria. L'efficacia vincolante è assegnata al lodo, nell'approdo attuale della disciplina positiva, fin dalla data della sua ultima sottoscrizione da parte degli arbitri.

Nell'interpretare la disposizione dell'art. 828, co. 2, c.p.c., la Corte ha seguito gli ordinari criteri di ermeneutica previsti dall'art. 12, co. 1, delle preleggi, in virtù del principio – enunciato dalla Corte Costituzionale in numerose decisioni – secondo cui occorre, in via principale, tenere conto dei “canoni dell'interpretazione letterale e storico-teleologica” delle norme e, in particolare, ha rilevato che:

- “la lettera dell'art. 828, comma 2, c.p.c. non dà in sé adito a dubbi o perplessità interpretative, fissando sin dal momento dell'ultima sottoscrizione degli arbitri il dies a quo per impugnare nel c.d. termine lungo”;
- “la ratio della disposizione in esame si lega, invero, all'attribuzione di efficacia al lodo sin da tale momento, laddove il deposito nella cancelleria del tribunale sede dell'arbitrato, di cui all'art. 825 c.p.c., è previsto come mero adempimento, del quale è onerata la parte che intenda far eseguire il lodo”;
- “il lodo – salvo il disposto dell'art. 825 c.p.c. ai fini della sua esecutività – produce gli effetti della sentenza dell'autorità giudiziaria dalla data della sua ultima sottoscrizione”, con la conseguenza che vi è “corrispondenza tra la pubblicazione della sentenza – con il quale il provvedimento viene ad esistenza e comincia a produrre i suoi effetti – e l'attività consistente nell'apposizione dell'ultima sottoscrizione degli arbitri”;
- tenuto conto della equiparazione del lodo alla sentenza resa dall'autorità giudiziaria, la sottoscrizione da parte degli arbitri determina ulteriori ed importanti effetti, tra cui

“l'immodificabilità del lodo”, a norma dell'art. 824-bis c.p.c.. (cfr. Cass., Sez. VI Civ., 16 marzo 2018, n. 6666; Cass., Sez. VI Civ., 12 novembre 2015, n. 23176; e Cass., Sez. III Civ., 26 maggio 2014, n. 11634).

Pure i requisiti del dispositivo e della motivazione sono previsti a pena di nullità, laddove secondo due recenti pronunce l'assenza di motivazione e la contraddittorietà tra il dispositivo e la motivazione sono causa di impugnazione del lodo:

Per esempio la Cassazione, Sez. I, con Ordinanza del 21- giugno 2021, n. 17645

In tema di arbitrato, la sanzione di nullità prevista dall'art. 829, primo comma, n. 4, cod. proc. civ. per il lodo contenente disposizioni contraddittorie (corrispondente a quella prevista, per la medesima fattispecie, dall'odierno art. 829, primo comma, n. 11, cod. proc. civ.) non corrisponde a quella dell'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ., ma va intesa nel senso che detta contraddittorietà deve emergere tra le diverse componenti del dispositivo, ovvero tra la motivazione ed il dispositivo, mentre la contraddittorietà interna tra le diverse parti della motivazione, non espressamente prevista tra i vizi che comportano la nullità del lodo, può assumere rilevanza, quale vizio del lodo, soltanto in quanto determini l'impossibilità assoluta di ricostruire l'iter logico e giuridico sottostante alla decisione per totale assenza di una motivazione riconducibile al suo modello funzionale.

Da ultimo ho trovato la Cassazione, Sez. I Civ., del 24 gennaio 2023, n. 2166 secondo cui: “Il vizio di omessa motivazione di cui all'art. 829, co. 1, n. 5 cod. proc. civ. è ravvisabile nelle sole ipotesi in cui la motivazione del lodo sia del tutto inesistente ovvero sia a tal punto carente da non consentire di individuare la ratio della decisione, o ancora quando si caratterizzi per la scelta di un iter argomentativo assolutamente inaccettabile sul piano dialettico, si da risolversi in una sorta di non motivazione.

Il Lodo come sappiamo ha effetti ed efficacia diversi a seconda del tipo e della natura dell'arbitrato.

Può valere cioè come una sentenza ed essere perciò impugnato come tale-nei limiti delle regole particolari per essa impugnazione dettati.

Ovvero può valere come un contratto e perciò essere oggetto di rimedi contrattuali, nei casi previsti dalla legge.

Nello specifico il lodo ha valore di una sentenza, ed è perciò soggetto ad impugnazione, in tutti i casi di arbitrato in cui le parti disciplinano e scelgono le caratteristiche essenziali stabilendo di avvalersi di un arbitrato ad hoc “rituale”, ovvero dove gli arbitri decidono secondo diritto.

Ma il lodo ha valore di sentenza anche nell'arbitrato amministrato dove il regolamento dell'organismo stabilisca che gli arbitri decidano secondo diritto, ovvero con un arbitrato rituale.

Nel caso dell'arbitrato amministrato dalla Camera Arbitrale di Cagliari – Oristano, gli arbitri decidono secondo diritto se le parti non hanno espressamente previsto che si decida secondo equità.

Ancora, il lodo potrebbe essere soggetto ad impugnazione in tutti i casi in cui ci si trovi in quei tipi particolari di arbitrato previsti da:

- Art. 1 DL 132/2014 convertito nella l. 162/2014, cioè di un arbitrato richiesto dalle parti in pendenza di un giudizio civile
- Dall'Art. 838 bis fino all'Art. 838 quinquies c.p.c., cioè di un arbitrato in materia societaria

In materia di arbitrato societario mi pare utile citare le ultime pronunce, tenendo conto che ai giudizi instaurati dopo il 28/02/2023 si applicano le disposizioni succitate siccome introdotte dalla riforma

Cartabia, la quale è sostanzialmente intervenuta per prevedere la reclamabilità dinanzi al giudice ordinario delle ordinanze con cui gli arbitri societari sospendono l'efficacia delle delibere assembleari.

Peraltro la Cass. Sez. I, del 5 aprile 2023, n. 9435 già lo stabiliva

Infatti: “In tema di arbitrato societario, ove le parti abbiano autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità, l'impugnazione della decisione arbitrale per errore “in iudicando” non è consentita, salvo che abbia ad oggetto questioni non compromettibili o relative alla validità di delibere assembleari, a prescindere dal fatto che la clausola compromissoria sia stata inserita prima o dopo la novella del 2006, essendo irrilevante che “*ratione temporis*” l'art. 36 del d.lgs. n. 5 del 2003 faccia riferimento al testo dell'art. 829, comma 3, c.p.c., conseguente al d.lgs. n. 40 del 2006, ovvero all'art. 829, comma 3, c.p.c., nel testo previgente.

Ricordiamo che possono essere devolute agli arbitri tutte le controversie nascenti tra i soci e tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

Cassazione Sez. I, 5 aprile 2023, n. 9434

L'impugnazione di delibere societarie aventi ad oggetto operazioni sul capitale sociale, per aumento o riduzione, è compromettibile in arbitri allorquando, in ragione della prospettazione offerta dalle parti, la corrispondente controversia non investa, in modo diretto e non semplicemente mediato, gli interessi – dei soci, della società o di terzi ad essa estranei – protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, diversamente finendosi per devolvere agli arbitri diritti (sostanziali) inderogabili protetti da una specifica norma che li regola.

Invece, per le controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero contro di loro instaurate, perché si possa far ricorso all'arbitrato occorre che ciò sia espressamente previsto nell'atto costitutivo e, la clausola dell'atto costitutivo diventa vincolante per tali soggetti con l'accettazione dell'incarico.

Sul tema citiamo la Cassazione Sez. I del 2 marzo 2023 n. 6221, secondo la quale: “In tema di arbitrato, la vincolatività della clausola compromissoria statutaria nei confronti degli amministratori di società ha fondamento pattizio, derivando dall'adesione che gli stessi implicitamente prestano con l'accettazione della carica; ne deriva che non è opponibile agli stessi la soppressione della clausola compromissoria intervenuta a seguito di modifica dell'atto costitutivo successiva alla cessazione della carica e, pertanto, in assenza di specifica adesione da parte dell'amministratore a tale modifica, la predetta soppressione non è idonea ad escludere la competenza arbitrale per le controversie relative a fatti insorti in costanza del rapporto organico”.

Ma anche la Cassazione civ. Sez. I Ordinanza, 02 febbraio 2023, n. 3271

In tema di arbitrato societario, la clausola arbitrale dettata per dirimere le controversie con gli amministratori è applicabile non solo all'amministratore nominato dall'assemblea, ma anche all'amministratore di fatto, cioè colui che sia stato nominato in modo invalido o abbia iniziato ad esercitare le funzioni prima della formale nomina e accettazione, oppure che abbia usurpato le funzioni ad altri, comportandosi come rappresentante senza averne i poteri, poiché, trattandosi di soggetto in grado di rivestire pienamente un rapporto organico all'interno della struttura organizzativa della società, è parimenti destinatario dei diritti e degli obblighi che conseguono alla funzione, incluse le previsioni statutarie riguardanti gli amministratori.

Il particolare, la sentenza succitata costituisce un'applicazione del cosiddetto principio di apparenza del diritto.

A chiosa dell'argomento, ho trovato interessante la Cassazione Sezione I del 10 novembre 2022 n. 33149 che riguarda l'amministratore che riveste anche la qualità di socio, laddove la possibilità di agire nei suoi confronti con un arbitrato non è ammessa se non sussiste la clausola per gli amministratori.

Infatti. “La clausola compromissoria inserita nell’atto costitutivo di una società, che preveda la possibilità di deferire agli arbitri le controversie tra i soci e quelle tra la società e i soci, non include anche l’azione di responsabilità *ex art. 2476 c.c.* promossa dal socio nei confronti dell’amministratore, essendo irrilevante che quest’ultimo sia anche socio della società”.

Per concludere, con riferimento all'impugnazione del lodo di arbitrato irrituale, nel rammentare che la competenza non è della Corte d'Appello nella cui circoscrizione si trova la sede dell'arbitrato, ma è il Tribunale secondo le regole di competenza ordinarie, esso -avendo valore di accordo negoziale e non di sentenza- può essere impugnato solo per vizi della volontà, ovvero errore, violenza o dolo oppure per incapacità delle parti o degli arbitri.

Ringrazio per la pazienza e per l'attenzione.