

Luiss
Libera Università Internazionale degli Studi Sociali
Guido Carli

DOTTORATO DI RICERCA
DIRITTO DELL'ARBITRATO INTERNO
ED INTERNAZIONALE
XXII CICLO

L'ARBITRATO A MODALITA' IRRITUALE
NELLA RIFORMA DELL'ARBITRATO

TUTOR: Chiar.mo
Prof. Bruno CAPPONI

DOTTORANDA:
Dott.ssa Giusi BRUNO

INDICE

Premessa.....	1
---------------	---

CAPITOLO PRIMO

L'ELABORAZIONE DOTTRINARIA

E GIURISPRUDENZIALE PRECEDENTE ALLA NOVELLA

1.-I contrapposti orientamenti della dottrina.....	4
1.1.-La tesi negoziale.....	6
1.2.-La tesi processuale.....	9
1.3.-Le diverse implicazioni dei contrapposti orientamenti teorici sul piano della disciplina applicabile.....	12
2.-Gli orientamenti giurisprudenziali.....	19
2.1.-La giurisprudenza anteriore alla riforma del 1994.....	19
2.2.-La <i>svolta negoziale</i>	21
2.3.-L'interpretazione della volontà delle parti. La clausola di chiusura <i>in dubio pro rituale</i>	23
2.4.-Altri profili problematici.....	27

CAPITOLO SECONDO

LA CONFIGURAZIONE NORMATIVA

SEZIONE I

IL DATO POSITIVO

1.-Il nuovo art. 808- <i>ter</i>	29
2.-Elementi della fattispecie normativa.....	32

3.-Le cause di annullabilità elencate nel secondo comma.....	41
--	----

SEZIONE II

RICOSTRUZIONE TEORICA

4.-Analisi critica della fattispecie.....	53
---	----

SEZIONE III

LE CONSEGUENZE APPLICATIVE

5.-Il problema interpretativo dell'applicabilità del regime codicistico.....	73
6.-La soluzione prescelta. Limite di compatibilità.....	77
7.-I singoli problemi applicativi.....	79
7.1.-Le norme sull'istruzione probatoria.....	108
7.2.-L'arbitrato con pluralità di parti.....	111
7.3.-Le altre norme.....	115
7.4.-L'eccezione di compromesso.....	119
7.4.1.-L'elaborazione precedente.....	119
7.4.2.-L'eccezione di compromesso per arbitrato rituale.....	121
7.4.3.-L'eccezione di compromesso per arbitrato irrituale.....	125
7.4.4.-Il punto di convergenza delle divergenti interpretazioni.....	130
7.4.5.-L'art. 819-ter.....	133
7.4.6.-L'applicabilità dell'art. 819-ter all'arbitrato irrituale.....	139
7.5.-L'incidente di costituzionalità nell'arbitrato irrituale.....	144
7.6.-Le norme sul lodo.....	146

7.7.-La tutela cautelare.....	152
7.8.-Gli arbitrati irrituali <i>speciali</i>	161
7.8.1.-L'arbitrato irrituale nelle controversie del lavoro.....	161
7.8.2.-L'arbitrato irrituale societario.....	177
7.9.-L'arbitrato libero e la pubblica amministrazione.....	181
7.10.-La Convenzione di New York	189
Conclusioni	195
Bibliografia	203

PREMESSA

E' davvero strana la sorte dell'arbitrato irrituale¹.

Fatto oggetto di infinite discussioni dottrinarie e di divergenti interpretazioni giurisprudenziali nella prassi ultrasecolare di applicazione², tale peculiare forma arbitrale attendeva il momento della sua definitiva consacrazione, perché, con compiuta disciplina e plausibile inquadramento giuridico e sistematico, venissero finalmente messe a tacere quelle incertezze che ne avevano, da sempre, contrassegnato l'esistenza, anche se come istituto di diritto vivente³.

E quando, finalmente, sembrava giunta l'ora della chiarezza, con l'avvento di espressa regolamentazione (art. 808-ter c.p.c.⁴), il legislatore - deludendo le generali aspettative - si è limitato a poche enunciazioni, che, non prive di ambiguità (dovute, forse, alle consuete

¹ Detto anche *libero* od *improprio*. Qualificazioni nominalistiche, queste, con le quali, nella prassi, si è inteso definire, in contrapposizione alla configurazione codicistica dell'arbitrato (detto, per questo, *rituale*), il ricorso dei privati ad una forma più agevole di definizione di controversie tra loro insorte, al di fuori delle formalità e degli schematismi della disciplina positiva, nel pieno esercizio di autonomia privata.

² Quanto meno, a partire dalla lontana sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 27.12.1904 (caso *Butet Frères*) in *Riv.dir.comm.*, 1905, II, 45, che ha riconosciuto alle parti la facoltà di promuovere, nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, un meccanismo di risoluzione dei conflitti del tutto svincolato dalle forme previste dal codice di rito (nell'occasione, si sottolineava come l'obbligazione assunta da due o più industriali di deferire le loro controversie a terzi fosse valida: *una tale obbligazione non dà luogo ad un giudizio arbitrale e non è perciò sottoposta alle regole del compromesso*). In proposito, cfr. GAUDENZI, *Il codice di rito vale anche per l'irrituale*, in *Guida dir.*, 2006, n. 8, 88. Storicamente, la prima forma di arbitramento è stata quella del c.d. *biancosegno*, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, nell'ambito dei rapporti di lavoro, ma specialmente nel mondo degli affari e del commercio: si tratta di particolare forma di arbitramento, in cui le parti consegnano all'arbitro (*rectius* arbitratore) un foglio bianco già da loro stesso sottoscritto, così riconoscendo come proprio, anche sotto il profilo formale, il documento che sarà redatto.

³ Addirittura, c'era chi, favorevole alla *reductio ad unum* del fenomeno arbitrale, preconizzava la scomparsa dell'arbitramento irrituale, sostenendone l'inutilità: cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitramento rituale*, I, Padova 2000, 96 ss. In senso contrario VERDE, *Ancora sull'arbitramento irrituale*, in *Problemi attuali dell'arbitramento irrituale*, a cura di Quadri, Napoli, 1994, 81 ss., che ravvisava una qualche persistente utilità dell'istituto, verosimilmente nella certezza che la decisione non potesse essere ricondotta, *a posteriori*, nell'ambito della giurisdizione statale; e, dopo aver sottolineato che l'arbitramento libero è previsto in altri ordinamenti, persino nei sistemi di *common law*, lo considerava pratica coesistente alle organizzazioni che cercavano di affermare una propria autonomia nell'ambito dell'ordinamento, ponendosi come giustizia privata delle organizzazioni intermedie.

⁴ Introdotto dal d.lgs., 2 febbraio 2006, n. 40 (entrato in vigore il 2 marzo 2006) che ha modificato il Titolo VIII del codice di rito relativo all'arbitramento.

esigenze di mediazione), hanno finito, paradossalmente, per dare nuova linfa al dibattito dottrinario, alimentando incertezze interpretative e mai sopite ragioni di perplessità.

Segno di un destino beffardo, ineluttabilmente votato all'incertezza ed al dubbio esegetico, non erano mancate dispute persino sull'individuazione della *mens legis*, sull'ambito della delega e sul rispetto dei limiti della stessa, alla quale, come norma delegata, la disposizione anzidetta non avrebbe potuto che raccordarsi⁵.

Elementi di ambiguità presenti nel dettato normativo hanno indotto autorevoli voci dottrinarie a cercare nel testo momenti di conferma delle proprie opzioni ermeneutiche, mentre solo su limitati profili la nuova disposizione si è dimostrata capace di risolvere taluni dubbi interpretativi, rivelando il chiaro intendimento del legislatore di confutare consolidati orientamenti giurisprudenziali.

Al di là di questo, l'avvento di una formale previsione normativa rappresenta, pur sempre, evento di particolare rilevanza, che segna, comunque, una tappa fondamentale nella tormentata evoluzione dell'arbitrato libero⁶. La delusione per qualità ed intensità

⁵ La direttiva di delega di cui all'art. 1 della legge n. 80/2005 disponeva che le *norme in materia di arbitrato* avrebbero dovuto trovare *sempre applicazione in presenza di un patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione o di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare*. Cfr. BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in www.judicium.it, secondo cui il senso della delega sarebbe stato quello di non riconoscere l'unicità strutturale e funzionale del fenomeno arbitrale in funzione della tendenziale applicabilità delle regole dettate dal codice di rito all'arbitrato libero, salva espressa volontà contraria delle parti e salva comunque la diversa disciplina relativa ai mezzi di impugnazione del lodo; cfr., pure, VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006, 12 ss., nel senso della netta differenziazione delle due figure di arbitrato. In senso contrario, cfr. LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 261; MENCHINI, *Arbitrato verso un modello unitario*, in *Guida dir.* 2005, f. 22, 30; e dello stesso A. *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2007, 1149. Cfr. pure SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.* 2007, 30, secondo cui la riforma ha inteso avvicinare le due forme arbitrali, assimilandole quanto al procedimento, ma distinguendole solo quanto agli effetti del lodo.

⁶ Disposizione totalmente innovativa secondo LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 261. Il SASSANI parla anzi di rivoluzione sia pure silenziosa, in *L'arbitrato in modalità irrituale*, cit., 38.

dell'intervento normativo non può sottodimensionarne la rilevanza *storica*, in quanto momento di formale consacrazione di un istituto, che, fatto emergere dal limbo in cui era relegato, riceve cittadinanza nel sistema positivo attraverso un'espressa disciplina, ancorché solo *in punto di penna* ed allo stato embrionale⁷.

Per coglierne appieno la valenza, è inevitabile un rapido *excursus* dei momenti salienti dell'evoluzione dottrina e giurisprudenziale che hanno preceduto la novella.

Sarebbe, infatti, assai poco ragionevole opinare che il legislatore non abbia tenuto conto delle problematiche affiorate nel dibattito interpretativo, salvo a verificare se ed in che misura sia stato capace di tradurre nel dettato normativo i più significativi contributi o di ricondurre a ragionevole sintesi i risultati di divergenti conclusioni ermeneutiche.

⁷ Prima d'ora, tracce formali dell'istituto erano affiorate, oltretutto in ambito sportivo, in materia di controversie di lavoro, inizialmente nell'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, sui licenziamenti individuali, poi nella formulazione originaria dell'art. 5 della legge 11 agosto 1973, n. 533, e nell'art. 9 che ha introdotto il nuovo testo dell'art. 147 disp.att. c.p.c. e, quindi, negli artt. 412-ter e 412-quater c.p.c.; nell'art. 619 cod. nav., che disciplina il caso in cui i compromettenti (stipulanti il c.d. *chirografo di avaria*) escludano l'applicazione delle norme sull'arbitrato e, con esse, l'efficacia di sentenza della relativa statuizione ed infine nella riforma del diritto societario, che, all'art. 35, comma 5, prevede espressamente la figura dell' *arbitrato anche non rituale*.

La codificazione dell'arbitrato irrituale si inserisce nell'ambito del generale fenomeno della moltiplicazione dei modelli arbitrali, dotati di una propria autonomia rispetto a quella codicistica: cfr. VERDE, *L'arbitrato e gli arbitrati*, in *Diritto dell'Arbitrato*, 2005, 49 ss.; ARRIGONI, *Arbitrato irrituale tra negozio e processo*, in *Riv.trim. di dir. e proc.civile*, 2007, 341, nota 93. Sembra che tale *modus operandi* rientri nella tendenza costante dell'ultimo periodo di storia dell'arbitrato, che nato in libertà di forme, viene sempre più procedimentalizzato dal legislatore. BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim.dir. e proc. civile*, 2003, 81 ss., usa l'efficace espressione *arbitrato da legge*; BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario: prime riflessioni*, in *Riv. arb.*, 2003, 27 ss., a proposito dell'arbitrato societario, parla di *ottica invasiva e paragiurisdizionale*.

CAPITOLO PRIMO
L'ELABORAZIONE DOTTRINARIA
E GIURISPRUDENZIALE PRECEDENTE ALLA NOVELLA

1.-I contrapposti orientamenti della dottrina.

E' certamente singolare che, pur nel vuoto di disciplina o *contesto dell'assenza*⁸, si sia potuto sviluppare un dibattito dottrinario tanto acceso ed articolato attorno ad uno strumento conosciuto solo nella prassi e divenuto espressione di *diritto vivente* a seguito di copiosa giurisprudenza formatasi in merito.

Voci autorevoli sono intervenute sulla *vexata quaestio* della natura dell'arbitrato c.d. *irrituale* o *libero*.

Stante la molteplicità dei contributi sul tema sarebbe fuor d'opera indugiare, dettagliatamente, sui variegati contenuti delle diverse prospettazioni teoriche, essendo sufficiente un rinvio in nota⁹ ai lavori

⁸ Secondo l'efficace espressione di SASSANI, *op.cit.*, 42.

⁹ Cfr., tra gli altri, MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, 190 ss. Per una prima riflessione critica sulla dicotomia *giudizio/contratto* cfr. PUNZI, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc.giur. Treccani, II, Ed. Enc. it.*, 1988, 3 ss.; FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 459 ss.; Id., *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 1 ss.; Id., *Fondamenti dell'arbitrato*, ivi, 1995, 1 ss.; Id., *In dubio pro arbitrato rituale*, 1991, 518. BIN, *Dialogo dei massimi sistemi, ovvero civilisti e processualisti di fronte all'arbitrato irrituale*, in *Contr. e impr.*, 1991, 363 ss.; BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994; VERDE, *La posizione dell'arbitrato dopo l'ultima riforma*, in *Riv.arb.* 1997, 469 ss.; LAUDISA, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, ivi, 1998, 211 ss.

Dati i limiti e le finalità del presente studio, l'indagine retrospettiva non si spinge sino all'iniziale, lento, processo di riconoscimento e di inquadramento sistematico dell'istituto, reso problematico da posizioni teoriche di tenace attaccamento al dogma del monopolio statale della giurisdizione ed al correlato assunto che l'attività giurisdizionale, come tipica espressione di *ius dicere*, fosse riservata allo Stato e, solo in via di deroga normativamente prevista, agli arbitrati rituali: cfr., tra gli altri, SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. di dir. e proc.civile*, 1956, 1 ss. Altra dottrina tentava di limitare l'area del monopolio statale, circoscrivendolo alla fase di attuazione del diritto oggettivo, ossia alla fase dell'esecuzione, tipica espressione della *forza* imperativa dello Stato; cfr., per tutti, SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969, che riteneva quell'impostazione frutto di preconcetto e di visione assolutistica dello Stato. Cfr., più di recente, FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997; ID, *La distinzione fra arbitrato rituale ed irrituale: qualcosa si muove?*, in *Riv. arb.*, 1999, 256 ss.

più significativi che contengono un esaustivo compendio riepilogativo.

Ai fini della presente indagine torna utile, invece, un breve riferimento ai punti nodali del contrasto ermeneutico, soprattutto per cogliere, in rapida sintesi, i riflessi e le diverse implicazioni - sul versante del regime applicabile - delle contrapposte opzioni teoriche in merito alla natura dell'arbitrato irrituale.

In via di estrema semplificazione, può osservarsi che il dibattito - inserendosi sullo sfondo di identica problematica classificatoria in tema di arbitrato rituale - si è polarizzato, soprattutto, nella contrapposizione tra l'*opinione* della natura negoziale (o sostanziale) e quella della natura processuale (o - per certi versi - giurisdizionale) dell'arbitrato in questione¹⁰.

Nega la stessa congruenza del lodo-contratto, GALGANO, *Giudizio e contratto nella giurisprudenza sull'arbitrato irrituale*, in *Contr. e impr.*, 1997, 885 ss., che individua, invece, il minimo comune denominatore delle due figure di arbitrato nella natura di *fatto giuridico* della decisione dell'arbitro, al quale le parti chiedono una *prestazione d'opera intellettuale*.

Per l'unitarietà nell'area del contratto, cfr. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, 13 ss.; BIN, *Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitramento irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 373.

Una diversa impostazione distingue le due figure in base alla proiettabilità del lodo rituale nella sfera giurisdizionale ed alla natura totalmente privata di quello libero. Così, ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 655 ss.; TARZIA, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, *ivi*, 1991, 452 ss.

Dopo il *revirement* giurisprudenziale del 2000, che ha accolto gli spunti della dottrina maggioritaria, il criterio distintivo non si identifica più nella proiettabilità del lodo rituale in area giurisdizionale. In proposito, cfr. CONSOLO-MARINELLI, *La Cassazione e il "duplice volto" dell'arbitrato in Italia: l'exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitramento?*, in *Corr.giur.*, 2003, 678 ss.; BOCCAGNA, *L'arbitrato irrituale dopo la "svolta" negoziale della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 759 ss., che si esprime criticamente sulla concezione negoziale dell'arbitrato rituale, individuando una differenza *strutturale* tra le due forme di arbitramento.

¹⁰ Cfr., sulle posizioni dottrinarie in contrasto, VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 8; cfr. pure, E.F. RICCI, *L'"efficacia vincolante" del lodo rituale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv.trim. di dir. e proc.civ.*, 1994, 808 ss.; ID., *La "funzione giudicante" degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arret della Corte costituzionale)*, in *Riv.dir.proc.*, 2002, 351 ss.

1.1.-La tesi negoziale.

Una prima linea di pensiero sosteneva, infatti, la piena negozialità dell'arbitrato irrituale.

Si argomentava che l'arbitrato in genere (rituale o libero che fosse) era fenomeno che, tanto nella fase genetica che in quella conclusiva, rientrava e si risolveva nella sfera dell'autonomia privata, di talché il lodo veniva ad assumere natura prettamente negoziale. L'effetto di esecutorietà, conseguibile - per l'arbitrato rituale - mediante l'omologazione prevista dall'art. 825 c.p.c., non immutava siffatta natura, derivando da mera sovrapposizione di un comando statale ad un atto negoziale. Conseguentemente, nessuna differenza, sul piano ontologico, sussisteva tra le due forme di arbitrato (rituale ed irrituale) ed i relativi procedimenti avevano struttura unitaria siccome orientati ad un atto finale riconducibile, in entrambi i casi, alla categoria concettuale del negozio giuridico. La sola differenza ineriva, quindi, ad un elemento estrinseco, ossia all'omologabilità, che la legge prevedeva soltanto per l'arbitrato rituale¹¹.

Secondo tale impostazione, gli arbitri liberi non giudicavano né emettevano atti riconducibili alla tipologia del lodo-sentenza, ma si limitavano a comporre una controversia tra le parti, attraverso una determinazione che i compromittenti si erano impegnati a riconoscere come diretta espressione della loro volontà.

Nel solco di tale indirizzo interpretativo, alcuni Autori evocavano l'istituto del negozio di accertamento¹², in cui il terzo esercitava un

¹¹ Cfr., tra gli altri, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato rituale*, cit., 63; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 22-24 e 123 ss.

¹² Si riconosceva la facoltà delle parti di porre in essere un negozio, che, oltre all'efficacia costitutiva, come fonte di diritti ed obblighi, avesse anche la funzione di accertare il rapporto giuridico controverso. Sul piano concettuale, era la stessa funzione che si ravvisava nella transazione, cui, nondimeno, ineriva il peculiare elemento dell'*aliquid datum aliquid retentum*;

potere negoziale attribuitogli dai soggetti in lite, emettendo una dichiarazione di volontà imputabile, nondimeno, alle parti stesse, che ne restavano vincolate proprio in forza di quel potere conferito nell'esercizio di autonomia privata.

L'orientamento prevalente optava, tuttavia, per la tipologia del negozio di transazione¹³, rispetto al quale era ritenuta incompatibile l'applicabilità di preordinate formule procedurali¹⁴. Mediante la stipula della convenzione arbitrale le parti intenderebbero rinunciare alla tutela giurisdizionale ed affidare al terzo il compito di dare contenuto ad un contratto tra loro intercorso, mediante la determinazione dell'entità delle reciproche prestazioni o concessioni.

Il *proprium* dell'arbitrato irrituale non risiedeva, dunque, nella decisione della controversia, bensì nel completamento di un negozio di transazione (in bianco), che, mediante il meccanismo del rinvio *per relationem*, era pur sempre riconducibile alla volontà dei contraenti¹⁵. Lo schema contrattuale delineato dalle parti

cfr., tra gli altri, ANDRIOLI, *Commentario*, Napoli, 1947, III, 527, che delineava, peraltro, la figura del negozio di accertamento a formazione progressiva, costituito dalla combinazione dei due distinti rapporti che si sostanziano tra le parti (vincolo di natura obbligatoria) e tra queste ed il terzo (rapporto inquadrabile nella locazione d'opera); più di recente, cfr. LEVONI, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato e le procedure arbitrali*, 1965, 95 ss.; CIRULLI, *Osservazioni sul principio del contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Giust. civ.*, 1993, 1, 2783 ss. Sul contratto di accertamento, cfr., pure, TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corr.giur.* 2006, n. 11, 1614 ss.

¹³ Cfr., per tutti, RECCHIA, voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it., app.*, I, Torino, 1980, 362 ss. Dissentiva da questa impostazione e da quella che richiamava il negozio di accertamento MAZZARELLA, *Note minime in tema di arbitrato irrituale e di arbitraggio*, in *Giur.merito*, 1969, I, 335 ss., secondo cui le parti affidavano ad un terzo il compito di *dicere ius* nel caso concreto. Sulla contrapposizione teorica in argomento cfr., pure, *Commentario Codice di Procedura Civile*, a cura di Consolo-Luiso, *sub 808-ter*, 5716 ss.

¹⁴ All'uopo, si obiettava che la previsione di formalità procedurali fosse incompatibile con la natura della transazione; inoltre, si negava la possibilità dell'espletamento di una vera e propria istruttoria, nel rispetto del contraddittorio: cfr., tra gli altri, SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio ed arbitraggio*, Milano, 1967, 22 ss.

¹⁵ Cfr. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale* cit., 103. L'A. ricostruisce l'arbitrato irrituale come contratto atipico *per relazione*, in cui la decisione arbitrale funge da referente.

attraeva ed assorbiva nella sua sfera giuridica la decisione arbitrale, prevalentemente configurata come atto giuridico¹⁶.

Si delineava, così, una figura di arbitrato irrituale quale arbitraggio applicato alla transazione, spesso in forma di mandato congiunto a transigere¹⁷.

¹⁶ Cfr., sul punto, LA CHINA, *L'Arbitrato-Il sistema e l'esperienza*, 2007, 13, che, nel richiamare la costruzione teorica della transazione, osserva che, al di là della contrapposizione *arbitrato rituale/irrituale* l'esperienza pratica mostra che *le parti controvertono e dibattono accanitamente in ogni sorta di arbitrato e l'idea che esse passivamente aspettino che il terzo formi per loro il contenuto della transazione che poi esse vorranno è del tutto irrealistica. Se nell'arbitrato irrituale si vuol vedere null'altro che un modo per transigere, non si può però non vedervi anche che ciascuna parte chiede, argomenta, pretende che la transazione rispecchi piuttosto i suoi diritti e i suoi interessi e le sue tesi che non quelle avversarie; e l'arbitro, quando pure giungesse alla soluzione componendo, bilanciando concessioni, pareggiando opportunità, lo fa comunque giudicando e decidendo fra opposte prospettazioni della soluzione più opportuna, spostando il punto di equilibrio tra il datum e il retentum secondo la propria valutazione, e la conclusione pone in crisi dunque ogni qualificazione teorica!...*

¹⁷ Cfr., tra gli altri, RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, MARINELLI, *op.cit.*, 121 ss.; BOCCAGNA, *L'arbitrato irrituale dopo la «svolta» negoziale della Cassazione*, in *Riv.dir. e proc.civile*, 2004, 759 ss.; BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, *ibidem*, 1999, 688 ss. Si discostava da tale interpretazione VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, 866, che, pur ricostruendo l'istituto in chiave negoziale, configurava l'opera degli arbitri come locazione d'opera intellettuale.

L'arbitrato irrituale presuppone due rapporti contrattuali distinti: uno preesistente e perfetto, ma non più pacifico tra le parti, l'altro transattivo, concluso in linea di massima e destinato ad essere completato dalla determinazione del terzo, cui spetta stabilire misura e contenuto dell'accordo delle parti. Siffatta determinazione ha natura dichiarativa (in senso contrario BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv.dir.proc.* 1999, 1201) e costitutiva ad un tempo, con la creazione di un nuovo vincolo, fonte di obbligazioni reciproche in capo ai compromittenti. L'arbitratore della transazione, in base alla valutazione economica nella quale potranno, eventualmente, entrare anche considerazioni giuridiche, deve attuare l'*aliquid datum aliquid retentum* e, secondo un'impostazione restrittiva, non potrà accogliere o respingere integralmente le pretese di una delle parti. La soluzione negoziale può essere frutto di un'attività valutativa, ma non è essa stessa giudizio in senso tecnico; cosa che induce a ritenere la motivazione del *dictum* non essenziale, se non del tutto irrilevante: cfr., tra i tanti, BOCCAGNA, *op.cit.* 759 ss.; CONSOLO, *La natura del lodo irrituale ed il luogo di formazione del negozio*, in *Riv.arb.*, 1997, 373 ss.; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, Padova, 2004, 155 ss.

1.2.-La tesi processuale.

Secondo l'altra impostazione teorica, l'arbitrato irrituale aveva in comune con quello rituale l'esistenza di una controversia o, almeno, di un contrasto da risolvere; se ne differenziava per natura del compito affidato al terzo e per efficacia del *dictum*, che, nella modalità irrituale, non assumeva autorità di lodo-sentenza.

Nella maturazione di tale orientamento avevano, particolarmente, inciso le riforme del 1983, prima, e del 1994 poi, che avevano stemperato gli inconvenienti della disciplina codicistica, ridefinendo la complessiva fisionomia dell'arbitrato.

A fronte del nuovo panorama normativo, in dottrina si era giunti, persino, a sostenere che - ricondotto all'alveo processuale - l'arbitrato libero non avesse più ragione di sopravvivere¹⁸, propugnando la *reductio ad unum* del fenomeno arbitrale, quale mezzo di eterocomposizione delle controversie, destinato a concludersi con un lodo, avente, comunque, efficacia vincolante per le parti sin dalla data dell'ultima sottoscrizione¹⁹.

Ad ogni modo, i sostenitori della tesi processuale argomentavano che le due forme arbitrali avessero, oltre ad identica fonte negoziale, anche stessa struttura e funzione, in quanto volte entrambe alla definizione di una controversia mediante un giudizio

¹⁸ Cfr. PUNZI, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, 1 ss.; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, 77 ss. In senso contrario, VERDE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, in *Problemi*, cit., 81 ss.

¹⁹ La teoria unitaria dell'arbitrato era stata già sostenuta da FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 459 ss.; cfr., tra gli altri, MONTELEONE, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro - ovvero - esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, in *Riv. dir. e proc. civile*, 2001, 43 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, Padova, 2004, 818 ss.

In senso contrario alla configurazione dell'arbitrato irrituale come forma eteronoma di composizione delle controversie cfr. MARINELLI, *op.cit.*, 103 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 161 ss, secondo i quali l'arbitrato in questione è mezzo di autocomposizione della lite, privo di alcun fattore di eteronomia decisoria: il *dictum* è ricollegato interamente alla volontà delle parti.

emesso in esito ad un procedimento, nel rispetto del principio del contraddittorio²⁰.

La categoria concettuale della processualità non era più riferibile, in esclusiva, alla giurisdizione dello Stato, ben potendo attagliarsi anche ad una fattispecie di composizione privata di una controversia, che, ancorché di fonte negoziale, si sviluppava in una serie di atti e di forme funzionali all'espressione di un giudizio, che valesse a risolvere quella stessa controversia.

L'arbitrato irrituale fuoriusciva, così, dalla dimensione negoziale per protendersi, decisamente, verso la *processualizzazione*.

In tal guisa, veniva finalmente abbattuto il dogma del monopolio statale nella decisione delle controversie: il terzo poteva giudicare nell'ambito tracciato dall'autonomia privata, nel rispetto delle forme processuali e delle relative garanzie. Per l'arbitrato rituale, tale facoltà era, positivamente, prevista dagli artt. 806 ss. c.p.c. (nel testo previgente); per quello libero, era ritenuta coesistente alla sua stessa natura. Insomma, il lodo irrituale non aveva contenuto dispositivo del diritto delle parti, non completava *per relationem* una piattaforma negoziale, ma, al pari di quello rituale, giudicava e decideva la controversia²¹.

Il presupposto, nei due casi, era identico, ossia l'esistenza della *res litigiosa* e pure identico era il profilo funzionale dello *ius dicere*.

L'arbitro accertava una situazione giuridica controversa, in esito ad

²⁰ Cfr., tra gli altri, CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv.trim.dir. e proc. civile*, 1991, 394 ss.; PUNZI, *op.ult.cit.*, 63 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, 31ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 514 ss.; RUFFINI, *Sulla distinzione tra arbitrato «rituale» ed «irrituale»*, in *Riv. arb.*, 2002, 750 ss.

²¹ Cfr., tra gli altri, LAUDISA, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv.arb.* 1998, 211 ss.

un procedimento e nel rispetto di indeclinabili garanzie. Il lodo era mero fatto giuridico e non atto di volontà²².

Nel quadro di siffatta ricostruzione, il rapporto parti-arbitri non era sussumibile nello schema contrattuale del mandato, ma piuttosto in quello della prestazione d'opera intellettuale. Il terzo era giudice, non agiva in nome e per conto delle parti né nell'interesse di alcuna di esse.

Come l'arbitrato rituale, anche quello libero era strumento di attuazione di regole di giustizia, tenuto al rispetto dei canoni di ordine pubblico ed alle garanzie del giusto processo, *in primis* ai principi di terzietà, imparzialità, contraddittorio, obbligo di motivazione e controllo di legittimità. Era mezzo alternativo di risoluzione di controversie e non già di composizione negoziale di contrapposti interessi.

L'avvicinamento delle due forme arbitrali, che finivano col porsi come *species* di unico *genus*, non comportava, tuttavia, l'azzeramento di ogni differenza, sino a completa sovrapposizione delle stesse. Se identiche erano genesi, struttura e funzione, diversi rimanevano gli effetti voluti dalle parti, così come diverso era il regime delle impugnazioni. Differivano, inoltre, per la possibilità, riconosciuta solo per l'arbitrato rituale, del deposito e del conseguimento di *exequatur*, con le relative implicazioni²³, benché entrambi avessero efficacia vincolante dall'ultima sottoscrizione²⁴.

²² Cfr. FAZZALARI, *Arbitrato (Teoria generale diritto processuale civile)*, in *Dig., disc.priv., sez.civ.*, I, Torino, 1987, 400 ss.

²³ Quali, trascrivibilità ed iscrizione di ipoteca giudiziale.

²⁴ Secondo LUISSO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, non vi era differenza sostanziale tra i due tipi di arbitrato.

1.3.-Le diverse implicazioni dei contrapposti orientamenti teorici sul piano della disciplina applicabile.

Il riferimento alle pregresse posizioni dottrinarie non ha rilievo solo storico, in chiave ricostruttiva dell'*humus* culturale nel quale è maturata la novella, ma risulta particolarmente utile per individuare le diverse soluzioni applicative - conseguenti all'una od all'altra impostazione teorica - dei più ricorrenti problemi posti dalla prassi, al fine di saggiarne la persistente praticabilità per colmare i vuoti della nuova disciplina²⁵.

D'altronde, anche in passato, l'opzione in favore della soluzione negoziale o processuale non era mera esercitazione accademica fine a sé stessa, ma rispondeva all'esigenza di individuare - nel vuoto normativo - il regime applicabile all'arbitrato irrituale.

Divergenti, al riguardo, erano le soluzioni conseguenti all'una od all'altra prospettazione teorica.

Secondo la tesi negoziale, che faceva leva sulla nozione del contratto *per relationem*, le disposizioni codicistiche in tema di arbitrato rituale non erano, di per sé, applicabili all'arbitrato libero, dal momento che l'interesse delle parti era rivolto all'atto conclusivo del terzo e non già all'*iter* procedurale in esito al quale quell'atto dovesse essere emesso. Dal che discendeva che la soluzione dei diversi problemi pratici andava ricercata sul versante della normativa contrattuale e, in caso di lacuna non altrimenti

²⁵ Cfr., per l'importanza della ricostruzione storica del fenomeno dell'arbitrato irrituale, alla luce del dibattito dottrinario e giurisprudenziale sviluppatosi in materia, CAMPANILE, *L'arbitrato irrituale da negozio innominato a contratto tipico: sviluppo della figura e ipotesi interpretative della nuova disciplina*, in *Contratto e impresa*, 2007, 819 ss.: non solo per la rilevanza in sé della storia evolutiva dell'istituto, per individuarne l'attuale fisionomia, ma anche per cogliere le ragioni del suo recepimento nella recente riforma, introdotta con d.lgs n. 40 del 2006, in attuazione della delega di cui alla l. n. 80 del 2005.

superabile, mediante il ricorso, per via analogica, agli istituti del codice civile, da applicarsi, però, *cum grano salis*.

Alla stregua di siffatta impostazione teorica, tutti i problemi che insorgessero in tema di nomina di arbitri (quali la mancata nomina od il mancato accordo sulla nomina dell'arbitro) andavano risolti facendo riferimento non già all'art. 810 c.p.c., bensì al particolare procedimento previsto dall'art. 1473 c.c., in tema di determinazione del prezzo di vendita affidata ad un terzo. Identico meccanismo di rinvio andava effettuato per l'ipotesi della sostituzione.

Quanto alla ricusazione, si ritenevano applicabili gli artt. 1723 e 1726 c.c, in tema di revoca del mandato singolo o collettivo, sul rilievo che la mancanza di imparzialità dell'arbitro configurasse giusta causa di revoca.

Per quanto riguardava, poi, il termine, si proponeva il riferimento all'art. 1722, n. 1, relativo alle cause di estinzione del mandato, e non già all'art. 820 c.p.c.

Corollario dell'affermata negozialità dell'arbitrato irrituale era l'assunto secondo cui, in tema di impugnazione del lodo, la materia dovesse essere regolata dalla disciplina contrattuale²⁶. In particolare, erano ritenute esperibili le ordinarie azioni contrattuali per far valere i vizi della volontà delle parti, ai sensi degli artt. 1427 ss. L'opinione che si rifaceva allo schema negoziale del mandato riteneva, coerentemente, applicabili le relative norme sostanziali con particolare riferimento al rapporto fra parti e arbitro; donde l'applicabilità dell'art. 1711 c.c., quando il lodo era pronunciato al di fuori di quanto richiesto, e di altre norme in tema di mandato.

²⁶ *Contra* BIN, *Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale*, cit., 387.

Per quanto riguardava i vizi denunciabili, alcuni Autori argomentavano che gli stessi dovessero essere ricondotti allo schema concettuale dell'eccesso di mandato (a mente del menzionato art. 1711 c.c.), alla nullità (ex art. 1418 ss. c.c.) od all'annullabilità (art. 1425 ss. c.c.) del lodo-contratto, sul presupposto che in esso si riflettessero i motivi di invalidità della convenzione arbitrale²⁷.

Nella stessa prospettiva negoziale si attribuiva particolare rilievo alla disposizione di cui all'art. 1349 c.c. che finiva con l'essere norma cardine nella disciplina dell'arbitrato irrituale, tanto da ritenere esperibile un'impugnativa per manifesta iniquità od erroneità, sulla falsariga di quanto previsto dalla menzionata norma sostanziale, sul presupposto che l'iniquità od erroneità della determinazione dell'arbitro si riflettesse sulla corretta formazione della volontà delle parti, che si erano accordate per far propria non già una qualsiasi determinazione arbitrale, bensì quella che non fosse manifestamente iniqua od erronea²⁸.

Le eventuali lacune di regolamentazione avrebbero potuto essere risolte - anche secondo la dottrina che costruiva l'arbitrato libero come contratto atipico - mediante rinvio alla disciplina del codice civile²⁹.

La tesi che propugnava l'unitarietà strutturale tra le due forme di arbitrato, nel quadro teorico della processualità, ripudiava l'idea che la decisione dell'arbitro potesse integrare il contenuto

²⁷ Cfr. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 227 ss.; LAUDISA, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv.arb.*, 1998, 227; ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, cit., 564 ss.

²⁸ Così, VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., 8 ss.; cfr., pure, MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., 194.

²⁹ Cfr. BIN, *Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale*, cit. 381.

dell'accordo intercorso tra parti sul riflesso che un siffatto meccanismo d'integrazione fosse utilizzabile solo ai fini della composizione di un conflitto di interessi prettamente economico, ove fosse definita ed incontestata la situazione giuridica, e non quando, come appunto nella fattispecie dell'arbitrato libero, la controversia riguardasse proprio situazioni giuridiche. In questo caso, il *dictum* arbitrale, come momento regolatore di posizioni soggettive in conflitto, assumeva autonoma rilevanza rispetto all'accordo negoziale, restando così enfatizzata l'attività dell'arbitro e, dunque, la procedura che egli era chiamato ad osservare per giungere alla determinazione finale. Donde la possibilità di attingere alla disciplina dell'arbitrato rituale per regolare gli aspetti più rilevanti del procedimento per arbitrato libero.

In particolare, si ritenevano applicabili a tale forma di arbitrato le norme in tema di convenzione arbitrale, nomina degli arbitri nonché doveri ed ambito di responsabilità degli stessi.

Controversa, invece, era l'applicabilità della riconsunzione, non nel senso che si dubitasse che anche l'arbitro libero fosse riconsunabile, ma nel senso dell'applicabilità della procedura di cui all'art. 815 c.p.c.³⁰.

Erano, inoltre, ritenute applicabili le norme sull'istruzione probatoria, sulla necessità di rispettare il contraddittorio, sul termine per la decisione e sull'obbligo di motivazione.

³⁰ Nel senso dell'applicabilità, CECHELLA, *L'arbitrato*, *op.cit.*, 111. In senso contrario, GIOVANNUCCI ORLANDI, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 2145; BENATTI, *Arbitrato irrituale: deontologia ed etica*, in *Riv. dir.trim.proc.civ.*, 1999, 131.

Quanto ai rimedi esperibili avverso la decisione arbitrale, alcuni Autori hanno ritenuto proponibile l'impugnazione per nullità prevista dall'art. 828 c.p.c.³¹.

Con riferimento a specifici profili problematici, era radicale la divaricazione tra i due orientamenti.

In particolare, in ordine al profilo del *tantum compromissum tantum iudicatum*, la tesi negoziale riconduceva il tema all'area concettuale della nullità del negozio (derivante dalla violazione delle regole imposte dalle parti quali condizioni di validità del lodo), da far valere attraverso l'azione di eccesso di mandato, con la conseguenza che avrebbe potuto essere dichiarata l'invalidità di una pronuncia arbitrale, che avesse deciso solo parzialmente sulle domande delle parti, solo ove risultasse che la decisione totale della controversia era determinante del relativo consenso, salvo ritenere le questioni non deliberate assorbite nel *decisum* ed implicitamente risolte³².

L'altra impostazione teorica riteneva, invece, applicabile la disposizione di cui all'art. 829, n. 4, del codice di rito, che, nel testo previgente, ammetteva l'impugnazione per nullità *se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti del compromesso o non ha pronunciato sul alcuno degli oggetti del compromesso o contiene disposizioni contraddittorie, salva la disposizione dell'articolo 817*.

Netta, poi, era la divergenza sul tema della motivazione. Chi qualificava il lodo arbitrale come determinazione, che i compromittenti si erano impegnati a riconoscere quale diretta

³¹ FAZZALARI, *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv.arb.* 1995, 7 ss.

³² Cfr. ARRIGONI, *Arbitrato irrituale tra negozio e processo*, in *Riv.trim.dir. e proc. civile*, 2007, 335.

espressione della loro volontà, opinava che la motivazione non fosse necessaria³³.

I sostenitori dell'altra impostazione teorica consideravano, invece, ineludibile l'obbligo della motivazione, dovendo gli arbitri rendere conto della correttezza della loro decisione e del percorso logico-argomentativo seguito³⁴. D'altro canto, il lodo, anche se libero, era pur sempre decisione di situazione sostanziale controversa, a meno che le parti non avessero inteso addivenire ad una composizione meramente transattiva della controversia.

Parimenti netta era la diversità di vedute in merito al principio del contraddittorio.

Secondo la prima impostazione teorica il contraddittorio era mero strumento conoscitivo, finalizzato, in chiave negoziale, al corretto adempimento del mandato assunto dall'arbitro. La violazione del principio anzidetto poteva assumere rilievo, come causa di invalidità del lodo - connessa ad errore nella percezione della realtà - solo a condizione che ne fosse dimostrata l'effettiva incidenza sulla determinazione degli arbitri³⁵.

Di tutt'altro avviso erano i sostenitori della tesi processualistica, secondo cui il contraddittorio era ineludibile garanzia processuale anche nel procedimento arbitrale, la cui violazione integrava *error in procedendo* che comportava, *eo ipso*, invalidità del lodo³⁶.

³³ *Contra* MARINELLI, *op.cit.*, 222, che, pur muovendo da un'impostazione negoziale dell'istituto prevedeva la possibilità di impugnativa del lodo privo di motivazione ai sensi dell'art. 1349 c.p.c.

³⁴ Cfr. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2007.

³⁵ Cfr., tra gli altri, MARINELLI, *op.cit.*, 220; CONSOLO, *Spiegazioni, op.cit.*, 140; ID, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, Milano, 1995, 893 ss.; LEVONI, *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *Riv.trim.dir. e proc.civile*, 1965, 1201 ss.; SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio, op.cit.*, 313 ss.

³⁶ Cfr. E.F. RICCI, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arb.*, 1987, 13 ss.; CANALE, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Giur.it.*, 1989, I, 2, c. 110 ss.

Anche nell'arbitrato irrituale, dunque, doveva essere osservato il contraddittorio, siccome principio di rilevanza costituzionale, ai sensi dell'art. 111 Cost., indipendentemente dalla indicazione negoziale dei criteri di giudizio (equità o diritto), trattandosi di canone fondamentale del processo volto ad assicurare la dialettica e la *parità delle armi* tra le parti nonché la completezza degli elementi conoscitivi sui quali gli arbitri avrebbero dovuto maturare la loro decisione.

Il contraddittorio si poneva come limite dell'autonomia negoziale e presupposto di legittimazione del potere degli arbitri; insomma, come indeclinabile canone generale, rispetto al quale avrebbe ben potuto prevedersi l'inserimento automatico nella convenzione di arbitrato, a mente dell'art. 1339 c.c.³⁷.

Altro tema dibattuto era quello della rilevanza dell'errore di giudizio degli arbitri.

Si sosteneva, al riguardo, che l'impugnativa per *errores in iudicando* fosse incompatibile con la configurazione negoziale del lodo, in quanto il controllo di legittimità contrastava con l'essenza del negozio dispositivo, segnatamente con la transazione³⁸. Chi sosteneva il contrario proponeva l'applicabilità analogica dell'art. 1349 c.c., in tema di arbitrato³⁹.

³⁷ Cfr. FAZZALARI, *I processi*, cit., 473 ss.; ID, *Processo*, cit., 55.

³⁸ *Contra*, PAGANO, *L'impugnazione nell'arbitrato irrituale*, in *Problemi*, cit. 69 ss., che critica la sottrazione del lodo al sindacato sugli *errores in iudicando*, osservando come, in proposito, la giurisprudenza cada spesso nell'errore di ritenere l'arbitrato irrituale sempre di equità e, dunque inoppugnabile per motivi di diritto, senza considerare che anche una pronuncia equitativa è impugnabile per manifesta iniquità.

³⁹ Cfr. MARINELLI, *op.cit.*, 191; in senso contrario, CECHELLA, *op.cit.*, 232.

2.-Gli orientamenti giurisprudenziali.

Le stesse ragioni che rendono opportuna un'indagine retrospettiva sulle opinioni dottrinarie espresse nel previgente regime consigliano una sintetica puntualizzazione dei termini dell'evoluzione giurisprudenziale maturata a margine della mutata fisionomia normativa dell'arbitrato.

Risulta, per vero, interessante verificare quale opzione teorica abbia privilegiato la giurisprudenza, segnatamente di legittimità, e quali implicazioni siano state tratte in ordine alla soluzione dei più ricorrenti problemi applicativi.

2.1.-La giurisprudenza anteriore alla riforma del 1994.

Secondo la giurisprudenza di legittimità formatasi in relazione alla disciplina in vigore precedentemente alla riforma del 1994, l'arbitrato rituale aveva natura di *giudizio*, rimesso in via sostitutiva, rispetto alla giurisdizione ordinaria, alla competenza di un soggetto diverso dal giudice, ed era caratterizzato dall'epilogo, rappresentato da un *lodo* idoneo a conseguire efficacia di sentenza esecutiva.

L'arbitrato irrituale, invece, era strumento mediante il quale le parti devolvevano agli arbitri la soluzione di controversie, tra loro insorte (od insorgende) mediante un negozio (di accertamento o transattivo) fondato sul potere dispositivo loro conferito dalle stesse parti⁴⁰.

⁴⁰ Cfr., tra le altre, Cass.Sez.Un. 20.1.1970, n. 119, secondo cui *gli arbitri rituali svolgono attività giurisdizionale ed il lodo, atto esclusivo del procedimento, da essi emesso, una volta reso esecutivo dal pretore, equivale ad una sentenza ed è impugnabile, a norma dell'art. 828 c.p.c..... Gli arbitri irrituali, invece, non svolgono un'attività giurisdizionale. Ad essi è demandato il*

In tale ottica interpretativa, il *discrimen* fra arbitrato rituale ed irrituale andava ravvisato nell'intenzione dei compromittenti e, all'uopo, era necessario stabilire, al di là delle espressioni letterali usate, se essi avessero inteso affidare agli arbitri una funzione sostitutiva di quella propria del giudice ordinario ovvero conferire loro il potere di comporre la controversia sul piano negoziale, dovendosi optare, nel dubbio, per l'irritualità dell'arbitrato, in considerazione dell'eccezionalità della deroga alla competenza del giudice ordinario⁴¹.

All'epoca, era infatti prevalente, anche in giurisprudenza, il convincimento del monopolio esclusivo dell'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato.

In dissonanza, però, con la prevalente dottrina, che sosteneva l'unitarietà del fenomeno arbitrale, la giurisprudenza optava per l'impostazione *dualista*, sul riflesso della diversità, *per natura*, tra le due forme di arbitrato, rituale ed irrituale (nell'uno, si vuole un giudizio; nell'altro, un contratto, precisamente un *contratto per relationem*, nel quale il *dictum* arbitrale viene ad integrare la volontà dei contraenti).

*compito di regolare un determinato rapporto controverso mediante un accertamento sostitutivo della volontà delle parti, le quali, con il compromesso, si sono impegnate ad accettare la risoluzione adottata dagli arbitri come espressione della loro stessa volontà. Conseguenza che tale risoluzione ha un carattere meramente negoziale ed è impugnabile secondo le ordinarie regole di competenza e con il rispetto del doppio grado di giurisdizione per quegli stessi vizi che vulnerano ogni manifestazione di volontà (incapacità delle parti e degli arbitri, vizi del consenso ect.). Cfr. Cass., 16.2.1970, n. 366, in *Mass.Giust.civ.*, 203; id., 25.2.1970, n. 463, ivi, 1970, 252; id., 21.1.1971 n. 124, ivi, 1971, 66; id., 18.2.1972, n. 461, ivi, 1972, 244; id. 7 luglio 1981, n. 4425. Cfr., inoltre, Cass. Sez. Un. 8.9.1978, n. 4167.*

⁴¹ Cfr. Cass. Sez. Un. n. 2929 del 10.10.1962, secondo cui *nel distinguere l'arbitrato libero da quello rituale, la caratteristica del primo va ricercata non nel conferimento agli arbitri del potere di decidere come amichevoli compositori né nella dichiarazione di non impugnabilità del lodo e nemmeno nella mancata prescrizione delle parti circa l'osservanza di norme del procedimento, i quali non sono elemento di per sé incompatibili con l'arbitrato rituale, ma precipuamente nel conferimento del potere di decidere la controversia in via di composizione amichevole o transattiva, attraverso un responso che, anziché essere ispirato alla rigida applicazione del principio fondamentale della funzione giurisdizionale, di dare cioè ragione a chi se la merita, sia fondato prevalentemente sull'arbitrato del terzo, per un accomodamento transattivo che non sconfini nella manifesta iniquità.*

2.2.-La svolta negoziale.

Tale impostazione sistematica è stata, successivamente, modificata dalla Suprema Corte⁴², che, dando l'abbrivio alla c.d. *svolta negoziale*, si è adattata alla mutata fisionomia dell'arbitrato introdotta dalla legge di riforma n. 5 del 1994, che aveva indotto pure la dottrina ad un ripensamento della giurisdizionalità dell'arbitrato rituale, a fronte di univoci elementi sintomatici, rappresentati dall'eliminazione, nel testo dell'art. 825 c.p.c. del riferimento al *decreto del pretore* per l'attribuzione al lodo dell'*efficacia di sentenza* e, *in toto*, della terminologia *sentenza arbitrale*, a sostegno della prospettiva negoziale anche dell'arbitrato rituale⁴³.

Le pronunce delle Sezioni Unite, in nota indicate, hanno aperto un nuovo solco interpretativo in favore della natura negoziale del lodo, consolidatosi sulla base delle mutate caratteristiche dell'arbitrato⁴⁴.

Si è così ritenuto che il *dictum* arbitrale, anche nelle forme dell'arbitrato rituale, dovesse essere considerato come atto di autonomia privata, estraneo all'esercizio della giurisdizione.

⁴² Cfr. Cass. SS.UU. 3.10.2002, n. 14223; 3.8.2000, n. 527; 24.5.1995, n. 5690. Tra queste assume particolare rilievo la n. 527/2000, edita in *Riv.dir. proc.*, 2001, 254 ss., con nota di RICCI; ed in *Corr. giur.*, 2001, 51 ss., con nota di CONSOLO, RUFFINI e MARINELLI nonché in *Foro it.* 2001, I, 839 ss.

⁴³ Cfr. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv.arb.*, 1994, 1 ss.

⁴⁴ In controtendenza, rispetto all'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 376 del 28 novembre 2001, ammettendo gli arbitri alla facoltà di sollevare questioni di legittimità costituzionale e sottolineando la fungibilità fra attività degli arbitri e quella dei giudici (*il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie*) aveva, invece, aderito all'impostazione giurisdizionalista; cfr., tra gli altri, VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte Costituzionale*, in *Giust.civ.*, 2001, I, 2883 ss.; BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in *Riv.arb.*, 2001, 657 ss.

Di conseguenza, secondo tale indirizzo interpretativo, non vi è differenza ontologica fra arbitrato rituale ed irrituale. I relativi epiloghi presentano, entrambi, natura negoziale e, in tutti e due i casi, la devoluzione della controversia ad arbitri, mediante il compromesso o la clausola compromissoria, si configura come rinuncia tacita all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, nonché come opzione per la soluzione della controversia in ambito esclusivamente privatistico, attraverso la decisione di soggetti privati.

Ne deriva, inoltre, che la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale può fondarsi non già sull'argomento che nel primo, a differenza che nel secondo, le parti abbiano demandato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice⁴⁵; bensì sul rilievo che, nell'arbitrato rituale, le parti vogliono un lodo suscettibile di essere reso esecutivo ai sensi dell'art. 825 c.p.c. e reso con l'osservanza del regime procedurale e delle garanzie - anche in relazione ai mezzi d'impugnazione - previsti dal codice di procedura civile. Nell'arbitrato irrituale, invece, esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie attraverso uno strumento negoziale *atipico*, non regolamentato, ma legittimato dal generale principio dell'autonomia privata dettato dall'art. 1322 c.c. Salvo che non siano espressamente richiamate dalle parti, le norme di cui al titolo ottavo del codice di rito non trovano applicazione; mentre i mezzi d'impugnazione esperibili sono quelli tipici dei contratti.

Il *proprium* dell'arbitrato irrituale é che, con tale modalità, le parti si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà.

⁴⁵ Cfr. Cass. 13 aprile 2001, n. 5527; 8 agosto 2002, n. 11976; 30 agosto 2002, n. 12714; 20 luglio 2006, n. 16718; 10 novembre 2006, n. 24059.

2.3.-L'interpretazione della volontà delle parti. La clausola di chiusura *in dubio pro rituale*.

Un profilo ermeneutico assai dibattuto, che è utile approfondire in questa sede in vista di una ragionata lettura del nuovo art. 808-*ter* c.p.c., è quello dell'interpretazione del compromesso e della clausola compromissoria.

Con riferimento alla disciplina sia precedente che successiva alla riforma del 1994, era dominante l'orientamento secondo cui, al fine di stabilire se le parti avessero voluto un arbitrato rituale od irrituale, l'indagine da compiere⁴⁶ fosse quella di scrutarne la volontà, onde accertare se la stessa fosse orientata alla soluzione di una determinata controversia secondo le formalità codicistiche, con tutte le consequenziali implicazioni, ovvero rivolta ad una forma di definizione del contrasto in deroga della disciplina del codice di rito.

L'indagine sulla reale volontà delle parti doveva svolgersi secondo gli ordinari canoni di ermeneutica contrattuale dettati dal codice sostanziale, prendendo le mosse dal tenore letterale delle espressioni usate. Il criterio letterale non era, però, in sé sufficiente, stante l'approssimazione o genericità che, di regola, caratterizzava la formulazione, sovente telegrafica, del compromesso o della clausola compromissoria⁴⁷.

⁴⁶ Anche *ex officio*: cfr. Cass. 18.11.1993, n. 11372, in *Foro it.*, 1994, 1, 755; nello stesso senso, poi, Cass., 15.4.1999, n. 3725, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Arbitrato*, n. 230; Cass., 22.11.2000, n. 15070, in *Mass. Foro it.*, 2000; Cass., 27.1.2001, n. 1191; Cass., 4.4.2001, n. 4943, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Arbitrato*, n. 232.

⁴⁷ Cfr. GABRIELLI, *Considerazioni sull'interpretazione e sull'invalidità delle clausole compromissorie*, in *Vita not.*, 1988, 973 ss.; v. RUFFINI, *In tema di interpretazione della clausola compromissoria: i "dubbi" della Suprema Corte e l'art. 1367 cod. civ.*, in *Riv. arb.*, 1999, 53 ss. e MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, *ivi*, 2006, 88 ss.

Principio comune a tutti gli orientamenti giurisprudenziali *in subiecta materia* era l'assunto che, nell'ipotesi in cui il ricorso per cassazione - avverso una sentenza recante pronuncia sull'impugnazione di un lodo arbitrale - avesse posto in discussione la natura rituale od irrituale dell'arbitrato, la Corte di legittimità avrebbe dovuto esaminare e valutare direttamente il patto compromissorio, fonte dell'arbitrato medesimo, e non limitarsi al controllo estrinseco della decisione del giudice di merito, in quanto la relativa qualificazione incideva sul problema - di natura squisitamente processuale - dell'ammissibilità della impugnazione del lodo per nullità⁴⁸. Affermazione, questa, in sintonia con il pacifico arresto giurisprudenziale, tuttora valido, secondo il quale, in tema di delibazione delle questioni di rito, la Cassazione è giudice anche del fatto e, in quanto tale, le è consentito l'accesso all'incartamento processuale⁴⁹.

Allo scopo di stabilire la natura dell'arbitrato occorreva, dunque, ricostruire la volontà delle parti, quale espressa nel compromesso o nella clausola compromissoria, secondo le regole dettate dagli artt. 1362 ss. c.c., tenendo pure conto del comportamento complessivo delle stesse parti, anche posteriore alla conclusione del contratto, a mente del menzionato art. 1362, comma 2, c.c.⁵⁰. In particolare, era ritenuto applicabile il criterio ermeneutico dettato dall'art. 1369

⁴⁸ Ciò perché - come si è detto - il lodo irrituale non era soggetto al regime di impugnazione previsto dagli artt. 827 e ss. c.p.c., ma solo ad impugnativa per i vizi negoziali, con riferimento sia alla validità dell'accordo compromissorio che all'attività degli arbitri, da proporre con l'osservanza delle norme ordinarie sulla competenza e del doppio grado di giurisdizione (da ultimo Cass. 10.11.2006, n. 24059; id. 20.7.2006, n. 16718; id. 30.8.2002, n. 12714; id. 28.1.2001, n. 119; id. 14.7.2000, n. 8937).

⁴⁹ Pacifico è il principio dell'esame diretto della clausola arbitrale in sede di legittimità, da esperirsi attraverso gli ordinari criteri dell'ermeneutica contrattuale, cfr. Cass. 24.1.2005, n. 1398; id. 24.2.2004, n. 3614; id. 8.8.2001, n. 10935; id. 17.1.2001, n. 562, in *Rep. Foro it*, 2001, voce *Arbitrato*, n. 101; id. 28.6.2000, n. 8788; id. 18.11.1992, n. 12346, in *Arch. civ.*, 1993, 290.

⁵⁰ Cfr., tra le altre, Cass., 4.4.2001, n. 4943; id. 22.11.2000, n. 15070; sul punto, cfr. LONGO, *La rilevanza della condotta processuale delle parti nell'interpretazione della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 2002, 124 ss.

c.c., secondo cui *le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto.*

Inoltre, un consolidato orientamento giurisprudenziale negava rilevanza alla mera qualificazione *rituale/irrituale* utilizzata dalle parti al fine di stabilire se la decisione dovesse essere secondo diritto od equità; viceversa, la locuzione *gli arbitri decideranno quali amichevoli compositori della lite* - nella prassi, solitamente, intesa come autorizzazione a decidere secondo equità - era ritenuta compatibile con entrambe le tipologie di arbitrato.

In tale ottica interpretativa si accredita, quindi, l'opinione⁵¹ secondo la quale - costituendo l'arbitrato irrituale un istituto atipico, in deroga alla disciplina codicistica e sfornito delle garanzie all'uopo previste dal legislatore - in mancanza di volontà derogatoria chiaramente desumibile dal compromesso o dalla clausola compromissoria, il riferimento *tout court* all'arbitrato debba intendersi come espressione dell'intendimento delle parti di richiamarsi all'istituto tipico dell'arbitrato regolato dal codice di rito⁵².

⁵¹ *Ab antiquo* formulata dalla dottrina e alla quale ora, in un contesto normativo nuovamente mutato, ha dato base legislativa il nuovo art. 808-ter c.p.c.

⁵² Cfr. Cass. 2.7.2007, n. 14972, in *La nuova giurispr.civ. comm.*, 2007, 143, con nota di BARTOLINI, *La scelta delle parti fra arbitrato rituale ed irrituale. L'interpretazione della clausola compromissoria fra incertezze giurisprudenziali e interventi legislativi*. Con tale pronuncia la Corte, affermando il principio della prevalenza dell'arbitrato rituale, in mancanza di univoca volontà derogatoria delle parti, ha interpretato la clausola compromissoria oggetto di giudizio nel senso della volontà diretta all'arbitrato rituale, alla stregua del tenore della stessa e del comportamento successivo di entrambe le parti. In particolare, è stato ritenuto significativo che una parte avesse chiesto all'arbitro di emettere, ai sensi dell'art. 2932 c.c., un lodo idoneo a produrre gli effetti del contratto non concluso (vendita di quote societarie), domandando, in via subordinata, la *condanna* di controparte al pagamento della somma dovuta e di altra a titolo di risarcimento del danno. Di contro, è stata ritenuta significativo che l'altra parte, nel corso del giudizio arbitrale, notificando all'arbitro la comunicazione prevista per il lodo arbitrale dall'art. 821 c.p.c. e facendo valere il decorso del termine di cui all'art. 820, avesse mostrato anch'essa, esplicitamente, con il proprio comportamento, di ritenere che la clausola arbitrale fosse riferibile ad un lodo rituale. E' interessante notare come la clausola compromissoria, oggetto di controversia, fosse del seguente tenore: *"Le parti concordano che in caso di necessità di*

Viene, così, abbandonato il tradizionale orientamento secondo il quale - in caso d'incertezza interpretativa sulla natura dell'arbitrato voluto dalle parti - l'arbitrato dovesse ritenersi irrituale. Si afferma, invece, una nuova regola di giudizio nei termini *in dubio pro rituale*, secondo una linea interpretativa anticipata da un *obiter dictum* di una sentenza del 1999⁵³, che aveva avanzato i primi dubbi sulla correttezza dell'interpretazione sino ad allora prevalente in favore dell'irritualità.

interpretare e dare esecuzione al presente (contratto) si appelleranno ad unico arbitro con tutti i poteri decisionali nella persona dell'avv....”.

⁵³ Cass. 1.2.1999, n. 833. In caso di dubbio interpretativo, l'orientamento prevalente, fino a tempi recenti, è stato di deciso *favor* per l'irritualità, in quanto opzione che non comportava deroga alla giurisdizione: cfr., in questo senso, Cass., 24.1.2005, n. 1398.; Cass., 13.4.2001, n. 5527, in *Corr. giur.*, 2002, 361; Cass., 10.6.1998, n. 5717, in *Riv. arb.*, 1999, 53; Cass., 18.11.1992, n. 12346.; Cass., 20.3.1990, n. 2315.

La giurisprudenza del merito, raccogliendo gli spunti dottrinali per una revisione della regola *in dubio pro irrituale*, aveva individuato nella regola opposta del *favor* per la ritualità l'opzione più consona a garantire al meglio le parti nel processo arbitrale. Cfr., tra le altre, Trib. Bologna, 6.10.2004, in *Rep. Foro it*, 2006, voce *Arbitrato*, n. 115; Coll. Arb. Firenze, 6.11.2002, in *Riv. arb.*, 2002, 747, con nota di RUFFINI.

2.4.-Altri profili problematici.

Come in dottrina, anche in giurisprudenza sono stati affrontati i problemi dei limiti dell'autonomia privata e, correlativamente, dell'applicabilità all'arbitrato irrituale della disciplina codicistica dettata per il rituale⁵⁴.

Sulla scia della *svolta negoziale* tali problematiche hanno, prevalentemente, trovato soluzione in ambito contrattuale.

In particolare, era pacifica l'affermazione secondo cui il lodo irrituale non fosse soggetto alle impugnative previste per il rituale, essendo sottoposto alla sola azione per vizi della volontà, ai sensi dell'art. 1427 c.c.⁵⁵.

In tema di nomina degli arbitri, era discussa la possibilità di rivolgersi al presidente del tribunale perché vi provvedesse⁵⁶.

Anche nell'elaborazione giurisprudenziale era affiorata l'opinione che affermava l'applicabilità all'arbitrato irrituale della disciplina sul mandato⁵⁷, sostenendosi, tra l'altro, l'estinzione del mandato, in applicazione della norma di cui all'art. 1722, n. 1, c.c. in caso di

⁵⁴ Per un'analisi ragionata dei risultati giurisprudenziali su arbitrato libero e rituale, nel regime previgente, cfr. RIGHETTI-PIOTTO, *L'arbitrato nella giurisprudenza italiana*, Milano, 2005, 1 ss.

⁵⁵ Cass., 28.5.1998, n. 5280, in *Foro it.*, 1998, I, 2088; in senso conforme, Cass., 29.9.1984, n. 4834, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Arbitrato*, n. 126; id. 19.3.1991, n. 2931, *ivi*, 1991, voce *cit.*, n. 169; id. 24.2.2004, n. 3614, in *Giur it.*, 2004, 2277; id. 26.3.2004, n. 6113, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 891; id. 15.9.2004, n. 3614, in *Arch. civ.*, 2004, 591.

⁵⁶ In senso positivo, cfr. Cass., 24.1.2003, n. 1112, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Arbitrato*, n. 157; Sez. Un. 3.7.1989, n. 3189, in favore dell'applicabilità analogica in *considerazione della somiglianza strutturale e funzionale dei due istituti* (ndr. arbitrato libero e rituale), dell'esigenza di assicurare la conservazione del contratto nonostante l'inadempimento di uno dei contraenti, nonché dell'ammissibilità di un intervento di volontaria giurisdizione anche per supplire ad un'inerzia di tipo negoziale.

⁵⁷ Non è mancato neppure il riferimento al negozio di transazione: cfr. Cass. 26.11.1946, n. 1332, in *Rep. Giur. it.*, 1944-47, 213; id. 28.2.1951, n. 507, *ivi*, 154; id. 24.9.1955, n. 2623, in *Foro it.* 1955, I, c. 1310; id. 18.9.1956, n. 3225, in *Giust. civ.*, 1956, I, 2024; id. 14.1.1958, n. 78, in *Mass. Foro it.*, 1958, c. 17; più di recente Cass., 17 novembre 1984, n. 5837, in *Giust. civ.*, 1985, I, 329; id. 24.7.1997, n. 6928, in *Giur. it.*, 1998, 1349; id. 23.6.1998, n. 6248, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1368; id. 28.6.2000, n. 8788, *ivi*, 2000, 1424; id. 29.11.2000, n. 15292, *ivi*, 2000, 2459; id. 17.1.2001, n. 592, in *Giust. civ.*, 2001, 1, 331 ss.; id. 13.4.2001, n. 5527, *ivi*, 2002, 1, 2909 ss.; id. 8.8.2001, n. 10935, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 1571; id. 8.11.2001, n. 13840, *ivi*, 2001, p. 1884.

mancata pronuncia nel termine stabilito, a meno che “le parti non abbiano inteso in modo univoco conferire a detto termine un valore meramente *orientativo*”⁵⁸.

Altro orientamento sosteneva, invece, che il termine assegnato all’arbitro per la pronuncia fosse un termine di durata strutturalmente essenziale, il cui inutile decorso precludeva la pronuncia del lodo⁵⁹.

L’inquadramento concettuale dell’arbitrato libero nel paradigma del mandato comportava, inoltre, l’applicabilità dell’art. 1711 c.c. e dell’art. 1726 in tema di revoca del mandato collettivo⁶⁰.

Per quanto riguarda il contraddittorio, gran parte delle decisioni individuavano la violazione del principio anzidetto non come vizio del procedimento, ma come violazione del contratto di mandato, ai fini dell’impugnativa di cui all’art. 1429 c.c., ossia come errore degli arbitri che abbia inficiato la volontà contrattuale espressa dagli stessi⁶¹.

⁵⁸ Cfr. Cass., 3.1.2001, n. 58, in *Foro it.*, 2001, I, 465.; cfr., pure, id. 3.1.2001, n. 58.

⁵⁹ Cfr. Cass., 7.9.1984, n. 4785, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Arbitrato*, n. 129; id. 13.4.1999, n. 3609, *ivi*, 1999, voce *cit.*, n. 160.

⁶⁰ Cfr. Cass., 13.4.1999, n. 3609.

⁶¹ Tale orientamento è commentato criticamente da CAPONI, *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1770, che ne sottolinea il contrasto con il carattere processuale da riconoscere, a suo avviso, all’arbitrato libero.

CAPITOLO SECONDO

LA CONFIGURAZIONE NORMATIVA

SEZIONE I

IL DATO POSITIVO

1.-Il nuovo art. 808-ter.

L'importante novità dell'introduzione nell'impianto codicistico di una norma espressa dedicata all'arbitrato irrituale dovrebbe indurre ad un diverso approccio metodologico al problema relativo alla natura di tale formalità arbitrale, per l'innanzi affidato, per le già dette ragioni, ad un'opzione teorica in favore dell'una o dell'altra prospettiva, ineludibile presupposto dell'individuazione del relativo regime.

Ancor oggi, infatti, talune letture dottrinarie mostrano di risentire dell'originaria impostazione teorica e tentano di adattare il dato letterale a preconcrete scelte di fondo, che - se pienamente giustificabili in periodo di vuoto normativo - lo sono assai meno in presenza di un'espressa regolamentazione, per quanto asfittica possa essere. A fronte della stessa sembra metodologicamente più corretto un ribaltamento di prospettiva, *resettando* la mente da ogni pregiudizio concettuale.

Il dato positivo, pur scarsamente perspicuo, è ormai realtà normativa con la quale misurarsi per un tentativo di obiettiva ricostruzione della natura dell'istituto, al di là di preconcrete scelte di campo che rischiano di inquinare la lettura. E da tale realtà occorre, dunque, prendere le mosse per un'analisi quanto più possibile *asettica*,

salvo giungere, poi, alla conclusione di inadeguatezza del nuovo referente normativo.

Quanto alla problematica della natura dell'istituto, è indiscutibile che non sia compito del legislatore farsi carico di tale profilo⁶². Ma è pur vero che, normalmente, lo stesso legislatore non manca di fornire all'interprete elementi utili, di chiara valenza indiziaria, in favore di un determinato *nomen iuris*. Indizi siffatti non mancano neppure nella scarsa previsione normativa in esame e vanno adeguatamente colti e valorizzati, salvo poi a convincersi della mancanza di univocità o, persino, della contraddittorietà degli stessi, essendo evidente – in tal caso – che il legislatore avrebbe perso una formidabile occasione per offrire una soluzione definitiva, capace di risolvere ogni ragione di dubbio.

Pur nell'apparente banalità del rilievo, un primo elemento sintomatico è offerto dal criterio, spesso negletto, della *sedes materiae*, ossia dell'inquadramento sistematico. La collocazione dell'art. 808-ter nel *corpus* delle norme relativo all'arbitrato, in seno al codice di rito (libro quarto, titolo ottavo, capo primo, come sostituito dall'art. 20 d.lgs 2 febbraio 2006, n. 40), deve pur significare qualcosa.

Il dato *topografico* potrebbe, così, segnare un primo punto a favore della tesi processualista, altra ovviamente dovendo essere la collocazione sistematica di un istituto sostanziale, sia pure con riflessi processuali⁶³. Non solo, ma sarebbe un punto a favore anche dell'opinione che configura arbitrato rituale ed irrituale come distinte *species* di un fenomeno unitario (l'arbitrato), se non in favore,

⁶² Secondo la felice battuta di SATTA, in *Commentario al c.p.c.*, IV, 2, Milano, 1971, 162, secondo cui *purtroppo - o fortunatamente - non spetta al legislatore determinare la natura di un istituto*, richiamata pure da PUNZI, "Efficacia di sentenza" del lodo, in *Riv.arb.*, 2005, 829. Nel medesimo senso, VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 34.

⁶³ Si pensi all'istituto previsto dall'art. 1349 c.c.

addirittura, della più problematica qualificazione dell'arbitrato libero come sottospecie di quello arbitrale.

Già in prima approssimazione, prendendo le mosse da un piano di osservazione esterna del fenomeno, sembra possibile rilevare che, anche l'arbitrato libero, come quello rituale, è istituto finalizzato alla decisione di una controversia in via alternativa all'ordinaria tutela giurisdizionale, con la sola peculiarità di essere svincolato dalle formalità che caratterizzano l'altro modulo arbitrale. Anche l'arbitrato irrituale, infatti, ha il suo momento genetico in un atto di autonomia privata, trasfusa nella convenzione di arbitrato. Nel suo svolgimento dinamico l'istituto sembrerebbe, tuttavia, sganciarsi - come quello rituale - dalle sue origini per collocarsi in un ambito diverso, che è quello processuale, che, come tutti i contesti di siffatta natura, è caratterizzato da una progressione e concatenazione di atti funzionali alla decisione di una controversia tra le parti. Certo, l'epilogo di tale procedura è un lodo che non è destinato ad assumere la stessa autorità della sentenza e rispetto al quale può riproporsi il quesito della relativa natura (negoziale o meno). Ma nel divenire del fenomeno, considerato non nel suo aspetto statico, ma dinamico proprio di una fattispecie a formazione progressiva, il momento caratterizzante sembra svolgersi, tutto, in ambito apparentemente estraneo alla sfera di disponibilità delle parti. Si tratterebbe di un ambito contestuale distinto, nel quale l'arbitro o gli arbitri, pur dovendo attenersi alle regole loro impartite dai contendenti, risolvono la *quaestio* loro deferita in piena libertà di convincimento.

Di talché, già la mera osservazione empirica del fenomeno, sullo sfondo della significativa collocazione sistematica, dovrebbe suggerire l'idea di un fenomeno - sia pure in senso lato - processuale, che come tale, dunque, deve essere trattato e considerato.

2.-Elementi della fattispecie normativa.

Nel tentativo di offrire una compiuta descrizione dell'istituto, la disposizione di cui al comma primo dell'art. 808-*ter* utilizza i seguenti elementi connotativi:

- a) in primo luogo, l'atto di devoluzione agli arbitri irrituali della controversia deve essere redatto per iscritto;
- b) con tale atto deve essere stabilito che, *in deroga a quanto disposto dall'articolo 824-bis*, la controversia sia definita dagli arbitri *mediante determinazione contrattuale*;
- c) in mancanza, *si applicano le disposizioni del presente titolo*, ossia le norme dettate per l'arbitrato *rituale*.

Il primo elemento descrittivo della fattispecie ribadisce che la genesi dell'istituto è prettamente negoziale. Con univoco atto di volontà, sostanzialmente identico a quello che caratterizza il deferimento ad arbitrato rituale, le parti rinunciano, tacitamente e sia pure provvisoriamente, ad avvalersi dell'ordinaria tutela giurisdizionale. Tale volontà deve essere manifestata per iscritto.

In proposito, la mancata riproduzione nel testo in esame dell'inciso *a pena di nullità* che figura nel comma primo dell'art. 807, relativo al *compromesso*, può far sorgere il dubbio se la forma scritta sia richiesta *ad substantiam* o solo *ad probationem*. L'omissione non sembra casuale e, sbrigativamente, spiegabile con una svista nel quale sarebbe incorso il solito, distratto, legislatore, al punto da ritenere che nella disposizione in esame sia implicita l'aggiunta *a pena di nullità*⁶⁴. In

⁶⁴ Cfr. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di Buonfrate e Giovannucci Orlandi, Torino, 2006, 36 ss. In senso contrario NELA, *Le recenti riforme del processo civile. Commentario* diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, sub art. 808-*ter*, 1644.

raffronto alla puntuale determinazione dell'art. 807 ed all'espresso richiamo *alla forma richiesta* dallo stesso articolo, contenuto nei successivi artt. 808 ed 808-*bis*, nonché in ragione del principio generale della tassatività dei motivi di nullità, appare preferibile ritenere che per l'arbitrato irrituale la forma sia necessaria solo ai fini della prova della volontà orientata a sottrarre la controversia alla cognizione del giudice ordinario⁶⁵.

Non solo, ma l'omissione può assumere rilievo confermativo della posizione recessiva che il legislatore ha inteso assegnare all'arbitrato irrituale rispetto a quello rituale, come assai più significativamente rivela l'elemento sub *c*).

Il dato descrittivo sub *b*) assume rilievo primario, rappresentando l'essenza precipua dell'istituto. Il contenuto della previsione negoziale deve essere nel senso che la *controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale*, in deroga a quanto previsto dall'art. 824-*bis* sull'efficacia del lodo, che è, positivamente, identica (*salvo quanto disposto dall'articolo 825*) a quella della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, esclusivo appannaggio dell'arbitrato rituale. Insomma, le parti non devono volere un lodo-sentenza che definisca la controversia tra loro intercorsa con un atto che abbia gli effetti della pronuncia dell'autorità giudiziaria, sia impugnabile ai sensi degli artt. 827 ss. e sia destinato ad acquistare efficacia esecutiva attraverso la procedura di *exequatur* giudiziale⁶⁶. Tale *non-volontà* deve essere univocamente manifestata.

⁶⁵ In linea con l'orientamento giurisprudenziale sul punto: cfr., tra le altre, Cass. 4.11.2004, n. 21139.

⁶⁶ Netta differenziazione rimarcata dall'ultimo inciso dell'art. 808-*ter*, secondo cui *al lodo contrattuale non si applica l'art. 825*, in tema di deposito e di conseguenti formalità richieste ai fini dell'esecutorietà.

La perentorietà della norma nel riferimento all'espressione di volontà orientata all'obiettivo che la controversia sia definita dagli arbitri con determinazione contrattuale e non con lodo-sentenza potrebbe indurre a ritenere che non sia sufficiente un generico riferimento all'arbitrato irrituale *tout court*, senza alcuna specificazione degli effetti voluti. Sembra, però, preferibile la soluzione affermativa, nel senso, dunque, dell'idoneità della formula, apparendo vacuo formalismo sostenere il contrario, pur a fronte dell'univocità espressiva della rubrica dell'articolo in esame⁶⁷.

Non par dubbio, invece, che l'opzione per la modalità irrituale non potrà più essere desunta dall'uso di formule generiche, quali *amichevoli compositori* o *senza formalità di procedura* od altre stereotipe conosciute dalla prassi⁶⁸. In mancanza di univoca espressione di volontà e, *a fortiori*, in caso di mancata manifestazione di volontà, deve applicarsi la disciplina codicistica.

La disposizione in esame è di fondamentale importanza in quanto segna il *discrimen* tra le due figure di arbitrato. Connotato caratterizzante dell'arbitrato irrituale è l'epilogo della procedura *definitoria*, che, qualificato dapprima *in negativo*, ossia in riferimento alla convenzionale destinazione a non assumere gli effetti del lodo-sentenza, viene poi contrassegnato *in positivo* con l'espressione *determinazione contrattuale*. Sennonché, il lemma *determinazione* sembra alludere ad un atto risolutivo di una situazione di conflitto, come tale definibile con un giudizio che implichi delibazione di contrapposte posizioni e ragionata scelta in favore dell'una o dell'altra ovvero consapevole opzione di eventuale *terza via*. Ed infatti, nella

⁶⁷ Cfr., in questo senso, SASSANI, *op.cit.*, 27, nota 9. Per la tesi negativa, cfr. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 275, e PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 406 ss.

⁶⁸ Cfr. SASSANI, *op.cit.*, 27; cfr., pure, TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.* 2007, cit., 555 ss.

struttura linguistica della norma sembra assumere rilievo decisivo il sintagma *determinazione della controversia*. E' proprio una *controversia* ciò che deve essere definito con determinazione contrattuale: dunque, è il termine *controversia* il punto focale più che la qualificazione nominalistica dell'epilogo.

Quest'ultimo, definito *determinazione*⁶⁹, riceve la connotazione *contrattuale*. Siffatta qualificazione del *decisum* degli arbitri ha introdotto nel tessuto normativo un elemento di evidente ambiguità, che sembrerebbe ridar fiato all'opinione di quanti, in dottrina, hanno ricostruito l'istituto su base prettamente negoziale. Si potrebbe, cioè, sostenere che l'aggettivo sta ad indicare che la decisione arbitrale è elemento destinato ad inserirsi, integrandola, nella piattaforma negoziale delle parti, secondo un *modus operandi* tipico del contratto *per relationem*.

L'elemento lessicale non sembra, però, sufficiente, potendo ben spiegarsi come momento descrittivo dell'inerenza della decisione ad uno schema di elaborazione negoziale, in marcata contrapposizione con l'efficacia di sentenza dell'arbitrato rituale.

E' innegabile, d'altro canto, che l'arbitrato libero sia espressione di autonomia negoziale, non soltanto nella fase genetica, ma anche in funzione della dinamica di procedimento arbitrale, sia quanto al momento propulsivo (nomina degli arbitri *con le forme e nei modi stabiliti nella convenzione arbitrale*: motivo di annullabilità del lodo sub 2, comma secondo); sia quanto alla fissazione delle regole alle quali gli arbitri devono attenersi, come condizione di validità del lodo (motivo sub 4). Ma pure se di estrazione negoziale il procedimento sembra vivere, poi, di vita autonoma e non perdere la sua

⁶⁹ Tale modulo linguistico é usato dal legislatore in tema di arbitraggio ed in altri settori, alludendo alla determinazione che il terzo compie per completare il contenuto del contratto *per relationem* concluso dalle parti, e non già in riferimento ad una *controversia*.

connotazione essenziale di sequela di atti preordinati e funzionalmente connessi in direzione di una decisione, peculiare espressione di giudizio, nella specie qualificata *determinazione*⁷⁰.

Si tratta, allora, più verosimilmente, di improprietà terminologica⁷¹. Bene avrebbe fatto il legislatore ad utilizzare termini meno equivoci, come *decisione* o *giudizio*.

Il terzo elemento descrittivo contiene una clausola di chiusura disponendo che, in mancanza della volontà derogatoria anzidetta, *si applicano le disposizioni del presente titolo*. Sembra questo il significato evidente dell'inciso finale del comma primo dell'art. 808-ter (*Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo*), contenente una disposizione residuale destinata ad operare tutte le volte in cui l'opzione delle parti in favore del lodo contrattuale non sia stata chiaramente enunciata⁷² ed il dubbio interpretativo in ordine alla forma arbitrale prescelta non sia altrimenti risolvibile.

La formulazione normativa appare perspicua nel suo tenore letterale. Il rilievo semantico dell'avverbio *altrimenti* risulta strettamente connesso alla previsione della necessità che la volontà delle parti sia, espressamente, orientata alla determinazione contrattuale della controversia. Se manca tale univoca manifestazione di volontà, si applicano le disposizioni dettate in tema di arbitrato rituale⁷³.

⁷⁰ RUFFINI, voce *Arbitrato*, in *Il diritto – Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, I, 2007, 569.

⁷¹ Così VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., 15.

⁷² E non già del senso di escludere *in nuce* l'applicabilità all'arbitrato libero delle disposizioni del codice di rito, come ritengono VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., 14 (oltre che *Lineamenti*, cit., 36) e BOVE, *op. cit.*, 1151. In senso contrario, cfr. SASSANI, *op. cit.*, 31, e BIAVATI, *op. cit.*, 1167 ss., 1169, in favore di una parziale applicabilità della disciplina codicistica, in quanto talune norme possono assumere funzione di riferimento e di attrazione per il regime, pur se pattizio ed autonomo, dell'arbitrato irrituale.

⁷³ Sembra ozioso il rilievo dell'imprecisione linguistica, argomentando che, essendo l'art. 808-ter ricompreso nel titolo ottavo del libro settimo meglio sarebbe stato l'inclusione dell'aggettivo

La disposizione in esame ha una valenza straordinaria, forse al di là delle reali intenzioni del legislatore.

In primo luogo, sembra segnalare un'indubbia preferenza per le forme dell'arbitrato rituale, considerato evidentemente come regola, rispetto alla quale l'arbitrato irrituale (*rectius* la disposizione negoziale che lo preveda) costituisce mera *deroga* (e, dunque, eccezione), tollerata dal legislatore solo in presenza di espressa previsione negoziale.

Se questa manca, la disciplina codicistica si riepande automaticamente, anche ove le parti abbiano previsto forme particolari di definizione della controversia (diverse da quelle ordinarie), ma senza l'espressa previsione derogatoria di cui si è detto. Il che vale a significare chiara affermazione di centralità (e, dunque un *rafforzamento*⁷⁴) dell'arbitrato rituale, in sintonia con la *ratio* della legge delega.

Per meglio cogliere l'ambito della *reviviscenza* della disciplina codicistica, vale osservare che la fattispecie considerata dal legislatore non pare solo quella in cui le parti, nell'optare per la forma arbitrale in genere, abbiano taciuto su modalità procedurali ed effetti del lodo, ma anche quella in cui, pur dettando regole procedurali diverse da quelle ordinarie, non abbiano espressamente previsto che l'epilogo della procedura debba essere una determinazione contrattuale.

E' difficile, allora, opinare che, con siffatta regolamentazione, il legislatore non abbia inteso ribadire il carattere sostanzialmente unitario dell'arbitrato⁷⁵. Sembrerebbe evidente, invece, che, nel prevedere l'applicabilità del regime dell'arbitrato rituale ogni qual

altre. E' di tutta evidenza, al di là dell'ellittica enunciazione, che il riferimento deve essere inteso alle norme diverse da quelle di cui all'art. 808-ter.

⁷⁴ Cfr. CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, www.jiudicium.it, 5.

⁷⁵ Cfr. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 963 ss., che ribadisce la tesi della *reductio ad unum* dell'arbitrato.

volta manchi un'univoca volontà derogatoria delle parti, abbia inteso negare ogni irriducibile contrapposizione tra le due *species* arbitrali⁷⁶ e considerare arbitrato rituale ed irrituale come forme di uno stesso fenomeno giuridico, pur se in posizione non paritaria, ma di evidente subalternità, essendo l'una (quella irrituale) deroga od eccezione dell'altra.

Di tutt'altra opinione sono stati i primi commentatori della norma che hanno ravvisato nella nuova disciplina il ripudio della teoria unitaria del fenomeno arbitrale e la riaffermazione dell'ontologica diversità tra arbitrato rituale e libero, l'uno qualificabile come fonte eteronoma del regolamento del rapporto sostanziale controverso, l'altro riconducibile allo schema contrattuale dell'art. 1349 c.c, in cui la pronuncia dell'arbitro mandatario vale solo ad integrare e perfezionare la volontà negoziale già manifestata *per relationem* dalle parti nella convenzione di arbitrato⁷⁷.

In secondo luogo, sembra fondatamente sostenibile che il rinvio alla disciplina codicistica dell'arbitrato significhi anche sottolineatura del carattere processuale che, secondo il legislatore, assume l'arbitrato irrituale. E' di tutta evidenza, infatti, che il rinvio avrebbe ben potuto essere effettuato in favore della normativa sostanziale (contrattuale o negoziale in genere)⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. RUFFINI, *op. cit.*, 570 ed i richiami dottrinari ivi contenuti.

⁷⁷ In tal senso si è espresso BOVE, *Art. 808-ter*, in AA.VV., *Riforma del diritto arbitrale (D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)* a cura di S. MENCHINI, Padova, 2007, 1149, secondo cui *la delega superando gli assunti della c.d. teoria unitaria... voleva tornare chiaramente a distinguere le due tipologie di arbitrato*; cfr., pure MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di A. Buonfrate e C. Giovannucci Orlandi, Torino, 2006, 36 ss., spec. 40, secondo cui sarebbe quanto mai significativa la locuzione *determinazione* contrattuale, identica a quella che l'art. 1349 c.c. usa per l'atto dell'arbitratore; RAMPAZZI, *Sub art. 808-ter*, in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. Carpi e M. Taruffo), Padova, 2006, 2172. Intermedia è la posizione assunta da BIAVATI, *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 2007, 1163, che definisce il nuovo arbitrato irrituale come *il modo di regolare un conflitto di interessi raggiungendo una determinazione contrattuale attraverso un processo*.

⁷⁸ Si tratta, dunque, di istituto che si inserisce nel fenomeno generale dell'arbitrato e non già in dimensione esclusivamente negoziale: se il fenomeno fosse estraneo all'arbitrato sarebbe assai

Ancora una volta, dunque, risulta esaltata l'essenza precipua dell'istituto, come forma eteronoma di definizione delle controversie.

Pur privilegiando, incontrovertibilmente, la forma rituale, il legislatore consente che le parti, in piena autonomia, possano discostarsi dal modulo legale, sia pure entro limiti predeterminati, dando vita ad una modalità procedurale svincolata dalle rigide forme previste per l'arbitrato rituale. L'esercizio di siffatta facoltà, nel dar vita all'istituto in esame, non è tale però da snaturare l'essenza precipua del fenomeno arbitrale, unitariamente considerato, prova ne sia che, in mancanza di qualsivoglia disposizione in merito alla qualità ed efficacia del lodo, si applicano le norme comuni. Nel silenzio delle parti, l'interprete deve ritenere che le stesse abbiano voluto l'arbitrato rituale, che, dunque, è il regime ordinario - e privilegiato - che deve assumere il fenomeno arbitrale.

Con la disposizione anzidetta, il legislatore ha inteso, così, confutare il tradizionale orientamento interpretativo di legittimità, che, in ragione dell'affermata eccezionalità della deroga - insita nella previsione dell'arbitrato rituale - al principio della statualità della giurisdizione, sosteneva che, nel dubbio, avrebbe dovuto optarsi per la forma irrituale⁷⁹. In tal guisa, si è inteso, efficacemente, fugare ogni incertezza e ragione di perplessità, tanto più a fronte di una variegata casistica di formule elaborate dalla prassi. Non sembra, dunque, revocabile in dubbio che il legislatore abbia optato per la centralità

strano che si parlasse di deroga alla previsione di una specifica norma del procedimento: così SASSANI, *op.cit.*, 29, nota 15.

⁷⁹ Cfr. tra le tante, Cass. 24.1.2005, n. 1398, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 1486; id. 22.2.1999, n. 1476; id. 10.6.1998, n. 5717, in *Riv.arb.*, 1993, 53 ss., con nota di RUFFINI, *In tema di interpretazione della clausola compromissoria: i «dubbi» della Suprema Corte e l'art. 1367*. In senso critico a tale orientamento, foriero peraltro di non trascurabili problemi in relazione al riconoscimento all'estero dei lodi italiani, cfr., per tutti, FAZZALARI, *In dubio, pro... arbitrato rituale*, in *Riv.arb.*, 1991, 518 ss. In senso difforme alla menzionata interpretazione cfr. Cass. n. 14972/2007 cit. (nota 53). Nel superamento dell'interpretazione giurisprudenziale prevalente SASSANI ravvisa il grande merito della riforma, *op.cit.*, 27.

dell'arbitrato rituale, relegando l'arbitrato libero a posizione meramente residuale.

3.-Le cause di annullabilità elencate nel secondo comma.

La disposizione del comma secondo contiene un elemento analitico delle cause di annullabilità⁸⁰ dell'arbitrato irrituale.

Il dettato normativo reca, in primo luogo, due importanti elementi sintomatici. Il primo consiste in una nuova qualificazione del *dictum* arbitrale, prima definito *determinazione contrattuale* ed ora indicato come *lodo contrattuale*. Il secondo, più pregnante, elemento è costituito dalla previsione che la declaratoria di annullamento è devoluta al *giudice competente secondo le disposizioni del titolo I*. Si tratta, in chiara evidenza, del giudice ordinario individuato secondo le norme racchiuse nel titolo anzidetto, sulla base delle comuni regole di giurisdizione e di competenza. Il che significa che il lodo contrattuale è suscettivo di impugnazione mediante ordinario giudizio di cognizione articolato nei due gradi di merito.

La previsione in parola, in uno alla ribadita qualifica *lodo contrattuale*, sembrerebbe segnare un punto a favore della natura negoziale dell'arbitrato irrituale, mantenendo la divaricazione di disciplina, sul punto, rispetto all'arbitrato rituale, per il quale l'art. 830 c.p.c., nella nuova formulazione, continua a prevedere la competenza della corte d'appello in unico grado.

Senonché, l'elencazione delle cause di annullamento pare smentire subito dopo una tale impressione.

Queste sono, infatti, le ipotesi in cui il lodo è annullabile:

1) se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale; 2) se gli arbitri

⁸⁰ Dunque, sono previsti casi di *annullamento* e non di *nullità*, cui si riferisce, invece, l'art. 829 c.p.c., così, peraltro, espressamente rubricato.

non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale; 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo; 5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio.

Balza evidente come le stesse ipotesi siano state ritagliate dalla griglia dei *casi di nullità* previsti per il lodo rituale dall'art. 829.

Infatti, il n. 1) dell'art. 808-ter, quanto all'invalidità della convenzione, è pressoché identico al corrispondente numero dell'art. 829, tenuto conto della precisazione che la relativa eccezione debba essere sollevata *nel procedimento arbitrale*⁸¹. La seconda parte dello stesso numero, relativa alla pronuncia esorbitante dai limiti arbitrali è modulata sulla previsione del n. 4) dello stesso art. 829.

Il n. 2) è identico al corrispondente numero di quest'ultimo articolo, con la sola differenza della mancata riproduzione, per l'arbitrato irrituale, della previsione della relativa eccezione *nel giudizio arbitrale*.

Il n. 3) è perfettamente identico al corrispondente numero dell'art. 829.

Il n. 4) è un mero adattamento della previsione del n. 7) di quest'ultimo articolo.

Il n. 5), relativo al principio del contraddittorio, è identico al n. 9) della previsione riguardante l'arbitrato rituale.

Non sono, dunque, previste le cause di annullabilità, che, inerenti ad una configurazione prettamente negoziale del lodo, avevano costituito oggetto, in passato, di dubbi interpretativi in ordine alla loro deducibilità. Si fa riferimento, in particolare, alle ipotesi

⁸¹ Il numero 1 dell'art. 829 rimanda sul punto all'art. 817, comma terzo, che prevede, appunto l'onere della tempestiva eccezione, in sede arbitrale, come condizione di ammissibilità dell'impugnazione.

dell'annullabilità per errore essenziale⁸², violenza e dolo, o per incapacità delle parti, mentre l'incapacità degli arbitri, talora posta a fondamento dell'azione di annullamento in virtù della previsione dell'art. 1425 c.c., è oggi espressamente riconosciuta dal n. 3) dell'art. 808-ter.

Né sembra esservi spazio per un'azione di annullamento fondata sull'eccesso di mandato, ai sensi dell' art. 1711 c.c., per avere gli arbitri violato norme di diritto di cui le parti avevano imposto l'osservanza ovvero sulla manifesta iniquità od erroneità della determinazione del terzo ai sensi dell'art. 1349 c.c.⁸³.

In verità, la norma non specifica se l'elencazione delle cause di annullabilità sia o meno tassativa⁸⁴. La mancata specificazione e l'assenza di una apposita limitazione hanno indotto a ritenere esperibili l'azione di nullità o di annullamento del lodo contrattuale

⁸² Cfr., sul tema, Cass. 15 settembre 2004, n. 18577, in *Impresa*, 2004, 2008 ss., che ha specificato che l'errore rilevante attinente alla formazione della volontà degli arbitri é esclusivamente quello che si configura quando questi abbiano avuto una falsa rappresentazione della realtà per non aver preso visione degli elementi della controversia o per averne supposti altri inesistenti, ovvero per aver dato come contestati fatti pacifici o viceversa (in evidente analogia con l'errore di fatto revocatorio di cui all'art. 395, n. 4, c.p.c.), mentre è preclusa ogni impugnativa per errori di diritto, sia in ordine alla valutazione delle prove che in riferimento alla idoneità della decisione adottata a comporre la controversia. In argomento, cfr. E.F.RICCI, *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 443; TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, ivi, 1987, 18; GIORGETTI, *Profili dell'impugnazione del lodo libero*, *Riv. arb.*, 1999, 825 ss.

⁸³ L'art. 1349 c.c. postula, infatti, la mancanza di autonomia della pronuncia del terzo: così VERDE, *Arbitrato irrituale* cit., 16. L'applicabilità dell'art. 1711 c.c. sarebbe esclusa in quanto l'*eccesso di mandato* è ora sanzionabile ai sensi dell'art. 808-ter nn. 3 e 4: così SASSANI, *op. cit.*, 29 ss.

⁸⁴ Il punto è controverso in dottrina: in senso contrario alla tassatività si è espresso, tra gli altri, BOVE, *Art. 808- ter* cit. 1196; in senso contrario cfr. RUFFINI, *op.cit.*, 570 nel senso che la griglia delineata dall'art. 808-ter, comma secondo, esaurisca i possibili vizi di annullabilità del lodo irrituale, limitando l'impugnativa per annullamento ai soli vizi procedurali del lodo stesso. Se si riconosce la natura contrattuale del lodo, non potrebbero, tuttavia, ritenersi precluse le azioni di nullità od inesistenza del lodo, in caso di insussistenza del patto compromissorio, di inarbitrabilità della controversia e di lodo contenente disposizioni contrarie all'ordine pubblico; cfr. in senso positivo, BIAVATI, *op.cit.*, 1173, secondo cui la tassatività riguarda soltanto le ipotesi di annullamento in senso stretto. L'esperibilità delle azioni anzidette è sottratta al rispetto di limiti temporali, potendo le stesse proporsi in ogni tempo, ove invece l'azione di annullamento è soggetta al rispetto del termine prescrizione di cinque anni, salva l'opponibilità delle cause di annullamento, in via di eccezione, anche se sia prescritta l'azione per farle valere, ai sensi dell'art. 1442, comma quarto, c.c.

anche sulla base dei vizi desumibili in via interpretativa dalla disciplina civilistica delle patologie negoziali⁸⁵.

Una conclusione siffatta sembra, però, scarsamente compatibile con la configurazione, emergente dallo stesso art. 808-ter, del lodo irrituale in termini di *decisione* della controversia, in quanto tale non configurabile come mero atto di volontà delle parti (sia pure integrato *per relationem*) o come autonomo negozio giuridico posto in essere dagli arbitri⁸⁶.

E' pur vero, tuttavia, che in ipotesi di patologia estrema, che lambiscano la categoria concettuale dell'inesistenza giuridica, come quelle di incompromettibilità della controversia, di radicale assenza di volontà compromissoria ovvero contrarietà a norme sostanziali inderogabili o di ordine pubblico, non sembra possa escludersi un'azione di impugnativa anche oltre la previsione dell'art. 808-ter, in forza di una sorta di *querela nullitatis* involgente anche il giudizio degli arbitri irrituali⁸⁷.

Tali vizi radicali, oltre ad essere rilevabili *ex officio* in tutte le sedi in cui il lodo sia fatto valere, potrebbero essere dedotti da chiunque

⁸⁵ Così BOVE, *op.cit.*, 1160, secondo cui la nullità del lodo irrituale potrebbe scaturire da uno dei vizi di cui all'art. 1418 c.c., così come dalla nullità od inefficacia del contratto di transazione o di accertamento nel quale la pronuncia del terzo si inserisce (in base alla concezione del negozio *per relationem* cui l'A. aderisce), mentre tra i motivi di annullamento della determinazione arbitrale dovrebbe ricomprendersi quantomeno il dolo dell'arbitro ai sensi dell'art. 1349, comma 2, c.c.; RAMPAZZI, *op.cit.*, 2174. Parzialmente difforme è l'opinione di MARINELLI, *op.cit.*, 41, cui aderisce BIAVATI, *op.cit.*, 1171 ss., il quale ammette la soggezione del lodo libero alle medesime cause di nullità od inefficacia previste dal codice civile per i negozi, laddove le cause di annullabilità sarebbero solo quelle tassativamente elencate dal comma 2 dell'art. 808-ter, con conseguente impossibilità di porre a fondamento dell'azione di impugnativa i vizi del consenso di cui all'art. 1427 c.c. Secondo SASSANI, i motivi di impugnazione elencati dall'art. 808-ter c.p.c. sono tendenzialmente esaustivi, dovendo ammettersi solo l'azione di nullità per violazione dell'ordine pubblico; mentre restano esclusi i motivi *di risulta*, cui in passato si faceva riferimento in mancanza di specifiche azioni di impugnativa e resta altresì escluso il motivo fondato sull'art. 1349 c.c., ossia l'impugnativa per manifesta iniquità ed erroneità; in tal senso, pure VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit. 10. Nel senso della tassatività cfr. GALGANO, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contratto e impresa*, 2006, 303.

⁸⁶ Così, TOTA *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, in *Riv.arb.*, 2007, 565.

⁸⁷ Cfr. CECHELLA, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in AA.VV., *L'arbitrato, a cura di C. Cecchella*, Torino, 2005, 290. In senso conforme, cfr. pure BIAVATI, *op.cit.*, 1176. Nel senso dell'esperibilità dell'azione di nullità per violazione di norme di ordine pubblico cfr. SASSANI, *op. cit.*, 32.

vi abbia interesse, dunque anche da un terzo che sia titolare di situazione in qualche modo pregiudicata dall'accertamento contenuto nel lodo, ed in ogni tempo, e quindi anche dopo il decorso del termine prescrizione di cui all'art. 1442 c.c.⁸⁸.

Si discute in dottrina se, anche in mancanza di un'espressa previsione legislativa o pattizia, possano dedursi come causa di invalidità del lodo libero violazioni di guarentigie ordinariamente desumibili dal c.d. ordine pubblico processuale: come la violazione del diritto all'imparzialità dell'arbitro, alla parità delle armi, ad un sistema probatorio paritario e razionale nonché ad una decisione motivata⁸⁹.

Per quanto concerne, in particolare, la causa di annullabilità prevista dal n. 1), la norma relativa - se disciplina espressamente l'ipotesi, tanto dibattuta in passato, dell'esorbitanza della pronuncia arbitrale dall'ambito oggettivo della convenzione arbitrale, in ossequio alla regola *tantum compromissum tantum iudicatum* - non dice nulla sul correlato principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Sennonché, la mancata previsione non può ritenersi ostativa all'esperibilità dell'azione di annullamento del *dictum* che violi il principio anzidetto, sotto il profilo dell'eccesso o del difetto di mandato⁹⁰, ovvero ai sensi dell'art. 808-ter, n. 4), ove le parti lo abbiano espressamente previsto tra le regole di validità del lodo.

Nel silenzio del legislatore sul punto, non può, infatti, ritenersi smentito il prevalente orientamento giurisprudenziale - maturato nel previgente regime - in ordine all'applicabilità dell'art. 112 c.p.c.

⁸⁸ Tale soluzione è stata da tempo prospettata in dottrina con riferimento all'arbitrato rituale da SATTA, *Commentario*, cit., IV, 2, 332 e, di recente, ripresa e sviluppata da LUISSO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv.arb.*, 1995, 16, e CECHELLA, *op.cit.*, 240 ss.

⁸⁹ Secondo CECHELLA, *L'arbitrato*, in *Giur.sist.dir.proc.civ.*, Torino 1991, 135, il quesito deve essere risolto positivamente.

⁹⁰ Cfr., in tal senso, CARPI, *Libertà e vincoli*, cit., 19. In senso contrario, tra gli altri, NELA, *op. ult. cit.*, 1642.

anche all'arbitrato libero⁹¹, sul riflesso che il vizio di ultrapetizione poteva, comunque, essere dedotto come eccesso di mandato ai sensi dell'art. 1711 c.c. e, dunque, nella sola ipotesi in cui l'osservanza del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato fosse stata pattiziamente prevista come regola procedurale⁹².

D'altronde, la disciplina della causa di annullabilità in questione risulta sostanzialmente corrispondente a quella relativa all'ipotesi di nullità dell'arbitrato rituale, di cui all'art. 829, comma 1, n. 4) c.p.c., che consente l'impugnazione soltanto in caso di eccesso (o difetto) di pronuncia in relazione all'oggetto della convenzione arbitrale, e non in caso di ultrapetizione⁹³.

Tale opzione legislativa, identica nelle due forme arbitrali, può indurre alla conclusione che, nell'arbitrato, a differenza di quanto avviene nel processo ordinario, il principio della domanda si pone come limite ai poteri del giudicante nell'individuazione del *thema decidendum* solo se le parti abbiano espressamente previsto che la sua inosservanza sia causa di invalidità ai sensi degli artt. 808-ter, comma 2, n. 4) (nell'arbitrato libero) e 829, comma 1, n. 7) (in quello rituale); mentre, in caso contrario, dovrebbe ritenersi consentito che il collegio giudichi anche *ultra petita* - ma pur

⁹¹ Cfr., tra le altre, Cass. 21.5.1996, n. 4688, in *Corr.giur.*, 1996, 1391 ss., con nota di CECCHELLA, *Arbitrato irrituale, processo ed impugnativa per eccesso di mandato*; ed in *Riv.arb.* 1997, 61 ss., con nota di LAUDISA, *Arbitrato libero e corrispondenza tra chiesto e pronunciato*. La sentenza è così massimata: *il criterio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, al di fuori del giudizio ordinario, trova applicazione anche in materia di arbitrato irrituale e i rimedi esperibili contro il lodo che violi tale criterio sono quelli previsti dalla legge in materia contrattuale contro l'eccesso dai limiti del mandato, ravvisabile ogniqualvolta gli arbitri non si siano attenuti all'incarico ricevuto pronunciando al di fuori di quanto espressamente o implicitamente loro devoluto.*

⁹² In tal senso pure CECCHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in AA.VV., *L'arbitrato*, cit., 150 ss.

⁹³ Cfr. CECCHELLA, *op.cit.* In senso contrario, cfr. GROSSI, *Il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato nell'arbitrato* (nota a App. Torino, 5 dicembre 1995), in *Riv.arb.* 1997, 567.

sempre nei limiti dell'oggetto del patto compromissorio⁹⁴ - ogni volta il superamento del *devolutum* sia necessario ai fini della compiuta e definitiva risoluzione della controversia⁹⁵.

In relazione alla causa di annullabilità *sub* 4), in dottrina si è posto il problema se tra le condizioni di validità del lodo sia annoverabile anche l'osservanza del parametro di giudizio (diritto od equità) che le parti abbiano assegnato agli arbitri⁹⁶.

Il quesito viene pacificamente risolto in chiave affermativa, in ragione dell'evidente eccesso di potere ravvisabile nell'ipotesi in cui gli arbitri non si siano attenuti alle regole di giudizio imposte dalle parti⁹⁷.

Infine, con riferimento al motivo *sub* 5), si è osservato in dottrina che la violazione del contraddittorio non rileva come *error in procedendo*, bensì come vizio autonomo, tant'è che la legge delega ne prevedeva la sanzionabilità disgiuntamente dalla *sindacabilità in via di azione o di eccezione della decisione per vizi*

⁹⁴ Limiti che, peraltro, restano superati nel caso in cui alle conclusioni esorbitanti di una delle parti non segua la tempestiva eccezione dell'altra ai sensi degli artt. 817, comma 3, e 829, comma 1, n. 4, c.p.c. In tale particolare ipotesi si formerebbe, secondo CECHELLA, *op.cit.*, 157, una sorta di *contratto d'arbitrato tacito* che estende la *cornice entro la quale gli arbitri sono abilitati a pronunciare*.

⁹⁵ Così TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, cit. 568.

⁹⁶ Cfr., tra gli altri, SASSANI, *op. cit.*, 32 e BIAVATI, *op. cit.*, 1175, che ammettono tale possibilità.

⁹⁷ Cfr., tra le altre, Cass. 12.4.1988, n. 2879, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2945 ss., con nota di BASILICO, *Riflessioni sulla motivazione del lodo arbitrale di equità*.

Più recentemente, Cass. 13.2.2009, n. 3637, ha affermato il principio secondo cui *in tema di arbitrato libero, l'averle parti assegnato agli arbitri il potere di adottare decisioni secondo diritto non impugnabili comporta che il lodo così pronunciato è impugnabile soltanto se la decisione abbia ad oggetto rapporti diversi da quelli sottoposti al giudizio arbitrale, ovvero trovi fondamento in una regola di decisione difforme da quella assegnata. Conseguentemente, l'eventuale errata interpretazione ed applicazione di una regola del giudizio fissata dalle parti, può ricondursi alla figura dell'"abuso di mandato" e, quindi, essere fonte di responsabilità per gli arbitri, ma non costituisce un errore sindacabile*. Secondo TOTA, *Appunti cit.*, 569 ss. la soluzione affermativa si impone sul rilievo che l'erronea applicazione del criterio di decisione non sarebbe altrimenti censurabile e, in particolare, non sarebbe deducibile in sede di impugnazione *sub specie* di esorbitanza dai limiti del compromesso ai sensi del n. 1, il quale ha riguardo al solo caso che la determinazione arbitrale abbia investito una situazione giuridica sostanziale non ricompresa nell'oggetto dell'accordo compromissorio e non anche alla diversa ipotesi - ascrivibile al cd. eccesso di potere degli arbitri - di violazione delle prescrizioni formali fissate dalle parti.

*del procedimento*⁹⁸, sul rilievo che il legislatore avrebbe inteso presidiare l'osservanza in concreto di tale principio piuttosto che la reale conformità ad esso delle regole procedurali imposte dalle parti e applicate nel giudizio⁹⁹.

Quel che conta è che il canone del contraddittorio assume rilievo pregnante anche in tema di arbitrato irrituale. Il relativo principio, mutuato dalla disciplina codicistica in tema di arbitrato rituale, diventa elemento fondamentale, al punto che la sua inosservanza è ora espressamente prevista come causa di annullamento.

L'importanza di siffatta previsione può essere, più compiutamente, colta ove si ponga mente alla precedente elaborazione giurisprudenziale e dottrina, che attribuiva rilevanza al rispetto del contraddittorio non già come garanzia ineludibile del procedimento, ma come osservanza del vincolo posto dalle parti agli arbitri (esplicitamente od anche solo per implicito), con la conseguenza, in caso di violazione, non già dell'inefficacia del lodo ai sensi dell'art. 1711, comma 1, c.c. (sull'eccesso di mandato), ma dell'imposizione alla parte, che intendesse valersene, dell'onere di provare che la violazione del contraddittorio avesse determinato un errore essenziale ai sensi dell'art. 1429¹⁰⁰.

Il contraddittorio, dunque, non è più mero strumento conoscitivo, funzionale, cioè, alla corretta delimitazione - nella dialettica tra le parti - dell'ambito di cognizione degli arbitri, ma si pone come

⁹⁸ Così SASSANI, *op.cit.* 30, nota 17.

⁹⁹ Cfr. LUIISO-SASSANI, *op.cit.*, 264, secondo cui nell'ipotesi in cui le norme processuali fissate dalle parti abbiano un contenuto tale da non consentire il rispetto del principio del contraddittorio, ma esso sia stato parimenti attuato, il lodo potrebbe essere invalidato ai sensi del n. 4) del secondo comma, ma non per violazione del principio del contraddittorio.

¹⁰⁰ Cfr., tra le altre, Cass. sez. 1, 5.3.1992, n. 2650; id. 16.5.1962, 1070. Secondo BIAVATI, *op.cit.*, 1175-1176, non ogni violazione del principio del contraddittorio potrebbe fondare l'impugnativa, ma *solo quelle ipotesi in cui la violazione del diritto di difesa sia stata grave ed abbia inciso in modo rilevante sull'esito della decisione.*

formale garanzia processuale e modalità di attuazione del diritto di difesa.

Sulle modalità di esplicazione, può essere utile il richiamo all'art. 816-*bis*. La nuova formulazione della norma, introdotta dal d.lgs. n. 40 del 2006, ha rimosso dal testo previgente i termini *documenti, memorie e repliche* e parla, ora più genericamente, di *ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*, delineando, così, un contraddittorio meno scandito da ritmi predeterminati e più agevolmente applicabile anche all'arbitrato irrituale¹⁰¹.

Nulla dice il legislatore sul termine entro il quale la domanda di annullamento del lodo libero¹⁰² deve essere proposta. Nel silenzio, è certamente applicabile la norma generale di cui all'art. 1442, comma 1, c.c., secondo cui l'azione di annullamento si prescrive in cinque anni, con correlata applicabilità anche della norma di cui al comma 4, a tenore della quale l'annullabilità può essere opposta in via di eccezione dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto *anche se è prescritta l'azione per farla valere*¹⁰³.

Al tema dell'impugnativa del lodo arbitrale è strettamente connesso il profilo problematico degli effetti della pronuncia giudiziale di annullamento sulla convenzione di arbitrato¹⁰⁴.

¹⁰¹ Così ARRIGONI, *op.cit.*, 338, nota 78.

¹⁰² Da promuoversi innanzi al tribunale del luogo di pronuncia del lodo, in forza del rinvio contenuto nell'art. 808-*ter*, comma secondo, c.p.c.; così SASSANI, *op.cit.* 33; cfr., pure, BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in www.judicium.it, cit.

¹⁰³ Cfr. SASSANI, *op.cit.*, 33; BOVE, *op.cit.*, 1159.

¹⁰⁴ Nella giurisprudenza maturata nel previgente regime è stato affermato il principio secondo cui - pur essendo insita, nel compromesso per arbitrato irrituale, la rinuncia delle parti alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal rapporto controverso - il potere delle stesse parti di esercitare le azioni derivanti dal contratto e di richiedere, quindi, al giudice dell'impugnazione la decisione già rimessa all'apprezzamento degli arbitri risorgesse quando, per qualsiasi ragione, il compromesso avesse esaurito la sua efficacia: cfr., tra le altre, Cass. 10.11.2006, n. 24137; id. 15.7.1994, n. 6648; id. 21.6.1983, n. 4245. In senso contrario si era talora espressa la giurisprudenza di merito, escludendo la possibilità di una fase rescissoria nel giudizio di impugnazione della determinazione arbitrale, sul rilievo che la pronuncia dovesse risolversi nella

In proposito, si è sostenuto in dottrina che, qualora le parti richiedano concordemente in giudizio una decisione di merito subordinatamente alla pronuncia di annullamento della determinazione contrattuale, tale concorde richiesta comporti rinuncia tacita all'arbitrato, rendendo così liberamente azionabili le questioni di merito inerenti al rapporto sostanziale controverso. Ove, invece, manchi una tale concorde richiesta, il giudice dovrebbe limitarsi a dichiarare l'invalidità della determinazione contrattuale, con conseguente possibilità per le parti di ricorrere ad un nuovo arbitrato¹⁰⁵.

Potrebbe pure prospettarsi una soluzione alternativa, facendo leva sulla distinzione tra ipotesi di invalidità del compromesso o della clausola compromissoria ed ipotesi di invalidità della determinazione contrattuale per ritenere che solo nel primo caso la declaratoria d'invalidità, travolgendo con effetti retroattivi la convenzione arbitrale, renda proponibili le questioni di merito inerenti al rapporto controverso.

La soluzione del problema è ovviamente condizionata dall'opzione teorica che si intenda privilegiare in tema di natura giuridica dell'arbitrato irrituale.

La tesi negoziale, che rivendica l'unicità del contratto - rispetto al quale la determinazione contrattuale si pone come elemento integrativo del regolamento di interessi - propone l'applicazione analogica della norma di cui all'art. 1349, comma 2, c.c., secondo cui *se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo*. Venendo a mancare la determinazione contrattuale, a seguito di pronuncia di

mera valutazione di validità del lodo: App. Milano, 20.11.2002, in *Riv.arb.*, 2003, 780, con nota di BALDI, *Giudizio rescissorio e motivi di impugnazione del lodo irrituale*.

¹⁰⁵ Cfr. VERDE, *Lineamenti*, cit., 37.

invalidità, verrebbe meno l'intero compromesso per arbitrato irrituale, con conseguente reviviscenza della situazione sostanziale pregressa e possibilità per il giudice, ove almeno una delle parti ne faccia richiesta, di risolverla secondo l'ordinaria disciplina ad essa applicabile¹⁰⁶.

Invece, la più convincente configurazione del processo arbitrato irrituale come procedimento autonomo, svincolato dalla matrice negoziale, porta alla conclusione che la declaratoria di annullamento non travolge il patto compromissorio.

In proposito, non sembra possa dubitarsi dell'inapplicabilità alla fattispecie della norma di cui all'art. 830 c.p.c., che, dettata per l'arbitrato rituale, è specificamente modellata sulla particolare competenza in unico grado della corte d'appello, quale giudice competente a pronunciarsi sulla validità del lodo, ove per l'arbitrato libero è prevista, come è noto, l'ordinaria competenza del giudice di merito. Di guisa che in quest'ultima forma arbitrale il giudizio rescissorio di merito successivo all'accoglimento dell'impugnazione dovrà radicarsi *ex novo* innanzi agli arbitri su iniziativa della parte interessata. Resta ovviamente esclusa l'ipotesi che l'azione d'invalidità sia stata estesa anche alla convenzione d'arbitrato e questa sia stata ritenuta nulla od inesistente, in quanto l'accoglimento della domanda travolge, ovviamente, la stessa convenzione¹⁰⁷.

La casistica delle cause di annullamento assume particolare rilevanza non solo (come si dirà in prosieguo) ai fini della ricostruzione teorica dell'arbitrato libero, ma anche in quanto consente di risolvere un profilo problematico di particolare rilievo

¹⁰⁶ Cfr. BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in www.judicium.it, cit.

¹⁰⁷ Cfr. NELA, *op.cit.*, 1643, nota 42; TOTA, *op.cit.*, 568.

affidente all'ambito di esplicazione dell'autonomia privata in materia di arbitrato libero: se debba intendersi libera ed incondizionata ovvero soggetta a limiti.

Scontata è la seconda soluzione proprio in quanto l'enunciazione dei casi di annullabilità permette una lettura in controluce del lodo contrattuale, consentendo di individuare *a contrario* invalicabili limiti all'anzidetta autonomia, la quale non può violarli, pena l'invalidità del lodo. Ed infatti, sarebbe, certamente, annullabile un lodo pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro, a norma dell'art. 812 c.p.c., od un lodo emesso in esito a modalità procedurali che escludevano l'osservanza del principio del contraddittorio.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi, l'operatività del principio del contraddittorio come limite dell'autonomia negoziale si pone in via mediata od indiretta. Più precisamente, non v'è dubbio che una convenzione per arbitrato irrituale che preveda l'esclusione del contraddittorio non sia, in sé, invalida, non potendo configurarsi un'ipotesi di invalidità di un negozio per inosservanza di un principio attinente alla sfera processuale. Nondimeno, una siffatta previsione negoziale non potrebbe giammai conseguire il suo effetto, donde la particolare limitazione dell'autonomia privata. Ed infatti, qualora la clausola volta ad escludere il contraddittorio sia osservata dagli arbitri, la determinazione arbitrale sarà comunque esposta all'azione di invalidità ai sensi dell'art. 808-ter, n. 5), ad iniziativa magari di quello dei compromettenti che risulti soccombente nell'arbitrato. Invece, nel caso in cui gli arbitri, nonostante la previsione negoziale, abbiano comunque rispettato il contraddittorio, la determinazione arbitrale sarà esposta all'azione di annullamento ai sensi dell'art. 808-ter n. 4), c.p.c.

SEZIONE II

RICOSTRUZIONE TEORICA

4.-Analisi critica della fattispecie.

Esaminati gli elementi normativi della fattispecie, si può ora tentare una ricostruzione sistematica dell'istituto, quanto più possibile aderente alla configurazione positiva¹⁰⁸.

L'operazione ermeneutica non risponde solo ad esigenze di inquadramento dommatico, ma assume anche un notevole rilievo pratico, proprio in ragione dell'incompletezza del dato normativo e della conseguente necessità di stabilire a quale disciplina occorra fare riferimento per colmare eventuali vuoti di disciplina.

Ancora una volta sul profilo teorico la dottrina è tornata a dividersi nelle due divergenti linee ermeneutiche (negoziale e processuale), che avevano caratterizzato il vivace dibattito sulla natura dell'arbitrato irrituale in periodo di vuoto normativo.

In sintesi, una prima corrente di pensiero reputa che anche nel *novum* l'istituto mantenga integra la sua natura contrattuale, non soltanto nell'epilogo, così espressamente qualificato, ma nell'intera dinamica di svolgimento¹⁰⁹.

Sul versante applicativo, la scontata implicazione di siffatta impostazione è il netto ripudio della disciplina codicistica prevista per l'arbitrato rituale in favore dell'applicabilità, per l'integrazione del

¹⁰⁸ Tenendo conto che già sulle reali intenzioni del legislatore della riforma si era agitato un vivace dibattito tra chi riteneva che l'intendimento fosse quello di differenziare in modo netto le due figure di arbitrato e chi sosteneva, invece, che la riforma avesse voluto avvicinare le due forme arbitrali, optando per un modello unitario di arbitrato: cfr. *infra* nota 5.

¹⁰⁹ Anche in presenza della nuova disciplina MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo*, in *Corr.giur.* 2006, n. 6, 877, ripropone la configurazione dell'arbitrato libero come contratto *per relationem*.

relativo regime, della normativa sostanziale dettata in materia contrattuale e, più in generale, negoziale¹¹⁰.

La dimensione contrattuale dell'arbitrato libero, dalla genesi fino all'esito conclusivo, rappresenterebbe, dunque, il connotato distintivo dell'istituto, che lo differenzierebbe, di per sé solo, dall'arbitrato rituale, esaltandone la diversità ontologica, siccome entità concettualmente distinta da quest'ultima forma arbitrale. Ineludibile corollario di tale impostazione dogmatica è l'esclusione del carattere unitario del fenomeno arbitrale.

Ove si seguisse tale soluzione ermeneutica, l'opera dell'interprete risulterebbe enormemente agevolata, in quanto, escluso il regime codicistico, l'arbitrato irrituale sarebbe soggetto alla sola regolamentazione convenzionale e - in ipotesi di mancanza od incompletezza della stessa - alle norme del codice civile concernenti il mandato, le obbligazioni in genere nonché l'invalidità e l'inefficacia dei negozi¹¹¹.

¹¹⁰ Cfr. BOVE, *La giustizia privata*, 2009, 235, secondo cui sarebbe impossibile applicare all'arbitrato irrituale le norme che il codice di procedura civile detta per l'arbitrato rituale, pur riconoscendo che le parole utilizzate dal legislatore non abbiano fugato ogni dubbio in proposito. A suo parere, ad esempio, la previsione dell'ultimo comma dell'art. 808-ter c.p.c., che esonera il lodo irrituale dall'*exequatur*, non potrebbe intendersi come rinvio generale alle altre disposizioni sull'arbitrato rituale, ma come *corpo dettato semplicemente ad abundantiam, quale ulteriore specificazione del principio generale già contenuto nel comma 1 dello stesso articolo* (così a pag. 225).

Opposta, ma solo in parte, è la lettura proposta da BIAVATI (*Commento all'art. 808-ter cp.c.*, in *Commentario Carpi*, Bologna, 2007), secondo cui la soluzione contrattuale della lite è *perseguita nell'arbitrato irrituale attraverso la via, complessa e delicata, di un vero e proprio processo. Che di processo si tratti, non mi pare possa essere messo in dubbio, se soltanto si leggono le disposizioni concernenti l'impugnativa del lodo*, salvo chiedersi poi quale sia l'utilità pratica per le parti di scegliere la via processuale dell'arbitrato irrituale per ottenere l'effetto pratico del lodo contrattuale anziché quello di sentenza del lodo rituale. Tuttavia, da tale presa di posizione non deriva per l'A. l'applicazione della disciplina del codice di rito, ma, al contrario, la sua inapplicabilità perché la differente natura del provvedimento finale non si spiegherebbe se per tutte le altre regole *le discipline venissero a sovrapporsi*: donde, la conclusione che *l'arbitrato irrituale è regolato soltanto da norme pattizie con totale esclusione di quelle legali del titolo ottavo del libro quarto del codice del processo civile*.

¹¹¹ Cfr. BOVE, *op.cit.*, 235, secondo cui l'arbitrato libero è un procedimento negoziale che si colloca fuori della sfera d'influenza del codice di rito, che se ne occupa nei ristretti limiti di quando dispone l'art. 808-ter.

L'altra opinione dottrinarina opta, invece, per la *processualità* dell'arbitrato irrituale, argomentando che il procedimento, che porta al lodo contrattuale, sarebbe pur sempre un "giudizio", disciplinato quindi dalle regole volute dai contraenti e, in mancanza, dalla normativa codicistica¹¹².

La tesi si richiama ad isolata indicazione, affiorata nella giurisprudenza prima della riforma, che sottolinea l'adesione della fattispecie legale dell'arbitrato irrituale a un modello unitario e generale di arbitrato alle cui manifestazioni presiedono comuni principi; comuni principi che non sono dunque specifici della procedura arbitrale rituale, bensì regolatori del più ampio fenomeno delle composizioni eteronome della controversia riconducibili a convenzione arbitrale¹¹³. In altri termini, il procedimento arbitrale sarebbe unico per entrambe le forme di arbitrato, distinguendosi per il solo provvedimento finale, in virtù di precisa opzione espressa dalle parti all'atto del deferimento agli arbitri della soluzione delle liti compromettibili. La conseguenza, sul versante operativo, sarebbe l'applicabilità di quasi tutte le norme previste per l'arbitrato rituale.

Si diceva, ad inizio paragrafo, dell'incompletezza della disciplina, rimasta allo stato embrionale.

Ed infatti, per un verso, il legislatore si è limitato a fissare, nel primo comma, il connotato fondamentale dell'istituto, individuato nel particolare epilogo costituito dalla *determinazione contrattuale*, che, in virtù di espressa deroga, non può comunque assumere gli effetti della sentenza. In mancanza, si applicano le disposizioni codicistiche previste per l'arbitrato rituale.

¹¹² Cfr. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 37 ss; cfr. pure G.F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 776.

¹¹³ Cfr. Cass. 29.4.1983, n. 2949.

Per altro verso, la casistica delle cause di annullabilità, racchiusa nel comma secondo, consente, come si è detto, di assegnare limiti precisi all'autonomia privata, che, se può spingersi al punto di dettare le regole procedurali alla cui osservanza gli arbitri siano tenuti in sede di risoluzione della controversia, non può, però, debordare da quel perimetro, pena l'invalidità del lodo.

Se così è, la gamma delle situazioni possibili è racchiusa nella *forbice* rappresentata dai due poli anzidetti, normativamente fissati.

Ed infatti, in virtù della menzionata clausola di chiusura contenuta nel primo comma, *nulla quaestio* nell'ipotesi in cui, per incompleta formulazione della convenzione di arbitrato, le parti nulla abbiano detto in ordine agli effetti della pronuncia affidata agli arbitri. In tal caso, infatti, è positivamente prevista l'applicabilità della disciplina codicistica. Non è revocabile in dubbio che, in tal caso, l'applicabilità delle norme dettate per l'arbitrato rituale non comporterà, *eo ipso*, una particolare *species* di arbitrato irrituale, interamente governato dalle regole ordinarie: l'arbitrato sarà, comunque, da considerare rituale ad ogni effetto.

Sarebbe, infatti, clamorosa contraddizione in termini parlare di arbitrato irrituale soggetto a formale disciplina, ove l'essenza precipua dell'istituto è proprio la fisiologica, tendenziale, insofferenza per ogni forma di regolamentazione che non sia quella dettata dall'autonomia negoziale.

Una lettura della norma anzidetta ispirata a rigoroso formalismo letterale (*Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo*) potrebbe portare, *a contrario*, alla conclusione che le norme sull'arbitrato rituale possano trovare applicazione solo in quanto le parti non abbiano espressamente previsto un arbitrato libero, nel senso cioè di escludere che, previsto un arbitrato irrituale, non

possano, per ciò solo, applicarsi le norme relative all'arbitrato rituale od alcune di esse.

Sembra, invece, più corretto leggere la clausola di chiusura nel contesto dell'intera formulazione del comma primo, che intende solo individuare l'elemento caratterizzante dell'arbitrato in esame proprio nella volontà dichiaratamente *orientata* ad escludere che il lodo possa conseguire gli effetti di una sentenza, con il corollario che, diversamente, l'arbitrato non possa considerarsi *libero*, ma resti assorbito nell'area della disciplina codicistica, smarrendo così quei caratteri di maggiore speditezza, duttilità e semplificazione che le parti intendevano perseguire.

Opportunamente *contestualizzata* nell'ambito dell'intera previsione normativa, non sembra, allora, che la norma in questione possa leggersi nel senso che la (corretta) previsione di un arbitrato libero, ossia debitamente corredata del postulato formale (derogatorio di quanto disposto dall'articolo 824-*bis*), escluda *eo ipso* l'applicabilità delle norme codicistiche ai fini dell'integrazione di un regolamento procedurale mancante od incompleto.

Nulla quaestio neppure nel caso in cui le parti, prevedendo correttamente la forma dell'arbitrato irrituale, abbiano puntualmente determinato anche le regole procedurali alla cui osservanza gli arbitri siano tenuti, esercitando l'autonomia privata nel pieno rispetto dei limiti enucleabili dall'art. 808-*ter*, comma secondo.

Il problema, allora, si pone nell'ipotesi residuale in cui i compromittenti, pur avendo correttamente previsto la forma arbitrale irrituale, non abbiano stabilito le regole procedurali o le abbiano stabilite in modo incompleto.

Proprio con riferimento a siffatta ipotesi si pone il quesito giuridico della natura dell'arbitrato libero, che ha carattere pregiudiziale ai fini dell'individuazione della regolamentazione applicabile, come dimostra la copiosa elaborazione dottrina e giurisprudenziale formatasi in materia.

L'indagine è resa disagevole dalla presenza nell'asfittico tessuto normativo di elementi di indubbia ambiguità.

Anche se è tutt'altro che pacifico in dottrina, non sembra si possa escludere - a fronte della formulazione della norma di cui al comma primo - il chiaro intendimento del legislatore di accreditare la configurazione unitaria del fenomeno arbitrale. Il meccanismo del rinvio fissato dalla norma (*altrimenti, si applicano le disposizioni del presente titolo*) rappresenta un indizio pregnante in proposito. Il flebile *discrimen* tra arbitrato libero ed arbitrato rituale è affidato solo ad una previsione pattizia volta ad escludere che il lodo abbia efficacia di sentenza. Tutto qui. Se manca l'espressione di tale volontà, si applicano automaticamente le norme dettate in tema di arbitrato rituale e, dunque, l'arbitrato è rituale e non più libero. Si tratta, in tutta evidenza, di un lineare meccanismo di sovrapposizione del regime legale alla volontà delle parti non univocamente manifestata, che, nel conclamare la *centralità* della forma rituale, in tanto può sancire l'applicabilità dell'istituto *maior* in quanto quello in posizione recessiva sia in qualche modo omologo. Diversamente, il rinvio avrebbe ben potuto essere sancito in favore della disciplina sostanziale o di altro istituto. Dunque, arbitrato rituale ed arbitrato libero o contrattuale costituiscono, nella rappresentazione del legislatore, distinte *species* di un unitario fenomeno arbitrale¹¹⁴.

¹¹⁴ Parla dell'arbitrato irrituale come di *semplice variante* di quello rituale BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, 337,

Altro elemento a favore della concezione unitaria, fondata sull'identità strutturale e funzionale delle due forme arbitrali, è offerto dalla casistica delle cause di annullabilità di cui al comma secondo. E' di tutta evidenza che la modulazione delle ipotesi di annullamento sulla base della previsione dell'art. 829 c.p.c. rappresenta indice di omologia, che rende assai difficile o scarsamente plausibile la spiegazione del fenomeno arbitrale irrituale in chiave negoziale o mediante la teoria del contratto *per relationem*.

Il richiamo al canone del contraddittorio costituisce, poi, univoco segno di processualità, con caratterizzazione tanto marcata che l'inosservanza della relativa prescrizione è ora, espressamente, sanzionata¹¹⁵.

Certo, è indubbiamente equivoco l'uso dell'aggettivo *contrattuale* apposto ai sostantivi *determinazione* e *lodo*, potendo costituire elemento a favore dell'impostazione negoziale. Come si notava in precedenza, in sede di esame della fattispecie normativa, si tratta di evidente improprietà terminologica, posto che la stessa locuzione *determinazione contrattuale*, sul piano strettamente letterale, esprime una contraddizione in termini non solo perché *determinazione* può anche essere sinonimo di *decisione*, ma in quanto non sembra concepibile che gli arbitri possano redigere un contratto vincolante per i contendenti (*rectius*, possano essere parti di un contratto, secondo il paradigma dell'art. 1321 c.c.)¹¹⁶. Né il

sottolineandone la natura di procedimento: variante che *deve rappresentare una forma di tutela di efficacia equivalente, almeno nei fondamentali, a quella impartita dal giudice togato (da qui la possibilità di fruire "in ogni caso" della tutela cautelare)*.

¹¹⁵ Cfr. NELA, *op.cit.*, 1638, nota 22, secondo cui, ove si seguisse la tesi che assimila l'arbitrato irrituale ad una transazione o ad altra fattispecie contrattuale, non vi sarebbe alcuna necessità di garantire il contraddittorio. Secondo l'A., *tale necessità emerge solo se si supera la tesi negoziale e si attribuisce all'arbitrato irrituale la natura di un giudizio*.

¹¹⁶ VERDE, *Arbitrato irrituale*, AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit. 15.

legislatore ha lasciato trasparire il benché minimo indizio che gli arbitri siano mandatari delle parti, come tali abilitati alla stipula - in loro conto e nel loro interesse - di un autonomo negozio a contenuto decisorio.

La qualificazione *contrattuale* può, infatti, avere un senso solo se riferita all'ordinario epilogo dell'incontro di volontà delle parti nella cui sfera giuridica si producono gli effetti, mentre nel caso dell'arbitrato, ancorchè irrituale, la produzione degli effetti perviene dall'esterna volizione del terzo. Di talché, la qualificazione anzidetta vale solo ad enfatizzare il connotato distintivo dell'arbitrato irrituale come strumento di risoluzione di controversia inidoneo ad assumere gli effetti della sentenza, diversamente da quanto previsto per la forma rituale. Varrebbe, insomma, ad evidenziare la diversità *quoad effectum* tra le due forme arbitrali, delle quali solo una è destinata a rimanere nell'ambito della dimensione negoziale quanto all'efficacia, assimilabile a quella di un comune negozio giuridico.

D'altronde, il termine *determinazione*, in sé equivoco, perde ogni connotato di ambiguità se messo in rapporto con il lemma *controversia*. La combinazione dei due termini accredita la configurazione del lodo non già come elemento integrativo di una piattaforma negoziale incompleta ovvero come autonomo negozio giuridico, ma come atto di definizione di una *controversia* mediante pronuncia sulle contrapposte conclusioni delle parti¹¹⁷.

¹¹⁷ Secondo SASSANI, *op.cit.*, 40, la qualificazione di *determinazione contrattuale* attribuita dall'art. 808-ter al lodo libero non incide sulla sostanza del fenomeno, che è quella della fissazione da parte di un terzo imparziale, investito di apposito *munus*, della *regula juris* che deve presiedere al comportamento delle parti. Il miglior inquadramento formale è quello dell'accertamento - privato, ma pur sempre accertamento - nell'ambito di una configurazione, fondamentalmente, unitaria dell'arbitrato.

Il regime dell'impugnativa, modellato sull'individuazione di vizi *in procedendo*, sembra, poi, in grado di smentire ogni tentativo di collocare l'arbitrato libero in dimensione prettamente negoziale e di proporre, invece, un più corretto inquadramento in ambito processuale, ponendo il procedimento come fase funzionalmente preordinata ad una decisione¹¹⁸.

In particolare, sembra quanto mai significativa la locuzione *procedimento arbitrale* che figura nei numeri 1) e 5) del comma secondo, siccome idonea, sul piano semantico, ad accreditare la configurazione dell'arbitrato quale fonte eteronoma di decisione delle controversie¹¹⁹ e del *dictum* arbitrale come atto decisorio conclusivo di un processo¹²⁰.

Di pari significatività è lo stesso disposto normativo del numero 1), che si riferisce alla pronuncia arbitrale emessa su conclusioni che esorbitino da limiti della convenzione, ove la relativa *eccezione* sia stata sollevata nel corso del procedimento, evocando un contesto caratterizzato dalla dialettica tra le parti, volta all'individuazione di un *thema decidendum* - da mantenere rigorosamente nel perimetro della convenzione - sul quale gli arbitri sono chiamati a decidere, dunque ad emettere un giudizio su un *petitum* così focalizzato¹²¹.

¹¹⁸ Cfr. RUFFINI, *op.cit.*, 570.

¹¹⁹ Cfr. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., 7 ss, che sostiene che *l'atto decisorio non è più appannaggio esclusivo dei giudici dello Stato*. Secondo CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, 305, vi sarebbe disarmonia sistematica tra i due commi del nuovo art. 808-ter c.c. e la norma sarebbe *errata in radice*.

¹²⁰ In tal senso, SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv.arb.*, 2007, 28 ss.; RUFFINI, *Patto compromissorio*, *ibidem*, 2005, 722; NELA, *Commento all'art. 808-ter c.c.*, in AA.VV., *Le recenti riforme del processo civile (a cura di S. Chiarloni)*, II, Bologna, 2007, 1635 ss., spec. 1637 ss.; BERTOLDI, *Osservazioni a margine del nuovo art.808-ter c.p.c.*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, 291 ss. Cfr., pure, sia pure in chiave dubitativa, VERDE, *Lineamenti*, cit., 37 ed *Arbitrato irrituale*, in AA.VV., *Arbitrato irrituale*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, 2006, Milano, 13 ss.

¹²¹ Cfr. BERTOLDI, *op.cit.*, 292. Sulla natura di giudizio dell'arbitrato irrituale cfr., pure, MONTELEONE, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero – esiste ancora l'arbitrato irrituale*, in *Riv.tim.dir. e proc.civ.* 2001, 52-53.

Dal nuovo art. 808-ter c.p.c. sembra emergere allora una sequenza procedimentale composita, i cui molteplici elementi difficilmente possono essere ricondotti alla dimensione pancontrattuale in cui parte della dottrina vorrebbe ingabbiare l'istituto.

La norma offre all'interprete uno scenario infarcito di situazioni tipicamente procedimentali (*definizione della controversia, pronuncia, conclusioni, eccezione, procedimento, contraddittorio*)¹²².

D'altro canto, la prospettazione dell'arbitrato irrituale come *giudizio*, già affiorata in dottrina, aveva ricevuto un indiretto - ma autorevole avallo - del Giudice delle leggi, con ordinanza n. 320 del 5 luglio 2002¹²³, che aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 669-quinquies e 669-octies c.p.c. in relazione all'arbitrato irrituale, sul rilievo che la lettura offerta dal giudice remittente non era assistita da base positiva. La Corte aveva escluso che la denunciata preclusione all'accesso alla tutela cautelare in tema di arbitramento derivasse dal sistema normativo quanto, piuttosto, dalla configurazione dell'arbitrato libero prospettata dallo stesso giudice *a quo* - in contrasto, peraltro, con altre interpretazioni dottrinarie - *come strumento negoziale delle controversie, non estrinsecatesi in un giudizio al quale la tutela cautelare potesse collegarsi*; lasciando, così, intendere che la questione avrebbe potuto,

¹²² Così, SASSANI, *op.cit.*, 29, secondo cui *il codice delinea pertanto una sequenza a carattere spiccatamente procedimentale che si conclude con un atto finale la cui autonomia non può essere ridotta al puro esito della volontà delle parti. Ne è segno tangibile il fatto che il lodo contemplato dall'art. 808-ter presenta una sua disciplina non essendo affatto soggetto alle regole generali delle impugnative negoziali del codice civile, bensì ad una autonoma azione di impugnativa i cui motivi appaiono tagliati sulla falsariga dell'impugnazione per nullità del lodo.*

¹²³ In *Riv.arb* 2002, 503, con nota di SASSANI, *La garanzia dell'accesso alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale*; cfr. pure GIORGETTI, *Una possibile disciplina della tutela cautelare nell'arbitrato libero* in www.judicium.it.

forse, trovare diversa soluzione a fronte di una diversa impostazione della natura dell'arbitrato libero, ossia come *giudizio*.

Alla luce della complessiva formulazione dell'art. 808-ter risulterebbe, allora, evidente che il legislatore ha concepito un sistema di definizione eteronoma del contendere, marcatamente procedimentalizzato nella sua dinamica¹²⁴ e concluso da un atto che - come lo si voglia considerare - ha contenuto decisorio ed è, dunque, decisione di una controversia nella dialettica tra le parti. Una decisione che è suscettiva di annullamento da parte del giudice competente, ma non più per motivi riconducibili al paradigma delle tipiche azioni contrattuali (segnatamente nullità ed annullabilità), ma per motivi determinati, afferenti all'ambito procedurale, in analogia a quanto previsto per i casi di nullità di cui all'art. 829 c.p.c.

Può a questo punto valutarsi un'altra opzione ermeneutica: porsi, cioè, la domanda se sia metodologicamente corretto - in presenza di elementi testuali di ambiguità o, persino, di contraddittorietà, ciascuno dei quali capace di evocare l'impostazione negoziale o processuale dell'arbitrato libero - forzare il dato letterale, nel tentativo di dare, comunque, una spiegazione agli elementi avversi, sì da renderli compatibili con l'opzione prescelta.

Insomma, c'è da chiedersi se le innegabili smagliature ed ambiguità del testo normativo siano davvero liquidabili come ennesimo segno di approssimazione od incuria del legislatore o se, invece, l'apparente contraddittorietà degli elementi di segno contrario sia tutt'altro che casuale. Tanto più che, come in precedenza si è osservato, è assai

¹²⁴ Sottolinea la natura procedimentale dell'arbitrato irrituale VERDE, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici ed arbitri*, in *Giuda al Diritto*, 2006, n. 8, 82, nel proporre di sostituire alla contrapposizione arbitrato rituale-arbitrato irrituale quella tra arbitrato giurisdizionalizzato ed arbitrato *procedimentalizzato*. Di arbitrato *processualizzato* parla SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 2 ss.

difficile immaginare un legislatore davvero sprovveduto e disattento, del tutto ignaro del ponderoso dibattito dottrinario e giurisprudenziale sviluppatosi ai margini di un istituto conosciuto solo dalla prassi.

Non sembra, allora, azzardato opinare che la presenza nel testo di momenti di apparente contraddittorietà possa costituire, piuttosto, il segno di qualcosa di diverso, ossia della natura composita che, secondo il legislatore, assume l'arbitrato libero: negoziale, quanto a genesi; procedimentale, quanto a sviluppo dinamico. Per quanto concerne poi l'epilogo, se appare indubbia la sua essenza come momento di giudizio e, dunque, strumento di composizione eteronoma della controversia, la connotazione *contrattuale* vale, nondimeno, ad evidenziare che il lodo libero è un *quid* peculiare, atipico, concettualmente diverso dal lodo-sentenza, ma anche dal mero elemento contrattuale, destinato per volontà delle parti, ad integrare una base negoziale incompleta, secondo lo schema del contratto *per relationem*¹²⁵. Insomma, non è un contratto, ma i suoi effetti sono equiparabili a quelli di un contratto.

Così come concepito dal legislatore l'istituto non è, però, un ibrido¹²⁶, ma un fenomeno oggettivamente complesso che ripete una connotazione negoziale dalla sua genesi ed un'impronta procedimentale dal suo fisiologico sviluppo, funzionale ad un esito che, quantunque, positivamente qualificato come *contrattuale*, è pur sempre *definizione di una controversia*, dunque atto decisorio e,

¹²⁵ È stato esattamente osservato (SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Appendice di aggiornamento, 13° ed. Padova, 2007; VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., 7 ss; ID, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006) come l'art. 808-ter c.p.c., pur utilizzando al primo comma un'espressione lessicale che richiama alla mente la determinazione richiesta agli arbitralori di cui all'art. 1349 c.c., non sembra più consentire la ricostruzione dell'arbitrato irrituale quale contratto *per relationem* nel quale il lodo degli arbitri funge da referente, impugnabile esclusivamente per i vizi che giustificano le normali impugnative negoziali.

¹²⁶ Come ritiene MARINELLI, *Arbitrato irrituale in Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di Bonfrate e Giovannucci Orlandi, Torino, 2006, 40 ss.

quindi, giudizio¹²⁷, anche se privo delle peculiari connotazioni della pronuncia giurisdizionale. Il che non rappresenta certamente un'aporia logica alla luce della pacifica distinzione tra attività processuale ed attività giurisdizionale: quest'ultima è solo uno dei modi, anche se il più diffuso, attraverso il quale può svolgersi la prima. Insomma, è attività processuale ogni attività posta in essere da un terzo imparziale ai fini della soluzione di una lite: la quale può attuarsi attraverso la giurisdizione dei giudici dello Stato, che costituisce appunto il modo principale attraverso cui quella definizione avviene, ma può anche attuarsi attraverso l'intervento di giudici privati, i quali realizzano il processo, ma non la giurisdizione. Ed attuare il processo significa, appunto, decidere una lite in posizione di terzietà, nel rispetto delle garanzie delle parti, presidiate dal diritto di difesa e dal principio del contraddittorio¹²⁸.

Né può considerarsi *monstrum* giuridico la fattispecie di un procedimento destinato a concludersi con un atto dotato di soli effetti negoziali. A parte che l'idea di una fase procedimentale propedeutica alla stipulazione di un contratto è tutt'altro che estranea alla prassi dei rapporti giuridici, nel caso di specie non vi è alcuna anomalia perché il procedimento è finalizzato *in primis* ad una decisione, anche se, poi, ad essa il legislatore riconnette effetti solo negoziali, o meglio, riconducibili ad una efficacia meramente negoziale (*come se*), con espressa esclusione degli effetti di sentenza. Piaccia o meno, il criterio di inquadramento degli istituti, non già in ragione della loro essenza o natura, ma sul piano meramente descrittivo degli effetti (con riferimento, nel caso di specie, alla qualificazione *contrattuale*), risponde ad una tecnica redazionale usata dal legislatore anche in altri

¹²⁷ Cfr. BERTOLDI, *op.cit.*, 291.

¹²⁸ E' ben noto, d'altronde, che il rispetto delle garanzie vale a differenziare le nozioni di *procedimento* e di *processo* in senso tecnico.

contesti. Per restare in area assai prossima al tema trattato, basti pensare alla formulazione dell'art. 824-*bis*, in cui – senza nulla dire della natura del *dictum* arbitrale – il legislatore sancisce che il lodo *ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*. Anche qui la connotazione dell'istituto viene colta sul piano della realtà effettuale e descrittiva, sottolineando che il lodo rituale ha gli effetti di una sentenza statale. Sicché, nella visione del legislatore, l'elemento discretivo delle due forme arbitrali va ricercato solo sul piano degli effetti: riconducibili a quelli di una sentenza, nell'arbitrato rituale, ed a quelli di un contratto, in quello libero.

Non si vede, allora, perché mai, abbandonando la dicotomia *negoziale/procedimentale* che, in passato, ha contrassegnato il dibattito dottrinario e giurisprudenziale, non si debba optare per una ricostruzione dell'istituto che tenga conto di tale duplice fisionomia, traendo, poi, le dovute conseguenze sul piano della disciplina applicabile¹²⁹. Con l'ulteriore corollario che il quesito del regime da applicare non debba essere risolto *a priori*, predeterminandolo in chiave di scontata consequenzialità all'opzione teorica prescelta (negoziale/processuale), nei termini e nei contenuti emersi dal pregresso dibattito dottrinario e giurisprudenziale. Occorre chiedersi, insomma, se a fronte di specifici problemi applicativi, non sia più corretto tentare di risolverli *in concreto*, ossia caso per caso, tenendo conto della *ratio* della relativa previsione normativa e delle esigenze sottese all'opzione per la particolare forma arbitrale, alla luce della sua composita natura (negoziale e procedimentale insieme). Il rilievo

¹²⁹ In tal senso, è significativa in dottrina – tra le tante – la posizione di MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 359, che dopo aver abbandonato l'iniziale impostazione negoziale, sotto la specie della natura essenzialmente transattiva dell'arbitrato libero, ha sostenuto che l'istituto unisce, in sé, in diverse combinazioni, a seconda della scelta delle parti, i caratteri della transazione e quelli procedimentali del giudizio.

sicuramente negoziale consente, in primo luogo, la riconducibilità del rapporto tra parti ed arbitri all'ambito privatistico del conferimento di un incarico, più o meno assimilabile ad un mandato collettivo con rappresentanza¹³⁰, donde la possibilità di applicare *in parte qua* le norme relative¹³¹. La *procedimentalizzazione*, emergente dal nuovo testo normativo, rende poi possibile il ricorso allo strumento dell'analogia, ai fini dell'individuazione delle norme di rito applicabili all'istituto in esame.

Insomma, la peculiare conformazione dell'istituto, che partecipa, ad un tempo, della dimensione negoziale e procedimentale, potrebbe consentire all'interprete di attingere, di volta in volta, alla normativa ora sostanziale ora processuale in tema di arbitrato rituale, tenendo conto dell'essenza dell'istituto, che, nato *libero*, ossia tendenzialmente insofferente ai vincoli del formalismo ed agli oneri dell'arbitrato rituale, non può poi, in sede applicativa, trovarsi ingabbiato in schematismi e moduli procedurali, da cui le parti avevano inteso rifuggire.

Nella scelta della norma applicabile, l'interprete deve, in particolare, considerare non soltanto l'essenza precipua dell'istituto, ossia la finalizzazione della volontà delle parti ad un epilogo decisionale privo degli effetti di sentenza, ma – particolare troppo spesso trascurato – l'intrinseco contenuto di quella stessa volontà, che è univocamente rivolta alla scelta di uno strumento più agevole, duttile e, quanto più possibile, rapido di composizione delle controversie. Sembra evidente che ove gli arbitri dovessero risolvere i dubbi interpretativi sul regime da applicare in concreto attingendo

¹³⁰ Cfr. Cass. sez. 1, 26.3.2002, n. 4283. Soluzione teorica da preferire rispetto a quella del negozio atipico o del contratto d'opera con cui viene comunemente qualificato il c.d. contratto di arbitrato che si perfeziona con l'accettazione della nomina da parte degli arbitri.

¹³¹ Cfr. TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrivali*, in *Corr.giur.* n. 11/2006, 1609.

indiscriminatamente alle disposizioni dell'arbitrato rituale, tradirebbero la volontà delle parti e non svolgerebbero, in modo corretto, il compito loro demandato, incorrendo nel vizio dell'inesatto adempimento o dell'eccesso del mandato conferitogli.

E' ovvio, del resto, che, in caso di sovrapposibilità delle due forme arbitrali, risultato ineludibile della generalizzata applicazione della disciplina codicistica, bisognerebbe, davvero, interrogarsi sulle ragioni della persistente utilità dell'arbitrato irrituale¹³². Ed infatti, a parità di disciplina e di costi, il risultato finale sarebbe radicalmente diverso: in caso di arbitrato rituale, si otterrebbe un prodotto avente gli effetti della sentenza, equiparabile, dunque, ad una pronuncia dell'autorità giudiziaria, non solo sul versante dell'obbligatorietà, ma anche dell'irretrattabilità assimilabile al giudicato di cui all'art. 2909 c.c. ed in più, in caso di deposito, anche della forza esecutiva; viceversa, in caso di arbitrato irrituale, si otterrebbe un lodo insuscettibile di *exequatur* ed inidoneo al conseguimento degli effetti della *cosa giudicata*, capace soltanto di vincolare le parti alla stregua di un contratto, ai sensi dell'art. 1372 c.c., e non già di una sentenza¹³³. Insomma, se il percorso procedimentale e gli oneri connessi dovessero essere identici, con la prospettiva del conseguimento di un prodotto così vistosamente diversificato, non vi sarebbe utilità alcuna per preferire l'arbitrato irrituale e tanto varrebbe optare per la forma rituale, capace di offrire maggiori garanzie. L'arbitrato libero – che, peraltro, ove *regimentato*, cesserebbe di essere tale – sarebbe

¹³² Secondo le pertinenti riflessioni di BIAVATI, *Il nuovo art. 808-ter cpc sull'arbitrato irrituale*, in *Riv.trim. di dir. e proc.civile*, 2007, 4, 1189.

¹³³ Il vincolo scaturente dai due tipi di lodo non è ovviamente identico, in quanto la determinazione contrattuale non può aspirare, come il giudicato, ad avere ad esempio effetti (riflessi o diretti) nella sfera dei terzi: così nel caso dell'annullamento di una delibera assembleare attraverso una pronuncia degli arbitri, se è evidente che al lodo rituale possono competere gli effetti dell'art. 2377, comma 7, c.c. (cioè, la valenza dell'annullamento della delibera anche per i soci che non hanno agito), tale efficacia non potrà essere propria di un lodo irrituale, i cui effetti rimarranno circoscritti solo alle parti: cfr. RICCI, *op.cit.*, 777, nota 22.

ineluttabilmente votato al fallimento e destinato, dunque, a scomparire.

E sarebbe davvero paradossale che, dopo oltre un secolo di applicazione pratica, si iniziasse a dubitare delle ragioni di sopravvivenza di un istituto proprio ora che è venuto alla luce nell'universo giuridico, conseguendo la sua formale consacrazione.

Occorre, invece, pragmaticamente, adoperarsi per mantenerne salva l'utilità, specie in un momento storico caratterizzato dalla grave crisi della giustizia civile e dall'ineludibile necessità di favorire, quanto più possibile, forme alternative di definizione delle controversie.

D'altro canto, una lettura della norma che, prevaricando la volontà delle parti, univocamente espressa nella convenzione di arbitrato nel senso di sottrarsi al regime codicistico, imponesse l'applicazione acritica proprio di quella normativa, non potrebbe dirsi costituzionalmente orientata. L'autonomia privata, infatti, ha valenza costituzionale, quanto meno in materia economica, ai sensi dell'art. 41 Cost. e, *a contrario*, dell'art. 23 Cost., che, vietando l'imposizione, se non per legge, di qualsiasi prestazione personale o patrimoniale, consente la volontaria assunzione dei relativi obblighi¹³⁴. Proprio in ragione di tale presidio, l'autonomia privata può essere sacrificata solo da disposizioni di carattere costituzionale o da provvedimenti legislativi conformi a Costituzione ed ai quali non faccia difetto il necessario postulato della ragionevolezza. Sicché, a fronte di diverse interpretazioni possibili del dato normativo è obbligo dell'interprete,

¹³⁴ Cfr. TAVORMINA, *op.cit.*, in *Corr.giur.*, n. 11/2006, 1610, nota 37, che richiama Corte Cost. 29.1.2005, n. 66, in *Foro it.*, 2005, I, 1311, secondo cui la libertà negoziale costituisce un diritto costituzionale del privato esteso all'intera sua sfera di attività e comprimibile solo in forza di altre disposizioni costituzionali.

secondo un fondamentale canone ermeneutico, optare per quella che sia conforme ai parametri costituzionali.

Lo stesso interprete deve, poi, privilegiare la lettura che, aderente all'essenza dell'istituto, ne faccia salvo il senso precipuo, ricercando, tra le pieghe dell'ordinamento, le ragioni della sua persistente utilità, che valgano a spiegare perché mai le parti debbano continuare a preferire l'arbitrato libero in luogo del rituale, ove convengano di affidare le contrapposte pretese ad una forma di tutela alternativa a quella giudiziaria ordinaria.

Una prima ragione di convenienza dell'arbitrato irrituale risiede, certamente, nella maggiore speditezza e semplificazione di forme rispetto a quello rituale, pur se a tali vantaggi fa da contraltare un minor presidio di garanzie. A tali vantaggi va aggiunta anche la maggiore riservatezza che ha sempre assicurato l'arbitrato irrituale, anche per il fatto di non essere soggetto a deposito nella cancelleria del tribunale competente ai fini dell'esecutività.

In secondo luogo, è conseguibile un apprezzabile beneficio sul versante fiscale. Ed invero, ai sensi del d.p.r. 26.4.1986, n. 131 (*Testo Unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro*) e dell'allegata Tariffa, parte 1, art. 8, l'arbitrato irrituale è assimilato ad un contratto e, dunque, *soggetto a registrazione in caso d'uso od in termine fisso*, a seconda della soggezione o meno ad IVA delle relative prestazioni, secondo le ordinarie disposizioni¹³⁵; l'arbitrato rituale, dichiarato esecutivo, è invece soggetto a registrazione in termine fisso al pari di una sentenza di primo grado, mentre se non è dichiarato esecutivo deve essere registrato solo *in caso d'uso*¹³⁶. Così,

¹³⁵ Cfr. *Memento Pratico Ipsos-Francis Lefebvre, Fiscale* 2009, 6317.

¹³⁶ Il regime di tassazione dell'arbitrato irrituale è, dunque, identico al lodo rituale non dichiarato esecutivo, pur esso soggetto ad imposta solo *in caso d'uso*. Tale ipotesi ricorre nelle situazioni specificamente previste dall'art. 6 T.U. Registro, secondo cui *si ha caso d'uso quando un atto si*

se si tratta, ad esempio, di condanna al pagamento di una somma di danaro, l'arbitrato rituale esecutivo andrà soggetto all'imposta del 3% del valore, mentre il lodo irrituale, avente lo stesso contenuto, sarà sottoposto ad imposta (pari ad euro 168) in caso d'uso, oltre all'ordinaria imposta di bollo.

Il che significa che, in caso di spontanea esecuzione, nessuna imposta è dovuta.

Il regime fiscale offre, poi, una ragione di pratica convenienza a sostegno della configurazione processuale e non negoziale dell'arbitrato libero. Ed infatti - ove il lodo fosse da considerare un negozio ovvero una componente integrativa di un contratto in bianco stipulato dalle parti - gli arbitri dovrebbero ritenersi obbligati in solido al pagamento dell'imposta di registro, quali *parti contraenti*, assimilabili a mandatari con potere di rappresentanza che concludono il contratto in nome e nell'interesse del rappresentato, ai sensi dell'art. 1388 c.c., secondo l'interpretazione della giurisprudenza tributaria¹³⁷. L'Amministrazione finanziaria sarebbe creditrice d'imposta sia nei confronti del rappresentato, nel cui interesse è stato concluso il contratto, sia nei confronti del mandatario, che ha partecipato alla conclusione del contratto. Eventualità, questa, tutt'altro che incoraggiante per gli arbitri e favorevole allo sviluppo del fenomeno arbitrale irrituale.

Una marcata ragione di convenienza in favore dell'arbitrato libero - davvero decisiva al fine di promuoverne la diffusione - sarebbe poi universalmente apprezzata ove gli fosse riconosciuta la

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, salvo che il deposito avvenga ai fini dell'adempimento di un'obbligazione delle suddette amministrazioni, enti o organi ovvero sia obbligatorio per legge o regolamento.

¹³⁷ Cfr., per tutte, Comm.Trib.Centr., 19.10.2000, n. 6056.

possibilità di conseguire qualità di titolo esecutivo in forza della nuova formulazione dell'art. 474 c.p.c., che al n. 2 ha attribuito tale efficacia alle scritture private autenticate, sia pure solo relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute. E' evidente, infatti, che, in caso di autentica della sottoscrizione, l'arbitrato libero potrebbe produrre un lodo immediatamente esecutivo senza necessità del filtro giudiziario previsto per il lodo rituale dall'art. 825 c.p.c.

In tale prospettiva, occorrerebbe, ovviamente, stabilire se sia sufficiente l'autenticazione delle sottoscrizioni apposte alla convenzione arbitrale¹³⁸ o se sia necessaria anche l'autentica delle sottoscrizioni degli arbitri ovvero, ancora, se possa ritenersi sufficiente solo quest'ultima¹³⁹. Non sembra, infatti, realisticamente ipotizzabile un accordo successivo, in virtù del quale la parte soccombente si risolva a sottoscrivere, con le forme dell'autenticazione, la determinazione arbitrale, sì da conferirle, in suo danno, efficacia di titolo esecutivo.

Ad avviso di chi scrive, dovrebbe ritenersi necessaria l'autenticazione delle sottoscrizioni sia della convenzione arbitrale che della determinazione contrattuale. Ed invero, non potrebbe considerarsi sufficiente l'autentica della sola convenzione, in quanto la stessa si risolve nel mero accordo volto al deferimento della controversia ad arbitrato irrituale; né potrebbe ritenersi sufficiente l'autentica della sola determinazione contrattuale, perché gli arbitri che la sottoscrivono ne sono autori, ma certamente non i destinatari.

¹³⁸ Come ritiene CARPI, in *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, 403, sul presupposto che gli arbitri siano mandatari delle parti.

¹³⁹ Secondo BIAVATI, *op.cit.*, 1188, nota 68, non basterebbe l'eventuale autenticazione della scrittura contenente il patto di arbitrato, perché ciò che va reso esecutivo è il lodo concreto. Né basterebbe l'autenticazione delle firme degli arbitri sul lodo, *perché gli arbitri stabiliscono il contenuto della determinazione contrattuale, ma non ne sono i destinatari*. Sarebbe, insomma, anche necessario che, dopo l'emanazione del lodo, le parti accettassero di sottoscrivere, con le forme dell'autenticazione, la determinazione contrattuale.

SEZIONE III
LE CONSEGUENZE APPLICATIVE

5.-Il problema interpretativo dell'applicabilità del regime codicistico.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, in riferimento alla peculiare natura dell'arbitrato libero e delle ragioni sottese al riconoscimento di tale particolare strumento di risoluzione delle controversie, si può tentare ora di affrontare i più ricorrenti problemi applicativi.

Per quanto si è andato argomentando, non può sorprendere che, all'indomani dell'entrata in vigore della nuova disciplina, i primi commenti della dottrina, ancora fortemente condizionati dalle pregresse impostazioni concettuali, si siano subito divisi.

Alcuni Autori hanno sostenuto che l'opzione delle parti per il lodo contrattuale escluda, automaticamente, l'applicabilità al relativo procedimento delle norme dettate dalla disciplina codicistica per l'arbitrato rituale, anche in forza dell'indicazione normativa racchiusa nell'ultimo inciso dell'art. 808-ter comma 2 (secondo cui *al lodo contrattuale non si applica l'articolo 825*)¹⁴⁰, incomprensibilmente inserito nel n. 5) dell'elencazione dei motivi di annullamento.

A tale lettura si può obiettare che l'inciso in parola potrebbe, invece, avallare la contraria opinione secondo cui, in mancanza di diversa volontà delle parti, la disciplina anzidetta sarebbe interamente applicabile, ad eccezione delle norme relative all'efficacia ed al deposito (appunto) - rispetto alle quali il menzionato art. 808-ter

¹⁴⁰ Cfr., tra gli altri, CAMPANILE, *L'arbitrato irrituale da negozio innominato a contratto tipico: sviluppo della figura e ipotesi interpretative della nuova disciplina*, in *Cont.impr.*, 2007, 827 ss.

dispone un'espressa esclusione - e di quelle relative alle impugnazioni del lodo rituale, rispetto alle quali l'esclusione è implicita, stante la novità rappresentata dall'autonoma, positiva, regolamentazione dell'impugnazione del lodo irrituale¹⁴¹. Non è mancato chi ha argomentato, in proposito, che l'inciso anzidetto sarebbe del tutto pleonastico ove dovesse essere inteso solo a specificare ed a rafforzare il principio, asseritamente desumibile dalla norma contenuta nel comma primo, di inapplicabilità all'arbitrato libero della disciplina codicistica¹⁴².

L'interpretazione proposta nelle pagine precedenti potrebbe forse recuperare, entro certi limiti, il senso della disposizione in parola. Ed infatti, riconosciuto che rientra nella sfera di autonomia privata anche la determinazione delle regole procedurali, pur nel rispetto dei limiti emergenti dalla previsione del comma secondo dell'art. 808-ter, è evidente che, in caso di mancata determinazione o di determinazione incompleta, la componente procedimentale dell'arbitrato libero e la sua configurazione come *species* di un unitario fenomeno arbitrale consentono, di certo, la diretta applicabilità delle norme codicistiche, sia pure nei limiti della compatibilità. Ha un senso, dunque, che dal novero di quelle astrattamente applicabili siano escluse determinate disposizioni, così

¹⁴¹ Cfr. SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento*, Padova, 2007, 13; BERTOLDI, *Art. 808-ter*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, 3 ed. vol III, 2007, 5710 ss. Con particolare riferimento all'applicabilità all'arbitrato irrituale dell'art. 820 c.p.c., cfr. MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr.giur.*, 2006, 867 ss.; NERI, *Sugli effetti della mancata fissazione del termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Riv.arb.*, 2006, 133 ss.; TOTA, *Appunti*, cit., 555 ss. SASSANI, *op.cit.*, 37, parla di tendenziale applicabilità delle norme codicistiche, ad esclusione di quelle espressamente previste.

¹⁴² In tal senso, NELA, *Commento all'art. 808-ter c.p.c.*, in AA.VV., *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. Chiarloni), II, Bologna, 2007, 1644; BERTOLDI, *Osservazioni a margine del nuovo art. 808-ter c.p.c.*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, 291 ss.; MARINELLI, *op.cit.*, 40; SANGIOVANNI, *Natura contrattuale o processuale dell'arbitrato irrituale?*, in *I contratti: rivista di dottrina e giurisprudenza*, 2008, 876. *Contra*, BOVE, *op.ult.cit.*, *infra* nota 111.

come, nella descrizione normativa dell'arbitrato libero contenuta nel primo comma, è inserita l'espressa esclusione dell'art. 824-*bis*, che, come si è detto, costituisce il *proprium* dell'istituto.

Sul piano del regime positivo la previsione che, in mancanza di tale espressa deroga, si applica la disciplina codicistica (*Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo*) varrebbe, di per sé, ad impedire l'applicabilità al lodo contrattuale anche dell'art. 825 in tema di deposito. Infatti, se la *ratio legis* fosse davvero quella di escludere in generale, in forza dell'espressione anzidetta (*Altrimenti.....*), tutte le disposizioni codicistiche in tema di arbitrato, l'esclusione ulteriore - e speciale - relativa al solo art. 825 c.p.c, sarebbe superflua, in quanto già inclusa nella prima.

Certo, se in rapporto alla configurazione strutturale dell'arbitrato libero e dei suoi effetti meramente contrattuali, l'inciso può avere un senso, ne ha assai meno sul piano del regime sostanziale. Ed infatti, posto che il deposito è atto prodromico al conseguimento dell'esecutorietà del lodo-sentenza, la relativa previsione risulta pleonastica in riferimento all'arbitrato libero, che, per definizione, deve essere finalizzato ad un lodo non destinato ad assumere gli effetti della sentenza. In tale prospettiva la norma risulterebbe del tutto inutile, nel senso che, se non fosse stata inserita, nessuno avrebbe mai potuto ritenere applicabile l'art. 825 all'arbitrato libero, come ora concepito.

La previsione in esame può avere un'utilità significativa solo se la si intenda nel senso che il legislatore abbia voluto precisare che l'eventuale esecutorietà del lodo libero deve essere conseguita *aliunde* e, così intesa, lascerebbe aperta la possibilità di avvalersi della disposizione di cui all'art. 474 c.p.c., secondo quanto si è osservato in precedenza.

Non solo, ma l'esclusione espressa si può giustificare anche con il rilievo che, in linea concettuale, non potrebbe ritenersi incompatibile con l'essenza dell'arbitrato irrituale l'ipotetico conseguimento di esecutorietà attraverso l'*exequatur*, così come previsto per l'arbitrato libero in materia di lavoro, ai sensi degli artt. 412-ter e 412-quater c.p.c.¹⁴³.

Altri Autori sostengono, invece, la tendenziale applicabilità all'arbitrato irrituale - in difetto di una diversa volontà delle parti - dell'intera disciplina codicistica, con le sole esclusioni positivamente previste¹⁴⁴.

¹⁴³ Pur tenendo presente la peculiarità dell'arbitrato c.d. *irrituale* in materia di lavoro, di cui in prosieguo.

¹⁴⁴ Cfr., tra gli altri, PUNZI, *Luci ed ombre*, cit., 405 ss.

6.-La soluzione prescelta. Limite di compatibilità.

La lettura offerta nel presente studio esclude, per quanto si è detto, indiscriminate generalizzazioni¹⁴⁵.

La natura composita dell'istituto comporta in via primaria l'applicabilità delle norme pattizie; in mancanza od in caso di insufficiente previsione, possono applicarsi le norme sostanziali o, in via analogica, le norme del codice di rito solo in quanto compatibili¹⁴⁶. Il criterio di lettura dell'applicabilità di tali norme in quanto *compatibili* trova autorevole avallo nella giurisprudenza di legittimità¹⁴⁷.

Lo *screening* delle norme codicistiche astrattamente applicabili deve, ovviamente, prendere le mosse dalla premessa concettuale dell'anzidetta natura composita dell'arbitrato libero e può orientarsi secondo le seguenti coordinate:

- a) l'obiettivo del soddisfacimento delle esigenze di semplificazione e speditezza che, di regola, ispirano l'opzione per l'arbitrato libero;
- b) l'esigenza che, in concreto, non sia vanificata tale opzione, consentendosi il superamento di *impasse* procedurali o problemi di gestione dello strumento arbitrale, senza, però, che ne resti stravolta la precipua essenza;

¹⁴⁵ Se tutte le norme in tema di arbitrato rituale fossero applicabili alla materia in esame non si capirebbe perché mai nel minimo di disciplina predisposta dal legislatore con l'art. 808-ter siano esplicitamente richiamati principi, come quello del contraddittorio, che espressamente disciplinati e garantiti per l'arbitrato rituale, troverebbero diretta applicazione.

¹⁴⁶ Cfr. SANGIOVANNI, *op.cit.*, 879, sull'applicabilità per analogia delle norme codicistiche in tema di arbitrato rituale.

¹⁴⁷ Cfr. Cass. 3.9.2004, n. 17808, secondo cui *entrambe le attività demandate agli arbitri si svolgono in esecuzione di un rapporto di mandato e hanno quindi identica natura, pur essendo diverso il risultato finale, dato che solo il provvedimento terminale dell'arbitrato irrituale ha natura di contratto, sicché non sussiste alcun motivo per ritenere che tutta la normativa contenuta nel titolo ottavo del c.p.c. sia inapplicabile a tale tipo di arbitrato, essendo al contrario necessario procedere all'esame dei singoli articoli, onde individuarne il contenuto sostanziale e quindi l'eventuale applicabilità all'arbitrato irrituale*; cfr., pure, Cass. 8 agosto 2003, n. 11963.

c) l'ulteriore esigenza che sia, quanto più possibile, rispettata l'autonomia privata, che è valore assistito da copertura costituzionale e, come tale, non tollera sacrifici oltre il limite della ragionevolezza.

7.-I singoli problemi applicativi.

Alla luce di tali parametri orientativi, si può ora tentare un rapido *excursus* nell'impianto codicistico integrante il titolo ottavo del libro quarto, dedicato appunto all'arbitrato.

Dal novero delle norme astrattamente applicabili vanno subito espunte, come si è detto, quelle di cui agli artt. 824-*bis* e 825, la cui esclusione è espressamente sancita dall'art. 808-*ter*, siccome concettualmente incompatibili con l'arbitrato irrituale, al punto, anzi, che la loro inapplicabilità costituisce il *proprium* dell'istituto in parola, segnando il *discrimen* rispetto al lodo rituale.

Implicita, invece, è l'esclusione di altre norme, quelle in tema di impugnazione contenute nell'intero capo quinto (artt. 827-831), vuoi perché il lodo irrituale non può assumere l'efficacia della sentenza, in ragione della quale è costruito il sistema delle impugnative del lodo rituale, vuoi perché un regime d'impugnazione è espressamente previsto per l'arbitrato libero dall'art. 808-*ter*, comma secondo.

Ictu oculi sono poi inapplicabili anche le norme relative al riconoscimento ed esecuzione in Italia dei lodi stranieri (artt. 839 e 840), per l'ovvia ragione che non è concepibile che un lodo libero straniero possa assumere nel nostro ordinamento un'efficacia diversa da quella propria di un lodo interno¹⁴⁸.

Espunte le norme anzidette, rispetto alle quali la *ratio excludendi* è intimamente connessa alla peculiare natura dell'arbitrato libero, può ora procedersi, per ordine numerico, all'analisi delle altre disposizioni codicistiche, per valutarne il tasso di compatibilità con l'istituto in esame.

¹⁴⁸ Cfr. SASSANI, *Arbitrato a modalità irrituale*, cit. 37; TOTA, *op.cit.*, 561.

A) In riferimento al primo gruppo di norme, quelle racchiuse nel capo primo dedicato alla *Convenzione dell'arbitrato* (da 806 ad 808-*quinquies*, tranne, ovviamente, l'art. 808-*ter*), nessun dubbio sembra prospettabile in ordine alla loro applicabilità. Ed infatti, le prime norme, quelle di cui agli artt. 806-808-*bis* riguardano, in generale, la fase genetica dell'arbitrato, che, notoriamente, è identica nelle due forme arbitrali, essendo indubbio che anche l'arbitrato irrituale possa costituire oggetto di compromesso o di clausola compromissoria o possa riguardare controversie future relative ad uno o più rapporti non contrattuali determinati. L'espressa previsione dell'art. 808-*ter* è volta, per quanto si è detto, solo ad individuare i tratti distintivi dell'istituto ed a dettare un apposito regime di impugnazione, nel contesto sistematico di un unitario fenomeno arbitrale. Inoltre, l'uso del singolare (*la controversia sia definita*) in luogo della formulazione lessicale dell'art. 806 (*le controversie tra loro insorte.....*) e dell'art. 808 (*le controversie nascenti dal contratto.....*) deve imputarsi a difetto di coordinamento, non apparendo assistito da alcuna plausibile ragione giustificativa. Non sembra, infatti, che la formula letterale dell'art. 808-*ter* possa intendersi nel senso che l'arbitrato libero debba riguardare solo una determinata controversia.

In particolare, è pacifico che anche per l'arbitrato irrituale l'art. 806 individui la sfera della *compromettibilità* alla stregua del nuovo parametro della *disponibilità* dei diritti costituenti oggetto della controversia, in luogo del precedente riferimento alle controversie che non potevano costituire oggetto di transazione, rivelatosi fuorviante anche per l'arbitrato in esame e non solo per

quello rituale¹⁴⁹. E', ovviamente, operante anche la riserva del divieto di legge, pur nell'ambito dei diritti disponibili¹⁵⁰.

Non sembra, dunque, revocabile in dubbio che l'ambito delle controversie compromettibili sia pienamente coincidente per le due forme arbitrali¹⁵¹.

B) Per quanto riguarda la forma della convenzione arbitrale, alcuni Autori hanno sostenuto che la particolare formulazione dell'art. 808-ter induca a ritenere che il legislatore abbia inteso non solo confermare l'esigenza della forma scritta, ma addirittura elevare questo requisito da regola *ad probationem* a prescrizione *ad substantiam*¹⁵².

Secondo altri commentatori il legislatore avrebbe disposto la forma scritta *ad substantiam* unicamente ai fini della deroga all'art. 824-bis c.p.c. (e della conseguente scelta in favore della *determinazione contrattuale*) e non anche per la validità della manifestazione di volontà compromissoria¹⁵³; di talché, ferma la necessità della forma prescritta per il conferimento della connotazione irrituale alla convenzione di arbitrato, la stipulazione dell'accordo

¹⁴⁹ Così CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, cit, 398; cfr. pure CARPI-ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 13 ss. Sull'area dell'odierna *compromettibilità*, cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, Commento all'art. 806, in *La riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civ.comm.*, 2007, 1149 ss.

¹⁵⁰ Cfr., sul punto, CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giur.it.* 2006, 1785, che valuta criticamente il generalizzato divieto di arbitrato, mettendone in discussione anche la conformità a Costituzione, sia sotto il profilo della mancata corrispondenza tra delega legislativa (di cui all'art. 1, comma 3, lett. b) l. 14.5.2005, n. 80) e norma delegata, sia alla luce delle recenti pronunce della Corte Costituzionale, che hanno ritenuto legittimo il divieto di arbitrato in determinate materie solo se la discrezionalità del legislatore sia giustificata da prevalenti interessi generali e sia calibrata sul parametro della ragionevolezza.

¹⁵¹ Sull'area della compromettibilità, alla luce della riforma, cfr. G.F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv.trim di dir. e proc.civile*, 2007, 759.

¹⁵² Così BIAVATI, *op.cit.*, 1170. In senso conforme CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *AA.VV., Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Milano, 2006, 18, e MARINELLI, *op.cit.*, 39; *contra*, BOVE, *op cit.*, 1154 (il quale richiama la conforme soluzione adottata da Cass. 4 novembre 2004, n. 21139).

¹⁵³ Cfr., in tal senso PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2008, III, 273; BERTOLDI, *op. cit.*, 301; TOTA, *op.cit.*, 564.

compromissorio non sarebbe assoggetta alle previsioni degli artt. 807, 808 e 808-*bis* c.p.c.¹⁵⁴.

Come si è in precedenza osservato, in sede di esame della fattispecie normativa, la mancata riproduzione nel testo in esame dell'inciso *a pena di nullità* che figura nel comma primo dell'art. 807, relativo al *compromesso*, può, in effetti, far sorgere l'interrogativo se la forma scritta sia richiesta *ad substantiam* o solo *ad probationem*. L'omissione non sembra casuale e, sbrigativamente, spiegabile con una svista nel quale sarebbe incorso il solito, distratto, legislatore, al punto da ritenere che nella disposizione in esame debba considerarsi implicita la prescrizione *a pena di nullità*¹⁵⁵.

Ponendo a raffronto la formulazione normativa dell'art. 808-*ter* con la puntuale enunciazione dell'art. 807, espressamente richiamata, quanto *alla forma richiesta*, dai successivi artt. 808 ed 808 *bis*, appare preferibile ritenere che per l'arbitrato irrituale la forma scritta sia necessaria solo ai fini della prova della volontà orientata a sottrarre la controversia alla cognizione del giudice ordinario¹⁵⁶.

C) Altro profilo problematico - in ordine al quale va valutata l'eventuale ricaduta del disposto dell'art. 808-*ter* - è quello relativo all'applicabilità alla clausola compromissoria per arbitramento irrituale delle disposizioni di cui all'art. 1341, comma 2, e 1342, comma 2,

¹⁵⁴ Si è ritenuto in dottrina che la forma scritta *ad substantiam* dovrebbe reputarsi necessaria unicamente per la redazione del compromesso (art. 807, comma 1, c.p.c.), laddove per la clausola compromissoria - così come per la nuova convenzione ex art. 808-*bis* c.p.c. - sarebbe sufficiente che l'accordo delle parti *risulti* da atto scritto (secondo la distinzione propugnata da PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 190 ss., e poi ripresa da RUFFINI, *Patto compromissorio*, cit., 717 e nota 19).

¹⁵⁵ Cfr. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di Buonfrate e Giovannucci Orlandi, Torino, 2006, 36 ss. In senso contrario NELA, *Le recenti riforme del processo civile. Commentario* diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, sub art. 808 *ter*, 1644.

¹⁵⁶ In linea con l'orientamento giurisprudenziale sul punto: cfr., tra le altre, Cass. 4.11.2004, n. 21139.

c.c., sulla necessità della specifica approvazione per iscritto delle c.d. *clausole onerose*, nelle ipotesi, rispettivamente, di predisposizione unilaterale delle condizioni generali di contratto da parte di uno dei contraenti e di contratto concluso mediante moduli o formulari - predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali - recanti *clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*.

Sulla soluzione dell'interrogativo ha, tradizionalmente, inciso la contrapposizione teorica in ordine alla natura giuridica delle due forme arbitrali.

Ed infatti, risentendo dell'originaria impostazione concettuale sull'essenza dell'arbitrato rituale, la giurisprudenza assolutamente prevalente era nel senso che le clausole compromissorie previste dalle norme anzidette si identificassero nelle sole clausole per arbitrato rituale, in quanto derogativo della competenza dell'autorità giudiziaria¹⁵⁷. L'interpretazione selettiva poggiava sull'assunto che l'arbitrato rituale fosse *equivalente giurisdizionale*, ossia procedimento il cui epilogo era destinato a produrre gli effetti di una sentenza dell'autorità giudiziaria statale; invece, la clausola per arbitrato irrituale non rientrava tra quelle da approvarsi specificamente per iscritto, a norma dei citati artt. 1341 e 1342 c.c., *non avendo carattere compromissorio o comunque derogativo della competenza dell'autorità giurisdizionale*¹⁵⁸. Privilegiava così l'impostazione dogmatica con scarsa attenzione per il dato normativo che, al comma secondo del menzionato art. 1341 c.c., si riferiva indistintamente all'ipotesi di *clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria* e, comunque, non

¹⁵⁷ Cfr., in giurisprudenza, tra le altre Cass. 4.11.2004, n. 21139; id. 28.6.2000, n. 8788.

¹⁵⁸ Così Cass. n. 21139/2004, cit.

qualificava come rituali le clausole in questione, non intendendo, dunque, riferirsi soltanto ad esse.

Tale opinabile interpretazione è stata, giustamente, criticata dalla dottrina dominante, sul duplice riflesso che la lettera dell'art. 1341, comma secondo, non autorizzava a ritenere che la necessità di specifica approvazione per iscritto, ai fini dell'efficacia, fosse prescritta per le sole clausole per arbitrato rituale; e che anche la volontà compromissoria per arbitrato irrituale comportava rinuncia alla tutela giurisdizionale¹⁵⁹.

Non era mancato, per vero, l'opinione negativa¹⁶⁰, secondo cui le clausole per arbitrato irrituale non erano da considerare vessatorie in quanto l'arbitrato libero, consistendo nella cooperazione tra le parti ed un terzo (l'arbitro) nella formazione di un regolamento negoziale, si risolveva in un arbitraggio inserito in un contratto di transazione o di accertamento stipulato dalle parti. L'atto conclusivo del procedimento aveva natura meramente privatistica, inidoneo in quanto tale a comportare deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, ponendosi piuttosto come sintomo o di mancanza di un diritto sostanziale da azionare in giudizio o di un difetto di interesse ad agire o di situazione di temporanea improponibilità della domanda¹⁶¹.

La soluzione positiva si lascia certamente preferire, posto che nulla autorizza a negare alla clausola in questione la qualità

¹⁵⁹ CECHELLA, in AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di Cecchella, Torino, 2005, 55; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 209; RUFFINI, *In tema di interpretazione della clausola compromissoria: i "dubbi" della Suprema Corte*, in *Riv.arb.* 1999, 53 ss; D'ALESSANDRO, *Clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione inibitoria nei contratti dei consumatori*, in *Giust.civ.* 1999, 1210 ss; BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1987, 358; SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, Prefazione del professor E.Minoli, Milano, 1967, 149; e, più di recente, BOVE, *Art. 808 ter, cit.*, 1189 e dello stesso A. *La giustizia privata*, 2009, 234.

¹⁶⁰ Cfr. RECCHIA, voce *Arbitrato irrituale*, in *Novissimo Digesto Italiano cit.*, 367.

¹⁶¹ Cfr., sulle diverse posizioni, MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, 181 ss.

intrinseca di *clausola compromissoria*, indipendentemente (stante il disgiuntivo usato nel testo della norma in questione) dal quesito se l'accordo per arbitrato irrituale comporti o meno deroga alla competenza, in senso proprio¹⁶². E, comunque, anche la volontà compromissoria per arbitri irrituali comporta una rinuncia alla tutela giurisdizionale, senza dire che la forma di risoluzione delle controversie nella *species* irrituale è, certamente, meno garantista dell'altra, donde - a maggior ragione - la necessità della specifica approvazione per iscritto.

Identica divergenza di opinioni si é registrata a fronte delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori¹⁶³. L'orientamento prevalente é nel senso di considerare vessatorie non solo le clausole per arbitrato rituale, ma tutte le clausole compromissorie senza distinzione alcuna a seconda della forma arbitrale prescelta. La soluzione affermativa discende dall'interpretazione dell'art. 1349-*bis*, oggi trasfuso nell'art. 33 del Codice del consumo (introdotto dal d.lgs. 6 dicembre 2005, n. 206), che contiene un'elencazione delle clausole che devono presumersi vessatorie fino a prova contraria (c.d. *grey list*). Tra queste sono, infatti, comprese anche quelle che sanciscono 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*

¹⁶² Cfr. SASSANI, *op.cit.* 33, il quale osserva (nota 26) che l'orientamento positivo *decreta la fine della assai discutibile giurisprudenza* (Cass. 4 novembre 2004, n. 21139; Cass. 1 agosto 2003, n. 11751; Trib. Pisa 16 dicembre 1996, in Riv. dir. arb., 1998, 265, con nota di D'Alessandro) per cui la *clausola compromissoria per arbitrato irrituale non necessiterebbe di specifica approvazione scritta ex art. 1341 c. 2 c.c.* "difettandole il carattere compromissorio o comunque derogativo della competenza dell'autorità giudiziaria".

¹⁶³ Cfr. in argomento, MANCINI, *L'abusività della clausola compromissoria per arbitrato irrituale nei contratti con il consumatore*, in www.judicium.it.

rapporti con i terzi (art. 33, comma 2, lett. *t*), Cod.cons.). L'oggettiva idoneità delle clausole arbitrali a comportare deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, quale che sia la natura dell'arbitrato cui si riferiscano, ne implica la riconducibilità alla previsione in oggetto.

Il mutato orientamento interpretativo è la conseguenza di una nuova lettura della locuzione *deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*, indotta da due ordini di ragione: la necessità di tener conto della *ratio* della direttiva comunitaria CEE n. 93/13 recepita dalla menzionata normativa; e la formulazione letterale della norma di recepimento.

La *ratio* della direttiva è univocamente nel senso di contenere il preminente potere contrattuale del professionista ed ogni tentativo di profittamento di tale posizione di preminenza per imporre al consumatore limitazioni all'esercizio dei diritti derivanti dal contratto ed alla possibilità di difesa. In tale logica, sono state intraprese due linee di tutela: la prima - volta ad ovviare al pregiudizio nascente dall'eccessiva durata del processo ordinario, maggiormente avvertito dalla parte contrattuale economicamente più debole - è intesa a favorire il ricorso a forme alternative di risoluzione delle controversie (le c.d. ADR, *Alternative Dispute Resolutions*), capaci di deflazionare il contenzioso davanti alle autorità giudiziarie ordinarie e di rendere, attraverso una semplificazione del procedimento, una risposta più veloce all'esigenza di giustizia dei consumatori; la seconda è intesa al riequilibrio della posizione delle parti, anche attraverso il potenziamento delle garanzie fondamentali riconosciute ai consumatori.

La formulazione letterale dell'art. 33, comma 2, lett. *t*) - tanto più se posta a confronto con la norma di cui alla lett. *u*), che riguarda espressamente uno specifico profilo di competenza, quella per territorio, presumendo vessatoria la clausola che stabilisca come foro territorialmente competente località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore - deve indurre, poi, a ritenere che la deroga alla competenza sia da intendere in senso estensivo.

L'interpretazione che nega la vessatorietà delle clausole arbitrali irrituali resta, invece, affidata al rilievo che le clausole compromissorie non sono state espressamente inserite nell'elencazione contenuta nella norma di recepimento ed all'interpretazione restrittiva della locuzione *deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*¹⁶⁴.

Orbene, se la soluzione affermativa è da ritenere plausibile¹⁶⁵, è evidente che ogni differenziazione a seconda della natura, rituale od irrituale, della clausola compromissoria sarebbe priva di ragionevolezza.

Ad avviso di chi scrive, sul complesso dibattito l'art. 808-*ter* ha inciso sensibilmente, risultando, in tutta evidenza, che il principio fondamentale attorno al quale ruota tale disposizione - ossia la necessità che la volontà derogatoria sia espressa per iscritto, perché altrimenti l'opzione deve intendersi in favore dell'arbitrato rituale - induce a ritenere che non sia esente da specifica approvazione per

¹⁶⁴ Cfr. ALPA, *La clausola arbitrale nei contratti dei consumatori*, in *Riv.arb.* 1997, 657; GRAZIOSO, *Il codice del consumo*, 2006, 376.

¹⁶⁵ Pur tenendo conto dell'implicazione della soluzione favorevole alla riconducibilità della clausola compromissoria alla previsione dell'art. 33, comma 2, lett. *t*), ossia l'applicabilità del successivo art. 36, comma 2, con la conseguenza che la declaratoria di nullità della clausola non può essere impedita dalla prova che su di essa vi è stata specifica trattativa.

iscritto la clausola compromissoria che deferisca la soluzione della controversia ad arbitrato irrituale¹⁶⁶.

D) La verifica di compatibilità di un secondo gruppo di norme, quelle contenute negli articoli da 809 ad 815 (che compongono il capo secondo del titolo ottavo), pone non pochi problemi applicativi. Ai fini della relativa soluzione un Autore¹⁶⁷ ha proposto un criterio di lettura, che, nel rilevare la particolarità della disciplina in questione, derogatoria di quella generale sul mandato, in ragione della peculiarità dell'incarico devoluto agli arbitri, distingue le norme speciali a seconda che si pongano o meno come attuazione di principi di ordine pubblico del *giusto processo* (quali la terzietà del giudicante, con i necessari corollari della nomina fondata sul consenso e dell'estensione all'arbitrato dell'istituto della ricsuazione; l'effettività della tutela; la sostituzione della volontà mancante della parte in caso di omessa nomina o sostituzione dell'arbitro). Nel primo caso, le norme attuative di principi di ordine pubblico dettate per l'arbitrato rituale non possono non trovare applicazione anche all'arbitrato irrituale, in ragione dell'*eadem ratio* che accomuna le due specie arbitrali, in quanto entrambe incidenti, pur se a diverso effetto, sulla giurisdizione statale in conseguenza della scelta alternativa effettuata dalle parti.

Tale chiave di lettura, da integrarsi con i criteri proposti, appare - in linea di massima - condivisibile anche perché è tale da confermare l'idea di fondo del presente studio, in ordine al carattere unitario del fenomeno arbitrale, di cui formalità rituale e

¹⁶⁶ In questo senso BOVE, *op.ult.cit.*, 235.

¹⁶⁷ CECHELLA, *Commento artt. 809-813, in Riforma del Diritto Arbitrale, in Le nuove leggi civ.comm.*, 2007, 1211.

formalità libera rappresentano esplicazioni diverse, sullo sfondo, però, di un'identità di genesi, riconducibile alla volontà negoziale volta al conseguimento di una tutela alternativa a quella ordinaria.

E) In riferimento all'art. 809, relativo al numero degli arbitri, si pone il quesito se l'arbitrato irrituale possa essere affidato ad una sola persona. L'interrogativo è giustificato dalla lettera dell'art. 808-ter, comma 1, nella parte in cui prevede che la controversia sia definita *dagli arbitri*, ove, invece, la norma in esame, dettata per l'arbitrato rituale, dispone che *gli arbitri possono essere uno o più, purché in numero dispari*.

Non sembra sussistano valide ragioni d'ordine logico-sistematico a sostegno di siffatta differenziazione, da imputare verosimilmente ad un difetto di coordinamento.

Le esigenze di speditezza e di massima semplificazione sottese all'opzione in favore dell'arbitrato libero inducono a ritenere che anche in questa forma arbitrale l'arbitro possa essere unico. D'altronde, in chiave logica, sarebbe arduo intendere perché mai un lodo destinato ad assumere, sin dalla data della sua ultima sottoscrizione, gli effetti della sentenza statutale possa essere adottato da una sola persona, mentre un lodo i cui effetti siano equiparabili soltanto a quelli di un contratto non possa essere emanato da un solo arbitro¹⁶⁸.

Nessun dubbio può profilarsi, poi, in ordine alla prescrizione della pluralità di arbitri, a patto che siano in numero dispari. Si tratta, infatti, di modalità funzionale non tanto all'esigenza dell'imparzialità (da presidiare anche nell'ipotesi di arbitri in pari

¹⁶⁸ In ordine alla possibilità di un arbitrato libero con un solo arbitro è dubbioso VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., 14.

numero), quanto all'effettività della tutela e del risultato finale, ossia dell'atto decisorio da trasfondere nel lodo arbitrale, sì da scongiurare il pericolo di *non liquet* in caso di parità di voti e d'impossibilità, quindi, di raggiungere una maggioranza in seno al collegio arbitrale.

L'estensione della regola del numero dispari è soluzione imposta dalla ricostruzione teorica dell'istituto, come strumento di risoluzione eteronomo di controversia e non già di composizione transattiva. E' di tutta evidenza, infatti, che se l'epilogo della procedura fosse un atto avente natura transattiva – sia pure in senso lato – gli arbitri preposti potrebbero ben essere in numero pari, ove invece la diversa composizione è necessitata dall'esigenza di assicurare, comunque, una maggioranza e, dunque, la formazione del giudizio loro deferito.

Ove, al contrario, dovesse ritenersi inapplicabile la norma di cui al comma primo dell'art. 809 e considerarsi essenziale al mandato per arbitrato irrituale il numero pari di arbitri, si creerebbe un'ulteriore occasione di fallimento dell'opzione arbitrale, in chiara controtendenza con la scelta di politica legislativa che, attraverso la formale consacrazione, ha invece mostrato deciso favore nei confronti dell'istituto. E' ovvio, infatti, che a fronte della situazione di stallo, derivante dall'impossibilità di formazione di una maggioranza, non resterebbe che prendere atto dell'impossibilità di proseguire nella scelta arbitrale e dell'inevitabile reviviscenza della facoltà di adire la tutela giurisdizionale.

Nulla quaestio in merito all'applicabilità delle norme di cui ai commi secondo e terzo dello stesso art. 809. L'apparente complicazione rappresentata dalla necessità del ricorso al

presidente del tribunale, in caso di indicazione degli arbitri in numero pari, ovvero di mancata indicazione del numero, ove le parti non si accordino al riguardo ovvero non provvedano alla loro nomina, non è incompatibile con l'anzidetta logica di speditezza e semplificazione che informa la peculiare forma arbitrale in questione, per le stesse ragioni di cui si dirà più oltre in tema di applicabilità dell'art. 810, alle cui formalità l'art. 809, comma terzo, espressamente rinvia.

F) Per quanto riguarda la nomina degli arbitri, oggetto di combinato disposto delle norme di cui agli articoli 809, comma 2, 810, comma 1, e 813, comma 1, il rigido formalismo che ne caratterizza il regime non è ritenuto espressione di principio di ordine pubblico processuale e, pertanto, non sarebbe estensibile all'arbitrato irrituale, da ritenersi, invece, assoggettato, *in parte qua*, alla disciplina sostanziale¹⁶⁹.

L'opinione è senz'altro condivisibile, tanto più se la forma scritta prevista dalla disciplina codicistica debba intendersi richiesta *ad substantiam*¹⁷⁰. Non sembra, allora, revocabile in dubbio l'inapplicabilità all'arbitrato libero delle modalità ivi previste, per il caso in cui la convenzione d'arbitrato preveda che gli arbitri debbano essere nominati dalle parti, con riferimento sia alla parte che intenda promuovere la procedura arbitrale che alla parte alla

¹⁶⁹ Cfr. CECHELLA, *op.cit.*, 1213.

¹⁷⁰ Orientamento pressoché unanime in dottrina per quanto riguarda la nomina: cfr., tra gli altri, PUNZI, *Disegno sistematico*, I, cit., 396; BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Roma, 1998, 56; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 971, 413. In giurisprudenza cfr. Cass. 26.9.1997, n. 9453; id. Cass. 19.4.1971, n. 1114. In senso contrario, in dottrina si rinvia solo SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2. Milano, 251. Per quanto riguarda l'accettazione, si è detto favorevole al carattere sostanziale della forma LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999, 58. In senso contrario, per il rilievo solo probatorio della forma, si sono espressi PUNZI, *Disegno sistematico*, I, cit. 395; DITTRICH, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, a cura di Tarzia, Luzzato e Ricci, Padova, 1995, 55 ss.

quale sia notificato l'atto di nomina con contestuale invito a provvedere alla designazione dei propri arbitri (o del proprio arbitro). La flessibilità dell'arbitrato irrituale, in funzione delle esigenze di speditezza e massima semplificazione che lo ispirano, fanno propendere per la tesi negativa. La conclusione è che per tale forma arbitrale non possono esservi prescrizioni di forma diverse da quelle che si impongano per la tipologia di atto giuridico da compiere. Così la forma scritta sostanziale è da ritenere necessaria, ai sensi dell'art. 1350 c.c., per le controversie in tema di diritti immobiliari. Di talché, deve ritenersi che, in tema di arbitrato irrituale, nomina ed accettazione possano, di regola, essere espresse anche in forme orali o tacite, purché inequivoche¹⁷¹.

A diversa conclusione deve pervenirsi in ordine all'applicabilità del particolare rimedio esperibile, ai sensi dell'art. 810, comma 2, in caso di mancata nomina della parte alla quale sia stato notificato il nominativo dell'arbitro o degli arbitri designati e che non vi provveda, nel termine prescritto; ovvero non vi abbia provveduto il terzo al quale era demandata la nomina di un arbitro o degli arbitri (art. 810, comma 4, c.p.c.). Si tratta del ricorso al presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato¹⁷².

Le esigenze di speditezza e di semplificazione - che informano lo svolgimento dell'arbitrato libero e, come si è detto, danno ragione della sua stessa esistenza - non sembrano incompatibili con l'esperimento di tale procedura, per due ordini di ragioni¹⁷³.

¹⁷¹ Cfr., in tal senso, CECHELLA, *op.cit.*, 1213.

¹⁷² Oppure, se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma.

¹⁷³ In senso contrario all'utilizzabilità del rimedio in questione si è espresso BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in *www.judicium.it*, cit.

In primo luogo, perché la parte che intende attenersi alla procedura arbitrale non può restare penalizzata dall'inerzia - ovviamente interessata - di controparte, che, diversamente, potrebbe vanificare la stessa opzione per l'arbitrato libero, con evidente pregiudizio per l'autonomia privata di cui essa è espressione e per l'effettività della tutela arbitrale.

In secondo luogo, perché l'ordinamento civile, in simili fattispecie, pur esse ispirate ad analoghe ragioni di celerità e libertà di forme (come nell'ipotesi prevista dall'art. 1473 c.c., in tema di *determinazione del prezzo affidata a un terzo*), prevede l'esperimento di identico rimedio sostitutivo. Alla relativa previsione sarebbe, del resto, inutile ricorrere in via analogica, potendo invece applicarsi, in virtù dello stesso canone ermeneutico, un rimedio affatto simile, quello di cui all'art. 810 c.p.c., assai più vicino al tema trattato di quanto non sia l'arbitraggio in materia di compravendita¹⁷⁴, a parte la decisiva ragione che l'arbitrato irrituale non è comunque assimilabile ad un arbitraggio e siffatta diversità metterebbe in discussione la stessa possibilità di fare ricorso all'analogia.

D'altro canto, il rimedio di tutela specifica, surrogatoria, risponde alle esigenze di celerità postulate dalla tutela arbitrale, trattandosi di procedimento di volontaria giurisdizione, da svolgersi, senza particolari formalità, anche se la nuova formulazione dell'art. 810, comma terzo, pur non riproducendo la discrezionalità del contraddittorio, come previsto dal testo previgente, ha demandato all'autorità giudiziaria la delibazione dell'esistenza di una convenzione d'arbitrato (ovviamente valida) e della mancata,

¹⁷⁴ Come, invece, propone BIAVATI, *Commento all'art. 808-ter, in AA.VV., Arbitrato, Commentario*, diretto da F.Carpi, 2° ed., Bologna, 2007, 180 ss.

manifesta, previsione di un arbitrato estero. Ed infatti, anche se una siffatta delibazione, pur se ovviamente sommaria e non vincolante per gli ulteriori sviluppi della procedura arbitrale, postula, per sua natura, l'effettività del contraddittorio, quanto meno in forma cartolare, i necessari adempimenti non sono, tuttavia, tali da risolversi in insostenibile aggravio di procedura. Il vantaggio di un rimedio sostitutivo della volontà mancante od invalida della parte, in termini di effettività della convenzione arbitrale e della connessa tutela, è talmente apprezzabile da compensare ampiamente il *costo* rappresentato dall'inevitabile ritardo nel fisiologico sviluppo del procedimento arbitrale.

G) Pienamente applicabile è l'art. 811 in tema di *sostituzione* dell'arbitro venuto a mancare per qualsiasi ragione¹⁷⁵.

Anche in siffatta ipotesi l'esigenza di non vanificare l'opzione arbitrale e di assicurare la continuità del relativo procedimento induce a preferire la soluzione dell'applicabilità, al fine di rendere possibile, anche in tema di arbitrato irrituale, l'utile esperimento di meccanismi procedurali volti alla sostituzione di arbitri impediti per qualsiasi motivo¹⁷⁶. Del resto, le stesse ragioni che, in funzione della necessità di rendere effettiva la giustizia arbitrale, depongono

¹⁷⁵ Cfr., tra gli altri, ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 807; CECHELLA, *op.cit.*, 1220. In senso contrario GIOVANNUCCI ORLANDI, *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 189.

¹⁷⁶ In senso favorevole all'applicabilità dell'art. 811 c.p.c., si è recentemente espressa Cass. 19.4.2001, n. 5777, secondo cui *la procedura di sostituzione dell'arbitro rinunciatario è applicabile anche nell'arbitrato irrituale, non potendo consentirsi alla parte vincolata dal patto compromissorio di impedire la definizione negoziale della controversia non aderendo alla sostituzione dell'arbitratore il quale non intende proseguire nell'espletamento della sua funzione*. In precedenza, Cass. 29.4.1999, n. 4303, aveva ribadito il principio della sostituibilità degli arbitrati irrutuali desumendolo dal disposto dell'art. 1473, comma 2, c.c., il quale prevede che, nell'ipotesi in cui il terzo non voglia o non possa accettare l'incarico, ovvero le parti non si accordino per la sua nomina o per la sostituzione, detta nomina sia fatta, su richiesta di una delle parti, dal presidente del tribunale; *il che presuppone - ovviamente - la non immutabilità dei soggetti originariamente designati*.

per l'applicabilità dell'art. 810, suggeriscono identica soluzione per la norma in esame, nonostante l'indirizzo contrario della giurisprudenza¹⁷⁷.

Per giustificare l'esclusione, una precedente interpretazione giurisprudenziale ha fatto leva sull'*intuitus personae*, che ispirerebbe la nomina originaria dell'arbitro libero¹⁷⁸. Come osservato in dottrina, tale spiegazione attiene ad un ordine di idee di carattere generale, che non vale a dare ragione della ritenuta inapplicabilità della norma all'arbitrato irrituale¹⁷⁹. E' ovvio - e questo vale per ogni forma arbitrale - che ogni qualvolta risulti, in concreto, che la nomina dell'arbitro sia stata dettata, nella comune intenzione delle parti, dalla particolare qualità personale dell'arbitro o dalle sue specifiche competenze e tali prerogative siano state ritenute essenziali ai fini della scelta della via alternativa alla giurisdizione, la sopravvenuta mancanza dell'arbitro, per un qualsiasi motivo, non può che mettere in discussione la stessa ragion d'essere dell'arbitrato e, dunque, la sua stessa sopravvivenza.

H) Nessuna ragione ostativa può frapporsi all'applicabilità dell'art. 812, che esclude che l'ufficio di arbitro possa essere assunto da chi non abbia legale capacità di agire. La soluzione affermativa, già affiorata in passato in giurisprudenza, sia pure con riferimento al precedente regime¹⁸⁰, deve ribadirsi anche a fronte della nuova

¹⁷⁷ Cfr., tra le altre, Cass. 17.6.1999, n. 6081; id. 7.4.1992, n. 4245. In senso contrario, si è, però, espressa di recente Cass. 19.4.2001, n. 5777.

¹⁷⁸ Cfr. Cass. 18.10.1974, n. 2938; id. 10.4.1973, n. 1020, in tema di inapplicabilità del meccanismo sostitutivo degli arbitri rituali, sia secondo l'art. 811 c.p.c. sia secondo l'art. 1473 c.c.

¹⁷⁹ Così CECCHELLA, *op.cit.*, 1220.

¹⁸⁰ Cfr. Cass. 15.9.1970, n. 1453.

formulazione dell'articolo, che ha accorpato le ipotesi originarie d'incapacità in un'unica categoria concettuale.

I) Per le già dette ragioni, deve escludersi l'applicabilità del formalismo prescritto per l'accettazione degli arbitri dall'art. 813.

L) Identici motivi, che depongono per l'applicabilità dell'art. 811, ispirano la stessa conclusione riguardo all'art. 813-*bis* in tema di decadenza dell'arbitro, che ometta o ritardi di compiere un atto relativo alle sue funzioni, e della relativa sostituzione¹⁸¹. Ragioni di coerenza sistematica impongono di ritenere esperibile il rimedio del ricorso al presidente del tribunale, in caso di disaccordo tra le parti in ordine alla sostituzione, a mente dell'art. 810, comma secondo, espressamente richiamato dalla norma in parola e già ritenuto applicabile all'arbitrato libero, secondo quanto sopra considerato.

M) Quanto all'ambito della responsabilità dell'arbitro libero non sembra, invece, che la stessa possa delinearsi sul modulo previsto dall'art. 813-*ter* per la responsabilità degli arbitri rituali¹⁸².

La peculiare natura del lodo libero insuscettivo di assumere efficacia equiparabile a quella della sentenza statutale induce ad escludere ogni possibilità di assimilazione della responsabilità dell'arbitro libero a quella dell'arbitro rituale, per la quale il legislatore ha anche previsto, sia pure in via residuale, il richiamo alla disciplina dettata per la responsabilità dei magistrati dall'art. 2, commi 2 e 3, della legge 13 aprile 1988, n. 117.

¹⁸¹ Cfr., sul tema della decadenza, ZUMPANO, *Art. 813 bis c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ.comm.* 2007, 1223.

¹⁸² Cfr. in tema ZUMPANO, *Art. 813 ter c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ.comm.* 2007, 1226.

La forte caratterizzazione negoziale che informa la fase genetica del lodo libero, la fonte dell'investitura degli arbitri e la particolarità del loro incarico confermano il convincimento che il contenuto della relativa responsabilità debba essere collocato in ambito negoziale.

I parametri di determinazione non possono che essere i doveri di imparzialità e di buona fede che incombono sull'arbitro irrituale nell'espletamento del suo mandato. Dovere di imparzialità da definirsi come equidistanza, garanzia di doti anche morali e correttezza comportamentale, in presenza delle quali può davvero dirsi che un soggetto sia capace di dare ragione a chi abbia ragione e torto a chi abbia torto¹⁸³. Il dovere di buona fede è strettamente inerente alla natura contrattuale del rapporto intercorrente tra parti ed arbitro, a mente dell'art. 1175 c.c. Può essere utilmente evocato pure il dovere di diligenza di cui all'art. 1176 c.c., anche nel richiamo effettuato dall'art. 1710 c.c.

N) In ragione dell'identità di genesi delle due forme arbitrali - e del conseguente rapporto che si instaura, in termini sostanzialmente identici, tra parti ed arbitri¹⁸⁴ - nonché della riconosciuta natura procedimentale dell'arbitrato libero, può ritenersi applicabile anche l'art. 814 c.p.c. in tema di diritti degli stessi arbitri al compenso, in conformità, peraltro, di un recente insegnamento della Corte regolatrice, sia pure dettato con

¹⁸³ Cfr., sul punto, BENATI, *Una conversazione sui criteri di nomina dell'arbitro*, in *Corriere giur.*n. 6/2006, 880 ss.

¹⁸⁴ In base al quale, *da una parte, vi è il diritto a pretendere la esecuzione di una prestazione d'opera intellettuale con il correlativo obbligo di corresponsione del compenso a prestazione eseguita, dall'altra, l'obbligo di eseguire detta prestazione ed il correlativo diritto di credito al compenso nel momento in cui il giudizio arbitrale giunge al suo compimento con la pronuncia del lodo*: così, Cass. Sez. Un. 1.7.2008, n. 17930.

riferimento al previgente regime¹⁸⁵. Sarà ovviamente esperibile anche la procedura di liquidazione giudiziale prevista in caso di mancata accettazione delle parti della determinazione effettuata dagli arbitri, con identica possibilità di reclamo dell'ordinanza liquidatoria, ai sensi della norma di cui al comma terzo, che costituisce novità della riforma.

O) Controversa è l'applicabilità della procedura di ricsuzione di cui all'art. 815¹⁸⁶.

In prevalenza, la dottrina nega l'applicabilità analogica delle relative disposizioni, sia pure con motivazioni diverse¹⁸⁷. Tale opinione appare condivisibile, vuoi per le ragioni di speditezza che informano l'opzione per l'arbitrato libero, vuoi perché il valore dell'imparzialità, alla cui attuazione è funzionale l'istituto, può trovare, in prospettiva negoziale, adeguata tutela come necessario correlato del canone della diligenza. Ed infatti, il dovere di diligenza ha ineludibile riflesso nell'obbligo degli arbitri di rendere una decisione giusta, non inquinata da possibili condizionamenti

¹⁸⁵ Cfr. Cass. 3.9.2004, n. 17808; cfr., pure, Cass. 8 agosto 2003, n. 11963. In senso contrario, Cass. 31.3.2008, n. 7623, sul rilievo che *il procedimento speciale di liquidazione delle spese e degli onorari degli arbitri, previsto dall'art. 814 c.p.c. per l'arbitrato rituale, non è applicabile, nemmeno in via analogica, all'arbitrato irrituale, in quanto quest'ultimo è sfornito dell'elemento che caratterizza l'arbitrato rituale, ossia l'attitudine a divenire "sentenza" a seguito del deposito del lodo e posto che il compenso dovuto agli arbitri irrivali non si connota come spesa ma come debito "ex mandato", per l'adempimento coattivo del quale è attivabile un ordinario giudizio di cognizione.*

Sul tema dell'applicabilità della particolare procedura in questione, la giurisprudenza meno recente era univocamente orientata in senso negativo: cfr., tra le altre, Cass. 8.9.1997, n. 8735; id. 17.10.1995, n. 10824; id. 20.11.1993, n. 11489; id. 10.7.1993, n. 7604; id. 3.5.1984, n. 2690; id. 13.7.1983, n. 4757; id. 16.5.1983, n. 3367.

¹⁸⁶ Cfr., in tema, ZUMPANO, *Art. 815 bis c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ.comm.* 2007, 1237.

¹⁸⁷ A partire da ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori-Gli arbitrati liberi*, in *Riv.dir.proc.civ.* 1929, I, 336, che escludeva l'applicazione analogica della disciplina codicistica in ragione del carattere eccezionale dell'istituto della ricsuzione. In senso conforme cfr. BENATI, *Arbitrato irrituale: deontologia ed etica*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 1999, 131 ss., secondo cui l'analogia è impedita dall'applicazione diretta del *canone della diligenza*. In senso contrario, cfr. CECHELLA, *op.cit.*, 1212, sul presupposto che lo strumento della ricsuzione è funzionale all'attuazione di un principio di ordine pubblico processuale, qual'è quello della terzietà del giudicante.

nascenti da situazioni che li rendano non equidistanti da entrambe le parti. In tale prospettiva, può senz'altro ritenersi doveroso per ciascun arbitro, prima dell'inizio del procedimento, rendere una leale dichiarazione di tutto ciò che potrebbe far sospettare la mancanza di imparzialità da parte loro (c.d. *disclosure*).

Se le parti conoscono situazioni potenzialmente pregiudizievoli dell'imparzialità o terzietà in capo ad un arbitro e, nondimeno, hanno proceduto alla relativa nomina, *nulla quaestio*. Se quelle situazioni sono, invece, conosciute dopo la nomina e durante il procedimento, la soluzione potrebbe consistere nella revoca del mandato al singolo arbitro, ai sensi dell'art. 1726 c.c. In applicazione di tale istituto, nel caso in cui la revoca non provenga da tutte le parti, potrebbe ravvisarsi, nel caso di specie, una giusta causa per l'esercizio della revoca singola, in ragione del venir meno del vincolo fiduciario che non permette la prosecuzione del rapporto parti-arbitro.

Se il lodo viene comunque emanato, potrebbe ritenersi esperibile un'azione di annullamento sotto il profilo del mancato rispetto delle regole volute dalle parti: tra queste regole si trova certo, sia pure per implicito, quella volta ad assicurare una decisione giusta, resa da arbitri terzi ed imparziali¹⁸⁸.

P) Per quanto concerne ora le norme sul procedimento (da 816 a 819-*ter*) che compongono il capo terzo del libro ottavo, occorre premettere alcune considerazioni sulla domanda di arbitrato irrituale.

¹⁸⁸ Così BIAVATI, *op.cit.*, 1183. L'opinione sostenuta nel testo è in linea con il tradizionale insegnamento della Suprema Corte, secondo cui nell'arbitrato irrituale il principio dell'imparzialità trova applicazione solo indiretta, tramite l'impugnazione del lodo, ma non in via preventiva con il ricorso alla ricasazione: cfr., tra le altre, Cass. 29.5.2000, n. 7045.

La concorrente natura negoziale del lodo libero e la *ratio* di massima semplificazione che ne connota l'essenza consentono, al riguardo, piena libertà di forme per la presentazione della relativa richiesta, ammettendo l'idoneità di qualsivoglia atto, pur se informalmente redatto, che, portato a conoscenza della controparte, manifesti l'intendimento di attivare il procedimento di arbitrato con riferimento ad una determinata controversia, formulando la domanda e procedendo - per quanto spetti all'istante - alla nomina degli arbitri. Può, dunque, essere sufficiente una lettera raccomandata od un fax.

Per quanto riguarda la dibattuta questione degli effetti sostanziali della domanda di arbitrato libero, la soluzione dell'interrogativo è, ancora una volta, strettamente consequenziale alla natura che si intenda attribuire all'istituto. E', infatti, di tutta evidenza che la configurazione dell'arbitrato irrituale in chiave prettamente negoziale rende problematica l'applicazione delle norme relative agli effetti della domanda giudiziale che postulano l'avvio - e determinano la pendenza - di un *procedimento*. Di contro, l'assimilazione dell'arbitrato libero a quello rituale, nel contesto di una ricostruzione unitaria del fenomeno arbitrale, rende ovviamente più agevole l'estensione delle disposizioni in parola, nei consueti limiti della compatibilità.

Si discute, in particolare, dell'applicabilità della norma di cui all'art. 2943, comma 4, c.c., secondo cui *la prescrizione è inoltre interrotta dall'atto notificato con il quale una parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri*. Le tesi negoziali, attribuendo alla domanda di arbitrato libero la

natura di un mero atto di costituzione in mora, non dissimile da un'intimazione di pagamento, tendono ovviamente ad escludere l'applicabilità della norma in questione¹⁸⁹. Viceversa, l'impostazione teorica che tende ad assimilare le due forme arbitrali propugna l'estensione alla domanda per arbitrato libero dell'efficacia interruttiva istantanea propria dell'arbitrato rituale.

La divaricazione è ancora più netta con riferimento alla norma di cui all'art. 2945, comma 4, secondo cui *nel caso di arbitrato la prescrizione non corre dal momento della notificazione dell'atto contenente la domanda di arbitrato sino al momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è più impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione*. Le tesi negoziali, specie in periodo antecedente all'introduzione dell'art. 808-ter, escludevano recisamente la *permanenza* dell'effetto interruttivo, vuoi perché i rimedi negoziali esperibili avverso il lodo libero non erano riconducibili all'idea di impugnazione recepita dalla norma in questione, vuoi perché non era pensabile una sospensione indefinita nel tempo, per l'eventualità dell'esperimento contro il lodo dell'azione di nullità, ovvero nella migliore delle ipotesi soggetta ai tempi lunghi di prescrizione, nel caso di ricorso alle altre azioni contrattuali¹⁹⁰. Di tutt'altro avviso sono i sostenitori della configurazione unitaria del fenomeno arbitrale, in ragione della piena identità strutturale e funzionale delle relative modalità, salva la diversità degli effetti.

La novella del 2006, con il riconoscimento formale dell'arbitrato libero, nel menzionato art. 808-ter, ha certamente

¹⁸⁹ Peraltro, secondo l'impostazione negoziale, l'efficacia interruttiva non opererebbe nei confronti di determinati diritti: così DELLA PIETRA, in AA.VV. *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005, 200, che sostiene l'inidoneità dell'atto ad impedire la prescrizione dei diritti potestativi presidiati da azioni costitutive.

¹⁹⁰ Così DELLA PIETRA, *op.cit.*, 200.

inciso anche sul tema in esame, ove, naturalmente, l'interpretazione della norma si discosti dalla configurazione negoziale dell'istituto, che, come si è detto, è stata ancora oggi riproposta.

La lettura sostenuta in questo studio, nel sottolineare la connotazione procedimentale dell'arbitrato libero, conduce ovviamente alla conclusione della piena applicabilità delle disposizioni anzidette.

A sostegno di tale convincimento depone anche la genericità del dettato normativo delle menzionate norme sostanziali, nessuna delle quali fa espresso riferimento al solo arbitrato rituale, trattando genericamente di arbitrato e di procedimento arbitrale. Inoltre, entrambe postulano un collegamento tra la domanda ed il processo da essa avviato, ovvero tra lodo e procedimento che lo esprime, e tale presupposto non manca nel caso di specie, ove si riconosca che anche l'arbitrato irrituale si articola nella sequela di attività e cadenze – ancorché ridotte e deformalizzate – in cui si sostanzia un procedimento. Sia pure nel suo carattere relativo, anche la collocazione *topografica* delle norme conferma siffatto ordine di idee: le stesse sono inserite non già nel titolo del codice di rito dedicato all'arbitrato rituale, ma in seno al codice civile nell'ambito delle previsioni relative ad un istituto di diritto sostanziale, come la prescrizione, la cui dinamica nel mondo arbitrale non può essere limitata, in mancanza di espressa disposizione.

Sul distinto tema della trascrivibilità della domanda di arbitrato libero sembra esserci, invece, convergenza di orientamenti. I referenti normativi sono le disposizioni di cui all'ultimo comma degli artt. 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c., di identico tenore letterale, secondo cui *alla domanda giudiziale è*

equiparato l'atto notificato con il quale la parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta alla nomina degli arbitri; l'art. 825, comma 1, seconda parte, che, con disposizione sostanzialmente identica a quella di cui al previgente art. 825, comma 3, sancisce – con riferimento all'arbitrato rituale - *che il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto;* l'art. 2668 c.c., in tema di cancellazione della trascrizione, le cui modalità (in particolare, l'ordine giudiziale con sentenza passata in giudicato qualora la domanda sia rigettata) attengono ad un modello applicativo estensibile anche all'arbitrato. Dal coacervo di tali disposizioni emerge un sistema per cui la trascrizione della domanda deve avere uno dei seguenti esiti: o saldarsi alla trascrizione della pronuncia di accoglimento o venir meno in virtù della decisione di rigetto. Inquadri nella dimensione arbitrale, gli epiloghi anzidetti postulano, in tutta evidenza, che il lodo sia reso esecutivo ai sensi dell'art. 825, posto che solo il lodo esecutivo è soggetto a trascrizione. L'ovvia conclusione di tali premesse é che il lodo irrituale, proprio in quanto sottratto all'*exequatur*, non può essere trascritto, sicché, nel primo caso (accoglimento), l'eventuale trascrizione della domanda di arbitrato non potrebbe essere seguita dalla trascrizione del lodo positivo; nel secondo caso (rigetto), la stessa non potrebbe essere rimossa in forza del lodo negativo. Sicché, lo stretto collegamento tra trascrizione della domanda ed esecutività del lodo, emergente dall'impianto normativo, dovrebbe costituire ostacolo insormontabile alla trascrivibilità della domanda

di arbitrato libero, salvo a non seguire la problematica soluzione proposta in dottrina secondo cui, potendo il lodo irrituale - al pari di un qualunque negozio - essere trascritto, ove redatto in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, il rapporto tra domanda di arbitrato e lodo sarebbe assimilabile a quello intercorrente tra contratto preliminare e contratto definitivo, ai sensi dell'art. 2645 *bis* c.c.¹⁹¹.

Q) Tanto premesso, va ora detto che il tema dell'applicabilità delle anzidette norme sul procedimento (da 816 a 819-*ter*) pone non pochi problemi interpretativi.

Per quanto riguarda in primo luogo la sede dell'arbitrato, di cui all'art. 816, non si ravvisano ragioni di sorta perché siano ritenuti applicabili i principi ispiratori del relativo regime, come novellato dal legislatore della riforma, pur con alcune precisazioni.

Nel silenzio dell'art. 808-*ter* non è ipotizzabile alcun obbligo degli arbitri di fissare la sede dell'arbitrato, salvo che le parti non abbiano espressamente rinviato all'anzidetto art. 816, il cui richiamo (non rientrando tra gli elementi normativi caratterizzanti l'arbitrato rituale e, in negativo, la qualificazione dell'arbitrato quale irrituale, come gli artt. 824-*bis* e 825) non vale certamente a far considerare rituale l'arbitrato in questione.

La norma anzidetta prevede infatti che, ove la sede dell'arbitrato non sia fissata dalle parti, alla relativa determinazione provvedano gli arbitri. Nell'impianto codicistico relativo all'arbitrato rituale la determinazione delle sede¹⁹² è obbligatoria anche perché è ad essa

¹⁹¹ Cfr. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1997, 901 ss.; CORRADO, *I poteri costitutivi degli arbitri*, in *Riv.arb.* 2004, 558 ss.

¹⁹² Non più decisiva ai fini della qualificazione dell'arbitrato come straniero o domestico: cfr. GHIRGA, *Commento all'art. 816 c.p.c.* in *Le nuove leggi civ.comm.*, 2007, 1243 ss.

positivamente collegata l'individuazione del giudice competente per l'impugnazione, che l'art. 828 comma 1 individua proprio nella *corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato*. Invece, nell'arbitrato irrituale, a mente dell'art. 808-ter comma 2, il giudice dell'impugnazione è individuabile nel giudice competente secondo le disposizioni del libro I, ossia nel tribunale territorialmente competente secondo le ordinarie regole codicistiche.

In definitiva, in tema di arbitrato irrituale, ove le parti non abbiano indicato la sede dell'arbitrato, l'omissione è priva di rilievo, non dovendo, all'uopo, provvedere gli arbitri. In tale ipotesi, può ritenersi applicabile la previsione del comma secondo della norma in esame, secondo cui la sede è nel luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato.

Non sembra che vi siano ragioni ostative all'applicabilità anche della disposizione di cui al comma 3, secondo cui *se la convenzione d'arbitrato non dispone diversamente, gli arbitri possono tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare ed apporre le loro sottoscrizioni al lodo anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato ed anche all'estero*.

Ove, invece, la convenzione arbitrale rechi la determinazione della sede, qualora non sia stato espressamente previsto l'obbligo del rispetto della stessa come condizione di validità del lodo, l'inosservanza di tale prescrizione da parte degli arbitri non è causa di annullabilità del lodo, alla luce della previsione dell'art. 808-ter, comma secondo, n. 4¹⁹³.

¹⁹³ Salva l'impugnabilità del lodo sotto altro profilo, ossia come ipotesi di eccesso di mandato, ma solo nei limiti in cui l'inadempimento degli arbitri sia stato di tale gravità da impedire alle parti l'esercizio del diritto di difesa. Se questa, invece, è stata resa solo più disagiata, l'unico rimedio sarà quello della responsabilità per danni a carico degli arbitri, per violazione del dovere di diligenza nello svolgimento del mandato: cfr. G.F.RICCI, art. 815, in AA.VV. *Commentario*,

R) Per quanto riguarda il procedimento, l'art. 816-*bis* detta un modulo che, per genericità e carattere del tutto informale, è certamente applicabile anche all'arbitrato irrituale. E' appena il caso di osservare che la soluzione positiva è diretta conseguenza della configurazione - proposta in questa sede - dell'arbitrato irrituale in termini di procedimento, ossia di sequela procedimentale di atti concatenati volti al risultato finale: una decisione, anche se destinata a rimanere priva di effetti di sentenza statutale.

Ed invero, come si è già detto, le parti sono pienamente libere di stabilire, nella convenzione d'arbitrato od anche in atto separato (ovviamente anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, individuabile nella notificazione dell'atto introduttivo¹⁹⁴), le norme che gli arbitri sono tenuti ad osservare nel procedimento od anche la lingua dell'arbitrato e, in mancanza, possono provvedervi gli stessi arbitri. Nell'ipotesi di mancata determinazione, saranno applicabili le norme di rito, nei limiti della compatibilità con la natura dell'istituto, secondo l'impostazione del presente studio.

Così, anche nell'arbitrato irrituale dovrà essere attuato il principio del contraddittorio, nell'articolazione delineata dal legislatore, ossia mediante il riconoscimento alle parti di *ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*¹⁹⁵.

Le parti, poi, potranno certamente avvalersi della difesa tecnica di un difensore, al quale potrà essere conferita procura, che, in

diretto da E.Carpi, 2a ed., Bologna, 2007, 352; cfr., pure CECHELLA, *La "sede" dell'arbitrato*, in *Riv.arb.*, 2001, 199.

¹⁹⁴ Così GHIRGA, *Commento* all'art. 816 *bis*, in *Riforma del diritto arbitrale*, a cura di Menchini, in *Le nuove leggi civ.comm.*, 1258.

¹⁹⁵ Espressione più puntuale della generica previsione che figurava nel testo previgente dell'art. 816 c.p.c., che faceva obbligo agli arbitri di *assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche*.

mancanza di limitazione, avrà lo stesso ambito previsto per l'arbitrato rituale dalla disposizione di cui al comma primo.

In mancanza di procura, il difensore non potrà procedere alla nomina dell'arbitro che pur non essendo - neppure nella forma arbitrale in esame - atto di straordinaria amministrazione, siccome negozio meramente esecutivo della volontà espressa dalle parti nella convenzione d'arbitrato, è nondimeno atto di diritto sostanziale, spettante personalmente alla parte e realizzabile dal suo rappresentante solo in quanto sia munito di mandato speciale¹⁹⁶. In caso di nomina effettuata dal difensore che ne sia privo, il vizio di difetto di procura può essere sanato mediante ratifica a norma dell'art. 1399 c.c., con la stessa forma prescritta per la conclusione dell'atto¹⁹⁷. Anche nella forma arbitrale in esame i poteri di rappresentanza si estendono oltre la conclusione del procedimento, potendo il difensore essere destinatario della comunicazione della notificazione del lodo e della notificazione della sua impugnazione.

Nessun problema applicativo pongono poi le norme di cui ai commi secondo e terzo, relative rispettivamente al potere, conferibile dalle parti o dagli altri arbitri al presidente del collegio arbitrale, di emanare le ordinanze (revocabili) riguardanti lo svolgimento del procedimento ed alla forma, che, di regola, deve assumere il provvedimento arbitrale che decida sulle questioni insorte nel corso del procedimento, ove gli arbitri non intendano provvedere con lodo non definitivo.

¹⁹⁶ Così CECHELLA, *op.cit.*, 1213. In tal senso, cfr. Cass. 26.9.1997, n. 9453.

¹⁹⁷ Cfr. CECHELLA, *op.cit.*, 1213.

7.1.-Le norme sull'istruzione probatoria.

Per quanto riguarda la norma di cui all'art. 816-ter in tema di istruzione probatoria, i pareri della dottrina sono discordi.

Alcuni Autori hanno sostenuto che non sarebbe corretto diversificare la disciplina dell'istruzione probatoria a seconda che l'arbitrato sia rituale o libero. Se connotato di entrambi è la processualità, oltre che l'attitudine a definire la controversia mediante un giudizio, non vi sarebbe ragione di escludere l'applicabilità dell'art. 816-ter per il solo fatto che le parti hanno convenuto che la determinazione arbitrale non abbia gli effetti del lodo-sentenza. Dovrebbe, in particolare, ritenersi consentito agli arbitri liberi di avvalersi dell'assistenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, con la forma del ricorso al presidente del tribunale, ai sensi dell'art. 816-ter, nel caso in cui un testimone rifiuti di comparire; e di rivolgere informazioni scritte alla pubblica amministrazione, potere esercitabile da qualunque arbitro, rituale o libero che sia, non diversamente da qualunque altro privato¹⁹⁸.

In senso contrario si sono, invece, espressi altri Autori¹⁹⁹, specie in ragione dell'asserita incompatibilità con l'arbitrato irrituale delle norme in tema di proroga del termine per la pronuncia del lodo, di cui all'art. 820 c.c., e dell'assunto che gli arbitri liberi sono tenuti a rendere la decisione nel termine pattiziamente fissato, senza potersi avvalere dei periodi di proroga concessi dallo stesso art. 820 c.p.c. e, più esattamente, della disposizione di cui al comma quarto, lett. a), per il caso di assunzione di mezzi di prova.

¹⁹⁸ In senso favorevole all'integrale applicazione dell'art. 816-ter SASSANI, *op.cit.*, 37 ss.; TOTA, *op.cit.*, 561; SANGIOVANNI, *op.cit.*, 879.

¹⁹⁹ Cfr. BIAVATI, *op.cit.*, 1185; v. anche NELA, *op.cit.*, 1648, nota 55, che, muovendo dalla pretesa incompatibilità con l'istituto arbitrale *de quo* delle norme sul termine per la pronuncia del lodo (stante che il rapporto parti-arbitri irrituali comporta che gli arbitri debbano rendere la decisione entro il termine fissato dalle parti, senza avvalersi delle lunghe proroghe concesse... dal nuovo art. 820 c.p.c.), reputa inapplicabile il comma 4 dell'art. 820 c.p.c.

Alla stregua delle precedenti considerazioni in merito alla natura dell'arbitrato libero ed alle particolarità dell'istituto si ritiene che debba darsi preferenza all'orientamento negativo.

Infatti, le esigenze di speditezza e di massima semplificazione che caratterizzano la fisionomia dell'arbitrato irrituale non tollerano lungaggini di sorta - oltre a quelle strettamente fisiologiche - nello svolgimento delle operazioni arbitrali. Non potrebbero, certo, ritenersi fisiologiche quelle connesse alla necessità di esperire un ricorso all'a.g.o. ovvero all'imposizione di periodi di sospensione o di proroga previsti per l'arbitrato rituale dai menzionati artt. 816-ter, comma 4, e 820, comma 4, lett. a).

A sostegno della tesi contraria non potrebbero opporsi le difficoltà paralizzanti alle quali, in caso di renitenza dei testi, andrebbero incontro gli arbitri nell'espletamento del mandato, ove non fosse loro consentito di avvalersi dell'assistenza dell'autorità giudiziaria. L'opzione in favore dell'arbitrato irrituale - se si vuole davvero che tale forma arbitrale abbia ancora un senso - implica rinuncia alle ordinarie garanzie offerte dalla forma rituale, in cambio di maggiore duttilità e speditezza. Le parti che deferiscono agli arbitri liberi la soluzione della controversia accettano l'alea che, in caso di rifiuto a comparire, i testimoni non possano essere costretti con le forme del rito ordinario. E' ragionevole, allora, ritenere che la consapevolezza di tale rischio consiglierà di optare per l'arbitrato rituale tutte le volte in cui la soluzione della controversia postuli, prevedibilmente, l'istruttoria del procedimento a mezzo testimoni; e di optare per la forma irrituale ove la detta soluzione possa essere affidata all'esito di altri mezzi di prova.

Nessun dubbio, inoltre, sembra ragionevolmente prospettabile sulla possibilità che gli arbitri irrituali assumano testimoni

consenzienti, anche richiedendo loro risposte scritte, oppure farsi assistere da consulenti tecnici.

Ma tutto questo deve svolgersi senza formalità o ritardi, in tempi comunque non eccedenti quelli ragionevolmente necessari al disimpegno delle relative incombenze.

Nulla esclude, poi, che anche gli arbitri, *uti privati cives* e senza pretesa di ottenere una risposta, possano rivolgere richiesta di informazioni scritte alla pubblica amministrazione.

7.2.-L'arbitrato con pluralità di parti.

Si discute sull'applicabilità dell'art. 816-*quater*, in tema di arbitrato con pluralità di parti.

Nessuna ragione appare ostativa all'applicazione analogica dei primi due commi dell'articolo in esame: il primo, relativo alle ipotesi di *simultaneus processus* nei confronti di più parti, ove siano vincolate dalla stessa convenzione arbitrale; il secondo, relativo alla scindibilità del procedimento avviato nei confronti di più parti, al di fuori dei casi previsti nel comma precedente.

Non sembra, infatti, che possa esservi incompatibilità concettuale tra la scelta dei compromettenti in favore di una definizione della lite mediante determinazione contrattuale e la pluralità degli stessi compromettenti con la conseguente struttura multiparti dell'arbitrato. In tale ipotesi, ove siano soddisfatte le esigenze di garantire la parità delle parti nell'esercizio del potere di nomina del collegio arbitrale e la conseguente imparzialità dello stesso (esigenze che sostanziano la *ratio* delle disposizioni in esame), potrà ritenersi consentito lo svolgimento di un simultaneo arbitrato irrituale con pluralità di parti ovvero la scissione del procedimento avviato da una parte in distinti procedimenti ove non ricorrano le condizioni positivamente previste.

Più problematica, invece, è l'applicabilità della norma di cui all'ultimo comma, secondo la quale ove non si verifichi l'ipotesi prevista dal primo comma e si versi in caso di litisconsorzio necessario, l'arbitrato è improcedibile.

Ed invero, la fattispecie processuale del litisconsorzio necessario, che non abbia trovato riscontro in sede di simultaneo processo di cui al comma 1, non può comportare improcedibilità dell'arbitrato libero, in ragione dell'inidoneità del lodo irrituale, stante la natura negoziale, a

riverberare i suoi effetti sulla posizione del terzo, che, pur essendo titolare della stessa situazione sostanziale oggetto di lite, non abbia aderito alla convenzione di arbitrato ovvero, pur avendovi aderito, non abbia poi prestato adesione all'accordo per la nomina degli arbitri.

E' escluso, in altri termini, che una determinazione contrattuale - diversa, per sua precipua natura, dall'accertamento giurisdizionale²⁰⁰ - possa produrre effetti (eventualmente, solo riflessi) *ultra partes*, in pregiudizio, oltreché di terzi titolari di diritti autonomi (connessi con quello dedotto in giudizio), dei litisconsorti necessari pretermessi; donde l'inapplicabilità della sanzione dell'improcedibilità, che, nella forma dell'arbitrato rituale, è volta proprio a presidiare gli interessi del litisconsorte pretermesso, il quale, non avendo sottoscritto la convenzione arbitrale o non avendovi, poi, sostanzialmente aderito, mediante partecipazione alla nomina degli arbitri, sarebbe esposto ad eventuali effetti pregiudizievoli della pronuncia arbitrale emessa nei confronti di altri litisconsorti.

D'altronde, proprio per l'oggettiva inidoneità a pregiudicare i diritti dei terzi il lodo contrattuale non è soggetto all'impugnazione per opposizione di terzo²⁰¹.

Problemi si pongono anche in ordine all'applicabilità degli artt. 816-*quinquies* (*intervento di terzi e successione nel diritto controverso*) e 816-*sexies* (*morte, estinzione o perdita di capacità della parte*).

²⁰⁰ Al quale è, invece, equiparabile - anche a voler negare la diretta applicabilità dell'art. 2909 c.c. - l'accertamento contenuto nel lodo rituale non più impugnabile, tanto da essere preclusivo di qualsivoglia diverso accertamento da parte di qualsiasi altro giudice o arbitro (e quindi irretrattabile) cfr. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte Costituzionale*, nota a sent. Corte Cost. 28.11.2001, n. 376, in *Giust.civ.*, 2001, 1, 2889.

²⁰¹ Cfr. TOTA, *op.cit.*, 562.

Per quanto riguarda il primo articolo, non si ravvisano ragioni ostative all'applicabilità all'arbitrato irrituale della norma di cui al comma 1, secondo cui l'intervento volontario o la chiamata in arbitrato di un terzo sono ammessi solo con l'accordo del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri.

In mancanza di accordo o di consenso, l'essenza precipua dell'arbitrato libero porta ad escludere la possibilità dell'intervento del terzo²⁰².

La stessa natura dell'istituto rende, invece, inapplicabile la disposizione dei commi 2 e 3 (relativi, il primo, all'intervento previsto dal secondo comma dell'art. 105 ed all'intervento del litisconsorte necessario; il secondo, alla successione a titolo particolare nel rapporto controverso di cui all'art. 111 c.p.c.).

Ed invero, quanto all'intervento adesivo, la dimensione negoziale dell'arbitrato irrituale non consente la generalizzata ammissibilità dell'intervento del terzo, che, nell'arbitrato rituale, è legittimata dall'avverbio *sempre*, che figura nel testo normativo. La prescrizione in esame si conforma, infatti, con l'enunciazione dell'art. 824-bis, secondo cui *il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*. La sua *ratio* appare, invero, direttamente connessa alla particolare efficacia del lodo rituale - equiparata a quella della sentenza - in ragione della quale non è possibile precludere ai terzi, che possano subire qualche effetto giuridico dalla decisione, il diritto di interloquire nel procedimento, pena la violazione di garanzie di rango costituzionale²⁰³.

²⁰² Così, BIAVATI, *op.cit.*, 1186.

²⁰³ Così SALVANESCHI, *Commento* all'art. 816-quinquies in *La riforma del diritto arbitrale a cura di Menchini*, in *Le nuove leggi civ.comm.*, 2007, 1296.

Per quanto riguarda l'intervento del litisconsorte necessario e la fattispecie processuale di cui all'art. 111, ragioni identiche a quelle sopra indicate, con riferimento all'ipotesi della pluralità delle parti, inducono, poi, ad escludere l'applicabilità delle norme di cui ai commi 2 e 3 del menzionato art. 816-*quinquies*. Si tratta, infatti, di norme che postulano la vincolatività diretta o riflessa - ex artt. 2909 c.c. e 404 c.p.c. - della decisione arbitrale anche nei confronti di talune categorie di terzi (litisconsorti pretermessi, aventi causa a titolo universale o particolare, titolari di situazioni legate a quella dedotta in giudizio da nessi di pregiudizialità e/o dipendenza), ove, invece, il regime di efficacia del lodo libero presenta maggiori assonanze con quello delineato dall'art. 1372 c.c, secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti e non produce effetto rispetto ai terzi se non *nei casi previsti dalla legge*.

Le stesse ragioni militano nel senso dell'inapplicabilità all'arbitrato irrituale dell'art. 816-*sexies* che, in caso di morte, estinzione e perdita di capacità della parte, prevede un meccanismo volto ad assicurare l'applicazione del principio del contraddittorio nei confronti dei successori o legali rappresentanti della parte venuta meno, sull'ovvio presupposto che gli stessi, ove non convenuti nel procedimento, potrebbero subire effetti pregiudizievoli dal lodo rituale, avente effetti di sentenza ai sensi dell'art. 824 *bis* e, dunque, potenzialmente capace di riverberare la sua efficacia, diretta o riflessa, anche nei loro confronti. Siffatto pericolo è, invece, escluso in caso di lodo libero, per definizione privo di tali effetti, donde l'inapplicabilità delle disposizioni in oggetto.

7.3.-Le altre norme.

Può *de plano* riconoscersi l'applicabilità degli artt. 816-*septies* (Anticipazione delle spese), 817 (Eccezione d'incompetenza) ed 817-*bis* (Compensazione), in conformità dell'interpretazione dottrina che ha ascritto le norme in questione nel novero di quelle pacificamente applicabili all'istituto in esame²⁰⁴.

La norma sull'anticipazione delle spese esprime una regola ordinativa od organizzativa che, inerendo al rapporto contrattuale intercorrente tra le parti e gli arbitri, non può che valere per ogni forma arbitrale, quale che sia la natura. L'identità di genesi negoziale che accomuna l'arbitrato rituale e quello libero dà sufficiente ragione della ritenuta applicabilità della disposizione in parola, avallata dal fondamento normativo di diritto sostanziale che la dottrina riconosce ad entrambe le voci nelle quali si articolano le spese considerate, ossia le anticipazioni sulle *spese vive* e gli acconti sull'onorario spettante agli arbitri per l'opera che essi devono prestare. I referenti normativi sono, infatti, ravvisati negli artt. 1719 e 2234 c.c., a seconda – rispettivamente – che il rapporto tra le parti e gli arbitri sia ricondotto alla fattispecie del mandato ovvero al paradigma del contratto avente ad oggetto una prestazione d'opera intellettuale²⁰⁵. L'identità di *ratio* di ciascuna erogazione – proprio perché ravvisabile in qualsiasi forma di arbitrato - rende valido il richiamo all'anzidetta disciplina sostanziale per l'individuazione della base giustificativa dell'onere della corresponsione anche in caso di arbitrato irrituale e per l'estensione allo stesso, in forza della ritenuta applicabilità dell'art.

²⁰⁴ Cfr. SASSANI, *op.cit.*, 37.

²⁰⁵ Cfr., tra gli altri, VERDE in AA.VV, *Diritto dell'arbitrato*, III ed., a cura di Verde, Torino, 2005, 145; BRIGUGLIO, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 81.

816-*septies*, della disciplina degli effetti dell'omessa anticipazione, a mente del disposto del comma 2²⁰⁶.

Per quanto riguarda l'art. 817, la ritenuta applicabilità trova ragione giustificativa nella natura spiccatamente procedimentale che deve riconoscersi all'arbitrato libero.

Il principio della *kompetenz-kompetenz* sancito dal comma 1, secondo cui gli arbitri decidono sulla propria competenza, deve ritenersi, invero, operante anche per l'istituto in esame.

La norma di cui al comma 2 detta una regola di ordine processuale, volta ad assicurare, secondo il meccanismo della preclusione, un ordinato e corretto svolgimento procedimentale, rispetto al quale non v'è ragione per negarne l'applicabilità all'arbitrato libero, che, pur esso, è oramai procedimento finalizzato ad una decisione.

Nulla quaestio, infine, in ordine al disposto del comma 3 - sul quale, del resto, è stata modulata la previsione dell'art. 808-*ter*, comma 2, n. 1), parte seconda - relativamente all'onere della parte di eccepire, nel corso del procedimento arbitrale che le conclusioni di controparte esorbitino dai limiti della convenzione.

La riconosciuta natura di *decisione* del lodo libero vale, poi, a spiegare l'applicabilità dell'art. 817-*bis* in tema di compensazione. La *ratio* di economia processuale sottesa all'estensione della cognizione arbitrale anche all'eccezione di compensazione, sia pure nei limiti del valore della domanda²⁰⁷, *anche se il controcredito non è compreso nell'ambito della convenzione di arbitrato*, vale a superare qualsivoglia, ipotetica, remora al riguardo.

²⁰⁶ *Se una delle parti non presta l'anticipazione richiestale, l'altra può anticipare la totalità delle spese. Se le parti non provvedono all'anticipazione nel termine fissato dagli arbitri, non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale.*

²⁰⁷ Ad evidente tutela della parte istante.

Per quanto riguarda le disposizioni dell'art. 819 (sulle *questioni pregiudiziali di merito*) nessun dubbio - stante la natura di decisione del *dictum* degli arbitri liberi, pur se privo degli effetti di sentenza - può ragionevolmente prospettarsi in merito all'applicabilità della norma di cui al comma 1, sul potere degli arbitri di risolvere *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*, con la sola esclusione dell'ipotesi in cui le stesse, per legge, debbano essere decise con efficacia di giudicato. Nessun limite, tranne quelli imposti dalle parti o dalla legge, può infatti incontrare il potere decisionale degli arbitri, anche irrituali, in ordine a qualsiasi questione che abbia rilievo pregiudiziale in rapporto al tema della controversia.

Appare, invece, evidente l'inapplicabilità della norma di cui al comma 2, sulla decisione con efficacia di giudicato di questioni pregiudiziali su domanda di una o di tutte le parti (a seconda, rispettivamente, se le dette questioni vertano su materie che possono essere oggetto di convenzione di arbitrato o su questioni che non sono comprese nella stessa convenzione). Ed invero, l'inidoneità del lodo irrituale al giudicato sostanziale vale ad escluderne l'applicabilità; diversamente, non si riuscirebbe ad intendere come gli arbitri irrituali, chiamati a risolvere una controversia con decisione i cui effetti sono quelli di un contratto e non già di una sentenza, possano poi decidere con effetti di giudicato tra le parti - anche se su richiesta di tutte - questioni di merito aventi rilievo pregiudiziale, persino esorbitanti dal *thema decidendum*²⁰⁸.

²⁰⁸ In questo senso cfr. SASSANI, *op.cit.* 37; per la contraria opinione, cfr. TOTA, *op.cit.* 563.

Parimenti inapplicabile va ritenuta la norma di cui all'art. 819-*bis* sulla sospensione, in quanto incompatibile con le esigenze di celerità dell'arbitrato irrituale²⁰⁹.

²⁰⁹ Cfr., SASSANI, *op.cit.* 37.

7.4.-L'eccezione di compromesso.

Particolarmente delicato è il problema relativo al regime dell'*exceptio compromissi* nell'arbitrato irrituale, da affrontare, come è ovvio, alla luce della nuova disciplina dell'art. 819-ter.

L'argomento è di notevole rilievo, in quanto si inserisce nel problematico rapporto arbitri-giudice ordinario²¹⁰ e - anche in ragione di siffatto inquadramento - ha sempre, fortemente, risentito della configurazione giuridica di volta in volta attribuita all'arbitrato irrituale ed ai suoi effetti.

A fini di una corretta impostazione dell'argomento e della soluzione del correlato quesito dell'applicabilità della menzionata novella all'eccezione in esame, è ancora una volta utile il richiamo alla pregressa elaborazione giurisprudenziale e dottrinarica.

7.4.1.-L'elaborazione precedente.

La giurisprudenza maturata in epoca antecedente, nel solco della dicotomia arbitrato rituale/arbitrato irrituale, si è da sempre attestata sulla netta divaricazione del regime processuale applicabile all'eccezione nelle due forme arbitrali.

Ed infatti, alla lettura interpretativa, che, in assoluta prevalenza, optava per la qualificazione dell'eccezione di compromesso rituale in termini di eccezione di incompetenza²¹¹ si contrapponeva la tesi secondo cui la questione relativa all'esistenza di un compromesso per

²¹⁰ L'individuazione di tale rapporto, sia nell'elaborazione dottrinarica che nell'interpretazione giurisprudenziale, ha sempre risentito del dilemma *contrattualità-giurisdizionalità* e con esso della contrapposizione arbitrato rituale-arbitrato irrituale: così PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 117.

²¹¹ Cfr., tra le altre, SS.UU., 2.4.1984, n. 2149; Cass. SS.UU., 7.2.1987, n. 1303; Cass. 20.5.1997, n. 4474; id. 8.2.1999, n. 1079, in *Foro it.*, 2000, I, 2307 e segg., con nota di DE SANTIS; Cass., SS.UU., ord. 23.2.2000, n. 15.

arbitrato irrituale esulava dall'area concettuale della competenza - ed *a fortiori* della giurisdizione - per attenere ad un diverso ambito processuale.

E' significativo che questa netta demarcazione sia venuta progressivamente assottigliandosi fino a dissolversi quasi del tutto all'indomani della nota *svolta negoziale* della giurisprudenza di legittimità²¹².

Il processo di evoluzione dell'istituto - che, muovendo da una netta differenziazione di regime nelle due forme arbitrali è, poi, approdato ad un progressivo avvicinamento sino a sostanziale sovrapposizione - rende opportuna un'indagine retrospettiva con riferimento a ciascuna di esse. Nella prospettiva della ricostruzione *storica* potrà meglio apprezzarsi l'impatto della novella su tale approdo interpretativo, che, consolidatosi sulla scia di conformi pronunce del Supremo Collegio, nella sua più autorevole espressione (a Sezioni Unite), rischiava di diventare *diritto vivente*.

Ben più articolato era il panorama dottrinario²¹³, nelle interminabili divergenze indotte dalle diversificate opzioni concettuali sulla natura dell'arbitrato irrituale e, in generale, dalle contrastanti ricostruzioni teoriche in tema di rapporti fra giudice ed arbitro.

Autorevole voce dottrina aveva, già da tempo, sostenuto che, in ragione del comune fondamento privatistico dell'istituto arbitrale, l'eccezione di compromesso irrituale, al pari di quella per arbitrato rituale, andasse configurata come eccezione di improponibilità od inammissibilità della domanda, al di fuori in entrambi i casi dall'area concettuale della competenza²¹⁴. Nel generalizzato diniego dell'inquadrabilità della questione in oggetto come eccezione di

²¹² Cfr. Cass. Sez.Un. n. 527/2000, cit.

²¹³ Sinteticamente puntualizzato nel prosieguo.

²¹⁴ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 142, Padova, 2000, I e II, 142 ss.

competenza o di giurisdizione, le oscillazioni riguardavano la configurabilità come questione preliminare di merito, idonea a definire il giudizio *in limine litis*, o di questione processuale di rito²¹⁵.

7.4.2.-L'eccezione di compromesso per arbitrato rituale.

Come si è anticipato, la linea interpretativa di gran lunga prevalente condivideva l'assunto secondo cui l'*exceptio compromissi* attenesse alla sfera della competenza, alla luce di una particolare configurazione del rapporto arbitri-giudice ordinario.

In passato, infatti, era diffuso il convincimento che l'arbitrato dovesse considerarsi alla stregua di un mezzo sostitutivo della giurisdizione ordinaria, nel cui alveo l'epilogo decisionale (il lodo) era destinato a confluire in virtù di riscontro di legittimità da parte dell'autorità giudiziaria nonché della successiva, eventuale, impugnazione.

Le implicazioni pratiche di siffatto, prevalente, orientamento erano le seguenti:

- l'eccezione diretta a far valere l'esistenza di un accordo compromissorio, in considerazione dell'origine pattizia della competenza arbitrale, era assimilabile all'eccezione di incompetenza per territorio derogabile, intesa come espressione di un più generale principio informatore delle deroghe convenzionali alla competenza;
- per l'effetto, era assoggettata, secondo la prevalente giurisprudenza, alla relativa disciplina: doveva, dunque, essere sollevata *in limine litis*

²¹⁵ CECHELLA, in AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di CECHELLA, 80 ss., Torino, 2005, 77 ss.; BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, in *Riv.arb.*, 2002, 515; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, Padova, 2004, 172 ss.

a norma dell'art. 38, comma 2, e cioè nel primo atto difensivo del giudizio di primo grado²¹⁶;

- la sentenza pronunciata dal giudice ordinario sull'eccezione di compromesso era qualificata sentenza sulla competenza, come tale impugnabile con regolamento di competenza (a seconda dei casi, necessario o facoltativo, ai sensi degli artt. 42 e 43 c.p.c.);

- allo stesso modo, la sentenza che, in sede di impugnazione per nullità, avesse deciso sulla *potestas iudicandi* degli arbitri era considerata pur essa sentenza sulla competenza, impugnabile con ricorso per regolamento di competenza²¹⁷;

- in sede di procedimento monitorio, l'eccezione di incompetenza del giudice ordinario (per l'esistenza di accordo *compromissorio* relativo ad un rapporto di credito) consentiva di ottenere la revoca del decreto ingiuntivo e la devoluzione del giudizio agli arbitri; all'uopo, doveva essere proposta nell'atto di opposizione all'ingiunzione, restandone preclusa la deduzione all'udienza di prima comparizione²¹⁸;

- affermato il principio secondo cui, ai fini dell'assolvimento dell'onere processuale, era necessaria la proposizione nel primo atto difensivo, era ritenuto irrilevante che l'eccezione d'incompetenza fosse stata proposta dopo o persino subordinatamente ad altre eccezioni²¹⁹ oppure fosse stata erroneamente formulata²²⁰;

²¹⁶ Cfr., tra le altre, Cass. 28.9.1989, n. 5181; in senso contrario l'isolata Cass. 17.11.1979, n. 5981, che ammetteva l'eccezione durante tutto il corso del procedimento di primo grado.

²¹⁷ Peraltro, la ritenuta applicabilità ai rapporti giudice-arbitro della disciplina delle questioni di competenza non era stata intesa in senso integrale, dal momento che: *a*) si era esclusa l'esperibilità del regolamento di competenza contro il lodo (stante la tassatività dell'elencazione contenuta nell'art. 827 c.p.c.); *b*) si era ritenuto che la sentenza dichiarativa dell'incompetenza del giudice ordinario in virtù dell'asserita operatività della convenzione arbitrale non fosse vincolante per gli arbitri (nei cui confronti non era ipotizzabile alcuna prosecuzione del processo); *c*) si era esclusa, altresì, la possibilità di una trasmigrazione della causa dal giudice ordinario agli arbitri (e viceversa), in ragione dell'eterogeneità del processo arbitrale rispetto a quello ordinario e della conseguente ravvisata impossibilità di fare riferimento al concetto di unità del rapporto processuale, che giustificava, invece, la prosecuzione del processo fra giudici ordinari.

²¹⁸ Cfr. Cass. 21.7.1988, n. 4723.

²¹⁹ Cfr. Cass. 3.2.1976, n. 348.

²²⁰ Cfr. Cass. 7.4.1954, n. 1076.

- non era necessaria, inoltre, l'immediata e contestuale esibizione della scrittura recante il patto compromissorio, rilevante, piuttosto, ai fini della valutazione del fondamento dell'eccezione; alla relativa produzione la parte avrebbe potuto provvedere nel corso del giudizio di primo grado, purché anteriormente alla decisione giudiziale sulla competenza;
- non era necessaria la prova dell'instaurazione del giudizio arbitrale, sicché non avrebbe dovuto essere provata neppure l'accettazione degli arbitri²²¹;
- l'eccezione era espressamente o tacitamente rinunciabile, nel senso che la parte, con dichiarazione *ad hoc* od attraverso la prosecuzione della lite innanzi al giudice ordinario, poteva revocare la competenza arbitrale.

A tale interpretazione si era contrapposto un cospicuo filone giurisprudenziale²²², che, considerando l'arbitrato come un procedimento di natura privatistica, volto ad ottenere una soluzione della controversia sul piano squisitamente negoziale, era giunto alla conclusione che gli arbitri non potevano, in alcun modo, ritenersi legittimati allo svolgimento di una funzione sostitutiva della giurisdizione ordinaria e che, pertanto, il contrasto circa l'attribuzione di una determinata controversia al giudice ordinario od agli arbitri non determinava l'insorgenza di una questione di competenza, ma di una questione di merito, attinente all'invalidità, efficacia e/o interpretazione dell'accordo compromissorio. La principale conseguenza di siffatta impostazione era consistita nella ritenuta inammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che avesse pronunciato sull'eccezione di

²²¹ Cfr. Cass. 9.11.1982, n. 1519.

²²² Cfr., *ex multis*, Cass., 3.10.1977, n. 4188; Cass., 4.9.1984, n. 4758; Cass., 22.12.1986, n. 7838; Cass., 25.9.1990, n. 9694.

compromesso o che, in sede di impugnazione ai sensi dell'art. 827 c.p.c., avesse dichiarato la nullità del lodo per motivi riguardanti la *potestas iudicandi* degli arbitri²²³.

La tesi giurisprudenziale che riconosceva all'*exceptio compromissi* natura di eccezione di incompetenza relativa era criticata in dottrina da chi opinava che l'accordo compromissorio costituisse il fondamento di un'eccezione avente carattere sostanziale, diretta ad impedire l'ingresso del giudizio davanti al giudice statale²²⁴.

²²³ Altre implicazioni ricollegabili a tale indirizzo giurisprudenziale erano: la qualificazione dell'eccezione volta a far valere l'esistenza di un patto compromissorio per arbitrato rituale come un'eccezione di merito (non soggetta ai limiti temporali previsti per l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile ma sottoposta alle preclusioni proprie delle eccezioni di natura sostanziale) e la negazione della possibilità di configurare una questione di giurisdizione in senso tecnico nei rapporti tra arbitri e giudice amministrativo, facendone derivare l'inammissibilità del regolamento di giurisdizione (cfr. Cass. 15.5.2009, n. 11301 sulla configurabilità, anche di recente, come questione di merito - in quanto relativa alla validità del compromesso - della questione relativa alla capacità degli arbitri di conoscere una controversia per essere la stessa devoluta al giudice al giudice amministrativo).

²²⁴ Cfr. SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova 2000, 1054; per REDENTI, in *Diritto*, III, 453, si tratta, invece, di eccezione pregiudiziale di improponibilità od improcedibilità dell'azione; nel senso di eccezione di difetto assoluto di giurisdizione: cfr. FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 10; BERNARDINI, *L'arbitrato*, 67; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, III ed., Milano 2000, 311, con la precisazione, tuttavia, che quanto al regime - dovendo essere proposta prima di ogni altra richiesta, a pena di decadenza - essa andava assimilata all'eccezione di difetto di giurisdizione, prevista ora dall'art. 11 l. n. 218/1995. Tale impostazione non ha trovato riscontro nella recente giurisprudenza di legittimità (successiva alla nota sentenza n. 527/2000), la quale ha più volte affermato che la questione della deferibilità o meno agli arbitri di una determinata controversia é da considerarsi non già una questione di competenza bensì di merito, in quanto direttamente inerente alla validità od all'efficacia od all'interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria (cfr. Cass. 9.6.2005, n. 12124; Cass. Sez.Un. 25.6.2001, n. 9289, in *Riv. arb.* 2002, 511, con nota di BRIGUGLIO, il quale, nel rilevare come *il carattere di merito dell'eccezione non sia l'immediata e imprescindibile conseguenza della ritenuta natura negoziale dell'arbitrato*, evidenzia i problemi pratici e di tenuta della nuova soluzione adottata dalla Suprema Corte rispetto ad altri elementi del sistema). Conseguentemente, l'eccezione di compromesso non sarebbe sottoposta ai limiti temporali previsti dall'art. 38, comma 2, dovendo invece essere equiparata ad una eccezione di merito (secondo la prevalente giurisprudenza, non rilevabile d'ufficio). Per vero, l'esperibilità del regolamento di competenza risultava, in passato, già ben delimitata: mentre era pacificamente ammessa avverso la decisione giudiziale sulla questione di competenza (Cass. SU 2.4.1984, n. 2149, Cass. 8.7.1996, in *Riv. Arb.* 1997, 325, con nota di VACCARELLA; Cass. 7.4.1997 n. 3001, in *Riv. arb.* 1997, 515, con nota di LUISO) (ed in sede di regolamento di competenza la Cassazione aveva poteri di indagine e di valutazione dei fatti di causa - senza essere vincolata dalla decisione del giudice del merito - nonché dell'ambito di applicazione della clausola compromissoria: cfr. Cass. 8.4.1981, n. 1995); la giurisprudenza unanime negava l'esperibilità del regolamento in questione avverso la decisione degli arbitri concernente la loro competenza (ovvero del regolamento ex art. 41 nei casi in cui si ponesse una questione di giurisdizione), stante soprattutto la peculiarità e tassatività dei mezzi di impugnazione.

7.4.3.-L'eccezione di compromesso per arbitrato irrituale.

Nettamente diversa era, invece, l'impostazione teorica del quesito riguardante la natura dell'eccezione in esame.

La relativa questione era ritenuta del tutto estranea all'area concettuale della competenza e, ovviamente, della giurisdizione²²⁵, riguardando il diverso profilo della proponibilità della domanda²²⁶, sul riflesso che la stipula del patto compromissorio per arbitrato libero comportava rinuncia convenzionale all'azione ed alla tutela giurisdizionale, per il solo fatto che i contraenti avessero optato per la risoluzione negoziale della controversia in luogo della via giurisdizionale ordinaria²²⁷.

Corollari di tali premesse erano:

²²⁵ Cfr., tra le altre, Cass. Sez. Un. 22.4.1994, n. 3817; id. Sez.Un. 27.4.1993, n. 4914, in *Foro It.* 1994, I, 1534, con nota di VIDIRI.

²²⁶ Cfr., tra le altre, Cass., 21.12.1995, n. 13023, secondo cui *l'eccezione con la quale si deduca l'esistenza di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, non comporta deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria - come si verifica invece nel caso di clausola compromissoria per arbitrato rituale - ma attiene alla sola proponibilità della domanda, onde essa non è vincolata ai limiti propri dell'eccezione di incompetenza e può essere fatta valere in ogni momento del giudizio secondo le regole proprie dell'eccezione sostanziale, senza che l'eventuale ritardo nella sua formulazione possa di per sé integrare una rinuncia tacita, salva tuttavia l'ipotesi di atti incompatibili con la volontà di avvalersi del compromesso, quali la deduzione per la prima volta in sede di legittimità della clausola arbitrale, senza mai aver manifestato in alcun modo nelle precedenti fasi del giudizio la volontà di avvalersi del compromesso, non facendo neppure cenno della sua esistenza; nel sistema precedente alla novella codicistica del 1990 era proponibile per tutto il giudizio di merito ma non per la prima volta in sede di legittimità (cfr. Cass. 14.11.2002, n. 16044, id., 24.3.1999, n. 2775; id., 21.12.1995, n. 13023).*

²²⁷ Cfr. Cass. Sez. Un. 14.11.2002, n. 16044 secondo cui *non comporta una questione di giurisdizione la deduzione della esistenza di un compromesso o di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, da essa derivando, invece, l'improponibilità della domanda per rinuncia all'azione, atteso che, con l'arbitrato irrituale, è demandato agli arbitri lo svolgimento di un'attività negoziale in sostituzione delle parti, e non certo l'esercizio di una funzione giurisdizionale; id. Sez.Un. 23.11.1984, n. 6048. Cfr., pure, Cass., 26.10.1996, n. 9357, secondo cui la clausola compromissoria per arbitrato irrituale, comportando il mandato all'arbitro dell'espletamento di una attività negoziale in sostituzione delle parti e non dell'esercizio di una funzione di natura giurisdizionale, non dà luogo né a difetto di giurisdizione, né a difetto di competenza, ma determina soltanto l'improponibilità della domanda per rinuncia convenzionale all'azione. In dottrina, cfr. VASETTI, *Arbitrato irrituale*, 848 e, soprattutto, FAZZALARI, *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, voce del *Dig.Disc.Priv. sez.civ.*, Torino, 1987, II, 389 ss., spec. 404 ss.; PUNZI, *op.cit.*, 63; ID, *Arbitrato: Arbitrato rituale e irrituale*, voce dell'Enc.Giur.Treccani, 1995, 21.*

- l'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, in quanto la relativa questione era estranea alla sfera dei poteri giurisdizionali od alla competenza del giudice adito²²⁸;
- l'eccezione aveva natura non processuale, ma sostanziale ed era tale da introdurre una questione preliminare di merito in ordine all'esistenza o meno della rinuncia alla giurisdizione²²⁹;
- non era sottoposta a termini di decadenza (previsti dall'art. 38)²³⁰ ed era proponibile per la prima volta in appello²³¹;
- contrariamente all'eccezione di incompetenza per arbitrato rituale, da sollevare *in limine litis* ex art. 38, comma 2, quella per arbitrato irrituale non era vincolata ai limiti propri dell'eccezione di incompetenza ed era proponibile in ogni momento del giudizio di merito, secondo le regole proprie dell'eccezione sostanziale, che ne precludevano la deduzione per la prima volta in sede di legittimità;
- la sentenza del giudice ordinario, impropriamente redatta in termini di affermazione o declinatoria della competenza, era pronunzia di merito impugnabile con i mezzi ordinari e non con il regolamento di competenza²³²;
- era affermato il principio secondo cui, ove il giudice di primo grado avesse dichiarato improponibile la domanda per l'esistenza di clausola compromissoria, senza entrare nel merito della controversia, il giudice di appello - che avesse, invece, ritenuto inesistente od invalida detta clausola - avrebbe dovuto trattenere la causa e deciderla nel merito, non ricorrendo alcuna delle ipotesi (tassativamente previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c.) di rimessione al primo giudice, posto che la sentenza

²²⁸ Cfr. Cass., SU, 22.4.1994, n. 3817.

²²⁹ Cfr. Cass., 14.4.2000, n. 4845; id., 3.10.1977, n. 4188.

²³⁰ Cfr. Trib.Roma 26.3.1994, in *Riv.arb.*, 1995, 457; secondo Trib.Milano 26.3.1995, 635, la stessa in applicazione dell'art. 180, comma 2, doveva essere proposta venti giorni prima della prima udienza di trattazione.

²³¹ Cfr. 18.2.1985, n. 1367.

²³² Cfr. 23.11.1987, n. 8610; id. Sez. Un. 27.4.1993, n. 4914.

di primo grado avrebbe dovuto essere intesa come *decisione sull'ammissibilità della domanda*²³³;

- non poteva, invece, operare il principio di assorbimento per connessione nella competenza del giudice ordinario della controversia deferita ad arbitri irrituali²³⁴;

- in ragione della sua natura negoziale, la decisione, resa in sede di arbitrato irrituale, non era impugnabile a mezzo di ricorso straordinario per cassazione, a mente dell'art. 111 Cost.²³⁵;

- la rinuncia alla tutela giurisdizionale, insita nel compromesso per arbitrato irrituale, escludendo l'applicazione della norma sulla connessione (art. 40 c.p.c.) alla controversia oggetto di compromesso, rendeva improponibile la domanda con la quale una delle parti avesse adito il giudice ordinario per ottenere la decisione di quella stessa controversia, anche quando fosse connessa con altra domanda di competenza del giudice adito²³⁶.

Secondo altra linea interpretativa affiorata in giurisprudenza, l'esistenza di un patto compromissorio irrituale doveva riconnettersi alla *manca di bisogno di tutela giurisdizionale* e, dunque, al temporaneo difetto di interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c.²³⁷. Tale linea di pensiero è stata sostenuta anche in dottrina da chi ha osservato che, in presenza di convenzione per arbitrato irrituale, il giudice deve declinare il suo potere decisorio, in quanto una decisione giurisdizionale della lite sarebbe prematura, essendo in corso una composizione negoziale della controversia, e che solo dopo l'intervenuta decisione l'organo giudicante potrebbe essere di nuovo investito di idonea domanda giudiziale, intesa, stavolta, a sottoporgli

²³³ Cass., 3.12.1994, n. 10396; id. 9.6.1987, n. 5037; id. 16.7.1985, n. 4183.

²³⁴ Cfr. Cass. 29.10.1983, n. 6439.

²³⁵ Cass., 10.6.1998, n. 5739.

²³⁶ Cass., 2.12.1992, n. 12859.

²³⁷ Cfr., tra le altre, Cass. 10.4.1990, n. 2987.

la questione relativa a diritti delle parti *così come transatti oppure ridefiniti dal lodo-negozio*. Di talché, di fronte alla particolare forma arbitrale, sarebbe più corretto parlare non già di una declinatoria per rinuncia alla giurisdizione, ma di declinatoria per prematurità della prestazione giurisdizionale, mediante *absolutio ab instantia* o rigetto in rito, da esprimersi nella formula del difetto, allo stato, di bisogno di tutela giurisdizionale o dell'interesse ad agire²³⁸.

Nondimeno, per lungo tempo ha resistito il convincimento che l'eccezione di compromesso per arbitrato irrituale fosse configurabile come eccezione sostanziale attinente al merito e non già al rito²³⁹.

Sul versante del regime processuale l'eccezione anzidetta è stata qualificata come eccezione riservata alla parte, dunque non rilevabile *ex officio*²⁴⁰ - e, come si è detto - non vincolata ai limiti temporali dell'eccezione di incompetenza, propri invece dell'eccezione di compromesso rituale²⁴¹, e suscettibile di rinuncia tacita²⁴².

Nel sistema antecedente alla riforma del processo civile del 1990, il divario tra il regime processuale dell'eccezione di compromesso irrituale e quello dell'eccezione di compromesso rituale era, quindi, ben marcato in quanto si riteneva che la questione relativa all'esistenza di un compromesso irrituale, qualificata come eccezione

²³⁸ Così CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, 173, Padova, 2004.

²³⁹ Cfr., tra le altre, Cass. 14.4.2000, n. 4845.

²⁴⁰ VERDE in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, III ed., a cura di Verde, Torino, 2005, 33 ss. Cfr. Cass. 26.1.2000, n. 870.

²⁴¹ Cfr. Cass. 12.10.1998, n. 10086.

²⁴² La rinuncia tacita è ravvisata nell'ipotesi di proposizione di una domanda innanzi al giudice ordinario per la tutela non meramente cautelare di diritti nascenti da un contratto, con la conseguenza che chi per primo si è rivolto al giudice statale non può eccepire l'improponibilità della domanda al solo fine di paralizzare le eccezioni e le domande riconvenzionali di controparte (cfr. Cass. 14.6.1985, n. 3573; id. 29.1.1993, n. 1142, in *Riv.arb.*, 1994, 83, con nota di BRUNELLI, *Provvedimento di ingiunzione e arbitrato: alcune questioni vecchie e nuove*). A sua volta, il convenuto non può sollevare l'eccezione di compromesso per arbitrato irrituale, dopo avere proposto di fronte al giudice ordinario una domanda riconvenzionale relativa al rapporto oggetto del patto compromissorio (cfr. Cass. 16.12.1992, n. 133317) o aver disconosciuto l'operatività del patto compromissorio nei confronti della parte che l'ha chiamato in giudizio (così Trib.Catania, 3.2.1981, in *Giust.civ.*, 1982, I, 876).

di merito, fosse proponibile in ogni stato del giudizio di primo grado²⁴³ e, per la prima volta, anche in appello²⁴⁴; non si riteneva, invece, proponibile per la prima volta in sede di legittimità²⁴⁵.

Dopo la riforma, l'eccezione anzidetta, proprio in ragione della sua natura sostanziale e della non rilevabilità d'ufficio, doveva essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine indicato dal comma 2 dell'art. 180 c.p.c., ossia nei venti giorni precedenti la prima udienza di trattazione. Inoltre, la sentenza che avesse pronunciato sulla detta eccezione non era impugnabile con il regolamento di competenza, essendo invece soggetta ai mezzi ordinari (appello ovvero ricorso per cassazione se emessa in secondo grado), in chiara contrapposizione con la sentenza avente ad oggetto l'eccezione di compromesso rituale²⁴⁶.

L'anzidetta qualificazione dell'eccezione di patto compromissorio irrituale come attinente al merito era, peraltro, condivisa in dottrina sul presupposto della prevalente configurazione negoziale del fenomeno arbitrale, sia rituale che irrituale²⁴⁷.

²⁴³ Cfr. Cass. 19.6.1997, n. 5484; purché entro l'udienza di precisazione delle conclusioni.

²⁴⁴ Purché dedotta dall'appellante già nei motivi di appello e non in una successiva memoria di replica alle difese dell'appellato: cfr. Cass. 5.9.1992, n. 10240; cfr., pure, Cass. n. 10086/1998, cit.

²⁴⁵ Cfr. Cass. 26.1.2000, n. 870.

²⁴⁶ Cfr., Cass. n. 870/2000 cit.; id. 24.3.1999, n. 2775.

²⁴⁷ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 210; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 142, Padova, 2000, I e II. In senso contrario, per l'inquadramento unitario dell'eccezione di compromesso, sia rituale che irrituale, come eccezione di rito, sia pure con diverse sfumature, CARPI-ZUCCONI GALLI FONSECA, in AA.VV., *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 58 ss; CECHELLA, in AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di CECHELLA, 80 ss., Torino, 2005.

7.4.4.-Il punto di convergenza delle divergenti interpretazioni.

Investite dell'anzidetto contrasto interpretativo²⁴⁸, le Sezioni Unite, con la nota sentenza n. 527 del 3 agosto 2000, lo hanno risolto aderendo alla linea di pensiero secondo cui la pronuncia degli arbitri rituali ha natura di atto di autonomia privata, con la conseguenza che l'eccezione di compromesso avrebbe dovuto considerarsi come attinente non alla competenza od alla giurisdizione, ma al merito, siccome involgente direttamente la questione della validità o dell'interpretazione della convenzione arbitrale; con la conseguenza che la pronuncia del giudice ordinario sulla stessa non era impugnabile con regolamento di competenza, essendo invece soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione²⁴⁹.

Il *ridimensionamento* della questione relativa all'arbitrato rituale finiva, come è ovvio, per favorirne l'accostamento

²⁴⁸ Che era affiorato anche in dottrina, nell'ambito della quale si erano sviluppati diversi orientamenti: alcuni A. sostenevano l'equiparazione dell'eccezione volta a far valere l'esistenza della convenzione arbitrale ad un'eccezione di merito (cfr., tra gli altri, SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, II, Milano, 1971, 183 ss. e PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, 136 ss.); altri propendevano per la qualificazione della stessa come eccezione di improcedibilità della domanda (cfr. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 136 ss. e RICCI, *L'arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 505 ss.); altri ancora la configuravano come eccezione diretta a far valere il difetto di giurisdizione (cfr. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 42 e LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, 319) o come eccezione di carenza di interesse ad agire (cfr. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1049 ss.); altri, infine, riconducevano la questione allo schema della competenza, in linea con la giurisprudenza prevalente (cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 839 ss.; LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975, 134 ss.; ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, 258 ss.).

²⁴⁹ L'orientamento giurisprudenziale successivo alla sentenza delle Sezioni unite n. 527 del 2000 (e fino all'entrata in vigore del nuovo art. 819-ter c.p.c.) si era sviluppato in modo pressoché uniforme (cfr. Cass. 1.2.2001, n. 1403, in *Foro it.*, 2001, I, 838 ss.; id. 5.3.2001, n. 3144; id., 4.6.2001, n. 7533, in *Corr. giur.*, 2001, 1448 ss., con nota di CONSOLO-MURONI; id. 1.3.2002, n. 3026; id., SS.UU., ord. 25.6.2002, n. 9289, in *Giust. civ.*, 2003, I, 717 ss., con nota di PUNZI, e ivi, 1601 ss. con nota di TOTA; id., SS.UU., ord. 3.10.2002, n. 14223; id. 11.12.2002, n. 17646; id., ord. 19.2.2003, n. 2501; id. 3.9.2003, n. 12855; id. 21.7.2004, n. 13516; id. ord. 8.2.2005, n. 2524; id. 10.5.2005, n. 9760; id. ord. 27.5.2005, n. 11315; id. 21.11.2006, n. 24681), ad eccezione di qualche sporadica pronuncia di segno contrario (cfr. Cass. 15.9.2000, n. 12175; id. 15.5.2001, n. 6710, in *Giur. it.*, 2002, I, 1, 939 ss.).

all'eccezione per arbitrato irrituale, al punto che le due eccezioni sarebbero state accumulate da identica natura sostanziale.

Ed infatti, la pronuncia anzidetta, nel definire il procedimento arbitrale come *ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale, una volta che si fonda sul consenso delle parti e che la decisione proviene da soggetti privati radicalmente carenti di potestà giurisdizionale*, escludeva, in tutta evidenza, che il rapporto arbitri-autorità giudiziaria ordinaria potesse essere ricostruito in termini di competenza²⁵⁰, sancendo il principio che l'eccezione per arbitrato rituale fosse eccezione di merito (con cui si deducevano questioni afferenti all'esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale). Correlativamente, ha ritenuto inammissibile il regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che avesse deciso sulla relativa eccezione²⁵¹.

Il nuovo orientamento giurisprudenziale, in sintonia con quella dottrina che, valorizzando il fondamento privatistico dell'istituto, aveva già proposto la configurazione dell'eccezione di compromesso sia rituale che irrituale come eccezione di improponibilità o inammissibilità della domanda, al di fuori dello schema concettuale della competenza²⁵², consentiva di superare l'equivoco di fondo della tradizionale qualificazione dell'eccezione di compromesso rituale come questione di competenza, che, nel rapporto fra arbitri e giudice, poteva suggerire l'idea del riparto o della distribuzione di competenza

²⁵⁰ Cfr. in questo senso Cass. Sez. Un. 25.6.2002, n. 9289, con nota di BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime dell'eccezione fondata su accordo compromissorio*, in *Riv arb.*, 2002, 515 ss. il quale afferma che la pregressa soluzione in termini di competenza ben poteva essere attinta – con pieno accordo rispetto alla natura *privata* dell'arbitrato – dall'applicazione analogica degli artt. 28 e 29. In conclusione, si riteneva che il problema del riparto dei compiti tra giudice ed arbitro fosse estraneo al regolamento ex artt. 41 o 42 ss. ed attenesse al merito.

²⁵¹ Cfr. Cass. 21.10.2005, n. 20351.

²⁵² PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 142 ss.

tra soggetti appartenenti ad un medesimo ed omogeneo ordine o egualmente esercenti la funzione giurisdizionale.

Sicché, per effetto della *svolta negoziale* del Supremo Collegio, l'eccezione di compromesso, non più inquadrabile come eccezione di giurisdizione né come eccezione di competenza, viene a porsi, in entrambe le forme arbitrali²⁵³, come eccezione di *natura sostanziale*, diretta cioè a far valere la rinuncia convenzionale delle parti all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato e, dunque, l'improponibilità della domanda di tutela giurisdizionale davanti all'autorità giudiziaria ordinaria. E' tale, dunque, da porre una questione preliminare di merito idonea a definire il giudizio *in limine litis*²⁵⁴.

E' significativo che anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia sempre distinto, pure in tempi recenti, l'eccezione di arbitrato rituale, equiparata ad una eccezione di incompetenza, dall'eccezione di arbitrato irrituale, ritenuta eccezione di improponibilità della domanda, che può essere fatta valere in ogni momento, fatte salve le preclusioni derivanti dall'incompatibilità con la volontà di avvalersi del compromesso²⁵⁵.

²⁵³ Cfr. Cass. Sez. Un. 27.10.2008, n. 25770.

²⁵⁴ In senso critico alla svolta giurisdizionale, BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, cit; CARPI-ZCCONI GALLI FONSECA, in AA.VV., *Arbitrato*, 58 ss.; CECHELLA, in AA.VV. *Arbitrato*, 77 ss., che, pur aderendo all'abbandono della qualificazione dell'*exceptio compromissi* in termini di questione di incompetenza, ne valorizzano la valenza come questione processuale di rito; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali* cit., 172 ss.; CONSOLO-MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di "merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, in *Giust.civ.* 2001, 1449; FORNACIARI, *Natura, di rito o di merito, della questione circa l'attribuzione di una controversia ai giudici statali oppure agli arbitri*, in *Giust.civ.* 2003, 462.

²⁵⁵ Cfr. Cons.St. VI, 10.2.2006 n. 553; id. VI 28.2.2006, n. 898; id. sez. 6, 3.2.2006, n. 385; VERDE, *Lineamenti* cit. 18.

7.4.5.-L'art. 819-ter.

Con il nuovo art. 819-ter c.p.c. il legislatore del 2006 si é prefisso l'obiettivo di disciplinare in modo compiuto i rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria, anche con riferimento all'eccezione di compromesso, nel contesto di un rinnovato assetto riguardante la litispendenza, gli effetti sul giudizio arbitrale della pendenza di un processo ordinario su questione pregiudiziale compromettibile, le sorti del processo ordinario avente ad oggetto una causa la cui definizione dipenda dalla soluzione di una questione compromessa in arbitri, il regime e gli effetti della sentenza con la quale il giudice ordinario si pronuncerà su tale eccezione, l'inammissibilità della *translatio iudicii* tra arbitrato e giudizio ordinario e viceversa e, infine, la regolamentazione delle domande giudiziali relative all'invalidità od inefficacia della convenzione di arbitrato.

La disposizione in esame, nel proporre una nuova configurazione dei rapporti arbitri-giudice ordinario, é venuta a colmare una lacuna del sistema precedente, che aveva ingenerato perplessità in dottrina ed oscillanti orientamenti giurisprudenziali, protrattisi, come si è detto, sino alla citata pronuncia delle Sezioni Unite.

Superando la nuova impostazione giurisprudenziale e segnando una sorta di ritorno al passato²⁵⁶, la nuova disciplina sancisce

²⁵⁶ Cfr. RUFFINI, *Art. 819-ter c.p.c. - Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1360 ss., il quale rileva come la nuova scelta del legislatore sembra giustificarsi in base all'opportunità di mettere a disposizione delle parti uno strumento diretto ad ottenere immediatamente dalla Corte di cassazione un accertamento definitivo e vincolante sull'esistenza, validità, efficacia ed estensione della convenzione di arbitrato, quante volte su detta convenzione sia intervenuta una sentenza del giudice ordinario chiamato a risolvere nel merito la controversia che ne forma oggetto, senza che appaia sistematicamente necessitato l'inquadramento dei rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria nello schema della competenza (cfr., in proposito, anche SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed.-appendice di aggiornamento, Padova, 2007, 158); invero (rileva ancora il RUFFINI, *op.cit.*, 1365-1366), la riconosciuta ammissibilità di un'azione

espressamente, quale novità principale, l'equiparazione della questione riguardante l'esistenza della *potestas iudicandi* arbitrale ad una questione di competenza: da un lato, l'eccezione diretta alla deduzione della convenzione arbitrale viene assoggettata allo stesso regime proprio dell'eccezione di incompetenza per territorio derogabile (con onere, perciò, della sua proposizione, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata) e, dall'altro lato, è prevista esplicitamente l'impugnabilità con regolamento di competenza (necessario o facoltativo, a seconda dei casi²⁵⁷) della sentenza con la quale l'autorità giudiziaria statale, pronunciando su detta eccezione, affermi o neghi la propria competenza²⁵⁸. Da ciò consegue che se l'eccezione di incompetenza non viene ritualmente formulata, la competenza arbitrale resta esclusa²⁵⁹, ma unicamente rispetto alla specifica controversia *decisa in quel giudizio*²⁶⁰: da tale precisazione si desume che la preclusione della competenza arbitrale non opera, invece, per le altre controversie comprese nella medesima convenzione di arbitrato e viene meno,

di accertamento autonomo, dinanzi al giudice ordinario, dell'esistenza, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato appare l'indice più evidente del fatto che i rapporti tra arbitro e giudice non possano essere ricondotti entro lo schema della competenza, con la conseguenza di considerare plausibile che il legislatore del 2006 abbia stabilito, solo per ragioni di ordine pratico (in funzione, cioè di una rapida soluzione delle questioni relative all'eccezione di patto compromissorio), che la sentenza pronunciata dal giudice ordinario sull'eccezione riguardante l'applicabilità della convenzione arbitrale debba essere impugnata con regolamento di competenza. Cfr. pure RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, 2008, Torino, 633 ss. e LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 786.

²⁵⁷ Il regolamento sarà necessario in tutti i casi in cui il giudice, senza decidere il merito della controversia, affermi o declini la propria *competenza* in ragione di una convenzione di arbitrato, purché le questioni relative all'esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale siano risolte al solo fine di statuire sulla propria *potestas iudicandi*; mentre sarà facoltativo negli altri casi.

²⁵⁸ Sul tema cfr. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit. 785 ss.

²⁵⁹ Diversamente da quanto si verifica in sede arbitrale laddove la mancata proposizione dell'eccezione volta a far valere la carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri non comporta l'inammissibilità della domanda in sede ordinaria (cfr. LUISO, *op.cit.*, 786 ss).

²⁶⁰ Pertanto, l'omessa (o tardiva) proposizione dell'eccezione di compromesso produce effetti che trascendono il processo in corso, determinando la sopravvenuta inefficacia della convenzione arbitrale limitatamente alla controversia sottoposta alla cognizione del giudice ordinario.

inoltre, se la causa davanti al giudice non giunge, poi, per qualsiasi ragione, ad una sentenza di merito.

Occorre, peraltro, evidenziare che l'esperibilità del regolamento di competenza non é, invece, prevista per quanto riguarda il lodo con il quale gli arbitri si siano pronunciati sulla propria *competenza*, e ciò si spiega perché il lodo é assoggettabile esclusivamente all'impugnazione per nullità.

Autorevole dottrina ha criticato l'opzione legislativa, sul rilievo che il legislatore delegato, perdendo l'ennesima occasione per introdurre una disciplina realmente innovativa ed organica, ha voluto solo confutare l'orientamento oramai consolidato della giurisprudenza di legittimità, che, in ragione del fondamento negoziale dell'arbitrato, aveva cessato di sussumere, in via tralaticia, il rapporto tra arbitri e giudice entro lo schema concettuale della competenza, qualificandolo, per quanto si è detto, in termini di questione di merito.

Bisogna, però, sottolineare che l'accostamento alle questioni di competenza in senso tecnico é soltanto parziale, perché lo stesso art. 819-ter, al secondo comma, lo limita, escludendo esplicitamente l'applicabilità - nei rapporti tra il giudizio arbitrale e giudizio ordinario - delle *regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48 e 50 e 295*²⁶¹. L'anzidetta esclusione comporta che, in *subiecta materia*, il provvedimento negativo della competenza, da parte degli arbitri o del giudice, non consente la *translatio iudicii*²⁶², non produce alcun

²⁶¹ La dottrina prevalente (cfr., tra gli altri, BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005, 279 ss.) qualifica la prevista limitazione come una scelta discutibile poiché, in particolare, l'inapplicabilità degli artt. 44 e 50 c.p.c., da un lato, impedisce il ricorso ad uno strumento che, consentendo la conservazione degli effetti sostanziali della domanda, avrebbe assicurato, anche in questa materia, il rispetto della naturale tendenza del processo a pervenire all'emanazione di pronunce di merito e, dall'altro lato, rende particolarmente problematica la configurazione di un'efficacia vincolante della decisione di incompetenza resa dal giudice ordinario nei confronti degli arbitri e viceversa.

²⁶² A questo proposito si evidenzia (cfr. RUFFINI, *op.cit.*, 1372, e gli A. dallo stesso richiamati) come la circostanza che il legislatore abbia escluso la possibilità della trasmigrazione del giudizio

vincolo in capo al giudice od agli arbitri ritenuti competenti, né può dar luogo, conseguentemente, ad un'istanza di regolamento di competenza d'ufficio. Inoltre, il regolamento di competenza avanzato da taluna delle parti avverso la sentenza resa dall'autorità giudiziaria non sospende il relativo processo. Tuttavia, a quest'ultimo riguardo, si é notato che l'esclusione dell'applicabilità del citato art. 48 c.p.c. riguarda solo i rapporti tra arbitri e giudici e non anche quelli tra giudizio di merito davanti al giudice statale e contemporaneo giudizio davanti alla Corte di cassazione sul regolamento di competenza²⁶³.

La negata applicabilità delle anzidette norme codicistiche relative alla disciplina della competenza costituisce diretta implicazione del c.d. *principio delle vie parallele*, a cui ha aderito il legislatore, in dipendenza del quale i due processi, arbitrale e giudiziale in senso proprio, possono riguardare la stessa controversia, ma, in ogni caso, non possono interagire l'uno nei confronti dell'altro, come, invece, avrebbe consentito l'applicazione delle stesse disposizioni di rito²⁶⁴.

da arbitri a giudice e viceversa, con conseguente impossibilità di ricollegare alla tempestiva riassunzione del processo l'incontestabilità della *competenza* dichiarata, non esclude affatto che detta incontestabilità possa raggiungersi per altra strada, riconoscendosi l'efficacia di merito, o comunque extraprocessuale, della sentenza con la quale il giudice ordinario decida sull'eccezione di patto compromissorio o del lodo con il quale gli arbitri decidano sull'esistenza, validità, contenuto ed efficacia della convenzione di arbitrato. Al riguardo, si sostiene, da un lato, che anche la sentenza di rigetto dell'eccezione di compromesso da parte del giudice ordinario non può non rivestire, almeno dopo il suo passaggio in giudicato, efficacia conformativo-pregiudicante nei confronti degli arbitri investiti della medesima controversia; dall'altro lato, si rileva che il lodo con il quale gli arbitri abbiano negato la propria *competenza* in virtù della ritenuta inesistenza, invalidità od inefficacia della convenzione di arbitrato, e avverso il quale non sia esperita ed accolta l'impugnazione per nullità, *impedisce la riproposizione della medesima controversia dinanzi allo stesso o ad altro collegio arbitrale ed esclude che il giudice ordinario possa dichiararsi incompetente, in favore degli arbitri, in relazione alla medesima controversia* (in tal senso, cfr., anche, SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile, appendice di aggiornamento*, cit., 178).

²⁶³ Cfr., ancora, RUFFINI, *op.cit.*, 1371.

²⁶⁴ Cfr. NELA, sub art 819-ter c.p.c., in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2007, spec. 1818-1819. Per opportuni riferimenti cfr., altresì, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv.arb.*, 2007, 357 ss.

In definitiva può, allora, affermarsi che il nuovo art. 819-ter c.p.c., ha trasformato la questione della *competenza arbitrale* da questione di merito afferente alla proponibilità della domanda – qual’era secondo l’interpretazione delle Sezioni Unite - in una vera e propria questione di competenza, sia pure con riferimento alla sola decisione di essa da parte del giudice ordinario, tanto nel senso dell’affermazione che nel senso del diniego della competenza arbitrale. Ciò si desume dalla previsione della ammissibilità del regolamento di competenza ai sensi dell’art. 42 e 43 c.p.c., che, nonostante l’approssimazione ed improprietà che troppo spesso inficiano il lessico normativo, non avrebbe alcun senso se la questione decisa non fosse da considerare *di competenza*.

E’ indubbio, nondimeno, che non si tratti di competenza in senso tecnico, ma di qualificazione meramente descrittiva di un ostacolo di rito alla decidibilità nel merito della *res controversa* da parte del giudice statale eventualmente adito²⁶⁵. Si può, insomma, ritenere che il legislatore abbia inteso descrivere da un lato - nella prospettiva del

²⁶⁵ Cfr., SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed.- *appendice di aggiornamento*, Padova, 2007, 191, nota 90, secondo cui, alla luce della disciplina positiva dettata dall’art. 819-ter c.p.c. e della ricostruzione, che da tale norma discende, dell’*exceptio compromissi* non già come eccezione di incompetenza in senso tecnico, ma al più come eccezione con la quale il convenuto faccia valere un ostacolo alla decidibilità nel merito della *res controversa* da parte del giudice statale eventualmente adito, si potrebbe sostenere che essa non sarebbe comunque incompatibile con il fondamento negoziale dell’arbitrato né, dunque, con la convenzione di arbitrato irrituale. Cfr., pure, SASSANI, *op.cit.* 34, e nota 30, il quale, nel prevedere che *l’eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta*, con l’ulteriore precisazione che *la mancata proposizione dell’eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*, ha appunto inquadrato l’*exceptio compromissi* tra le eccezioni cd. in senso stretto (proponibili solo dalle parti e nel primo atto difensivo), confermando, sia pure mediante l’improprio richiamo della nozione di *competenza*, sia il carattere processuale della relativa questione sia la piena possibilità per le parti di derogare alla giurisdizione ordinaria in virtù dell’accordo compromissorio. E’ indubbio, del resto, che il rapporto arbitro-giudice non possa essere inquadrato entro lo schema tecnico della competenza, anche alla luce della circostanza che l’art. 819-ter c.p.c. espressamente esclude l’operatività degli artt. 44, 45, 48, 50 e 295 c.p.c. (cfr. CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, www.judicium.it, cit. 4; LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2006, 785 s.), di talché, è preferibile ritenere che l’*exceptio compromissi* vada qualificata *non già come eccezione di incompetenza in senso tecnico, ma al più come eccezione con la quale il convenuto faccia valere un ostacolo alla decidibilità nel merito della “res controversa” da parte del giudice statale eventualmente adito* (Così PUNZI, *Luci ed ombre*, cit., 412).

giudice togato (innanzi al quale sia stata intrapresa la controversia compromessa in arbitri) - la situazione per cui lo stesso giudice deve prendere atto, in rito, di non poter giudicare la controversia perché il giudizio è stato dalle parti deferito ad un altro organo giudicante²⁶⁶ e, dall'altro - con la sancita ammissibilità del regolamento di competenza - abbia voluto solo valorizzare la funzione di quest'ultimo mezzo come strumento di risoluzione - più agevole - dei conflitti *de eadem re* tra giudice ordinario ed arbitri²⁶⁷. D'altro canto, già in altra occasione il legislatore ha previsto lo strumento del regolamento di competenza in ambito estraneo a quello della competenza, proprio in ragione della possibilità offerta dallo stesso mezzo di ottenere una tempestiva pronuncia su questioni meritevoli di immediata risoluzione²⁶⁸. Il fatto che, peraltro, si tratti di una questione di competenza in senso atecnico, risulta anche dalla non applicabilità del meccanismo della *traslatio iudicii* fra giudice ed arbitro e viceversa, come del resto esplicitato dall'art. 819-ter: inapplicabilità che si giustifica in quanto il processo non può continuare, mediante l'atto di riassunzione, davanti al giudice competente, giacché l'altro organo è completamente estraneo all'autorità giudiziaria (e viceversa)²⁶⁹.

Parte della dottrina²⁷⁰ ha rilevato, in proposito, che la peculiarità del nuovo sistema individuato dal citato art. 819-ter induce a ritenere che il rapporto arbitro-giudice non risponde affatto allo schema della

²⁶⁶ Cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 172.

²⁶⁷ Cfr. CONSOLO-MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale*, cit., 1457.

²⁶⁸ Cfr. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit. 786, che ricorda l'estensione del regolamento di competenza ai provvedimenti che dispongono la sospensione del processo civile ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

²⁶⁹ Cfr. PICOZZA, *Brevi considerazioni sull'eccezione di compromesso*, in *Riv. arb.* 2006.

²⁷⁰ Sulla lettura di tale norma e sulla relativa rilevanza ai fini del corretto inquadramento del rapporto arbitri-giudice cfr. CAPPONI, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.* in www.judicium.it; dello stesso A., *Arbitrato e giurisdizione*, *ibidem*, il quale, escludendo la riconducibilità del rapporto giudice-arbitro allo schema tipico della competenza, osserva che, in relazione all'arbitro, l'individuazione della *competenza presuppone sempre l'esame non (o non soltanto) di una norma, bensì di un negozio del quale vanno appunto verificate "validità" ed "efficacia"*.

competenza, sul rilievo che il lodo, di per sé, non é soggetto ai rimedi propri delle decisioni sulla competenza, ma soltanto all'impugnazione per nullità, mentre la sentenza sulla competenza, pur soggetta all'istanza di regolamento, é sottoposta ad un controllo di tipo soltanto *cassatorio*, salvo il solo caso della declinatoria di competenza erroneamente dichiarata, che, dopo il vittorioso esperimento dell'impugnazione, condurrà all'esito normale della prosecuzione del processo dinanzi al giudice, che, sbagliando, se ne era spogliato.

Di tanto - come sottolineato - deve essere stato consapevole lo stesso legislatore delegato del 2006 che, nell'escludere, come si è detto, l'applicabilità dei ricordati artt. 44, 45, 48 e 50 cod. proc. civ., ha utilizzato un'espressione (*regole corrispondenti*) che implicitamente - ma chiaramente - esclude un'applicazione diretta di quelle stesse norme. Si é, pertanto, messo in risalto che la novella, pur ispirata dall'intendimento di risolvere vari problemi in materia²⁷¹, non ha dissolto i dubbi sui rapporti tra giudice ed arbitro, rinunciando a dettare una disciplina organica ed esaustiva in proposito²⁷².

7.4.6.-L'applicabilità dell'art. 819-ter all'arbitrato irrituale.

Così ricostruita l'eccezione di compromesso, non par dubbio che la ritenuta riconducibilità dell'arbitrato irrituale ad un modulo generale ed unitario di risoluzione eteronoma delle liti, che si svolge

²⁷¹ La legge delega (art. 1 d.l. 14.3.2005, n. 35, convertito nella l. 14.5.2005, n. 80) si curava di precisare come fra gli obiettivi primari della riforma vi fosse quello di delineare una disciplina sistematica dei *rapporti tra arbitro e giudice*, ivi compresa l'eccezione di *patto compromissorio*; cfr. sul tema E.RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir.proc.*, 2005, 93 ss.

²⁷² Introducendo, ad esempio, la previsione della *translatio* piena tra giudice ed arbitri (e viceversa). E' significativo, in proposito, che, subito dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 40 del 2006, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, da una parte (con la sentenza 22.2.2007, n. 4109) e la Corte costituzionale, dall'altra (con la sentenza 12.3.2007, n. 77, dichiarativa della parziale illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034), hanno legittimato la *translatio* tra giudici appartenenti a giurisdizioni diverse.

in forme processuali e si conclude con una decisione, ha immediate ricadute sul tema.

Infatti, le due forme arbitrali (rituale ed irrituale), pur se divergenti quanto agli effetti, si fondano entrambe sulla volontà dei contendenti di differire nel tempo il ricorso all'autorità giudiziaria, fino a quando gli arbitri non abbiano esaurito il proprio potere decisorio mediante la pronuncia del lodo (momento oltre il quale è possibile una riemersione della giurisdizione, in entrambi i suoi gradi in caso di arbitrato libero, in unico grado nell'ipotesi di arbitrato rituale)²⁷³. Ed allora sembra identica nei due casi la rilevanza in sede giurisdizionale della convenzione arbitrale, il cui regime non può che essere quello del *presupposto processuale negativo*, inteso come *condizione che non deve esistere perché il giudice statale possa e debba decidere nel merito la lite di fronte a lui instaurata*²⁷⁴.

L'esistenza di una convenzione di arbitrato sia rituale che libero è, quindi, sempre idonea a fondare, nell'ambito del processo ordinario davanti al giudice statale, un'eccezione di parte (rinunciabile anche tacitamente e non rilevabile *ex officio*) dilatoria o, più esattamente, di temporanea improcedibilità della giurisdizione²⁷⁵, il cui accoglimento conduce all'inevitabile rigetto *in rito* della domanda erroneamente proposta innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

²⁷³ Così CECCHELLA, *Il contratto d'arbitrato*, in AA.VV., *L'arbitrato*, cit., 77 ss.

²⁷⁴ Così BOVE, *op.cit.*, 1151, che, peraltro, riferisce tale regime al solo patto compromissorio rituale.

²⁷⁵ Per la ricostruzione dell'eccezione di arbitrato in termini di eccezione dilatoria, di improcedibilità o inammissibilità della domanda giudiziale fin tanto che il lodo non sia stato emanato cfr. CECCHELLA, *op.cit.*; REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 453; COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 247 ss.; LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv.Arb.*, 1996, 679; RICCI, *L'arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 506. Per una sintesi delle diverse posizioni, cfr. anche MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, 181 ss.

In tale prospettiva, nulla osta all'integrale applicazione all'arbitrato irrituale del nuovo art. 819-ter c.p.c.²⁷⁶.

Alla diversa qualificazione dell'eccezione di arbitrato libero come difesa di merito potrebbe allora pervenirsi unicamente ammettendo - in adesione alla richiamata teoria del negozio *per relationem* - che la sottoscrizione di una convenzione d'arbitrato implichi l'integrale dismissione delle pretese delle parti, nel senso che le stesse rinuncerebbero con tale accordo ad avvalersi alle rispettive posizioni di diritto sostanziale (ossia alla *res litigiosa*) per obbligarsi ad accettare e, quindi, a considerare come diretta manifestazione della propria volontà, la regolamentazione negoziale che sarà fissata dagli arbitri²⁷⁷.

Per quanto si è detto in sede di commento, non è questa la reale fisionomia dell'arbitrato irrituale, il quale postula la proposizione di una domanda di tutela di situazioni giuridiche soggettive non diversa da quella proponibile innanzi agli organi dello Stato e, dunque, idonea a inibire l'intervento dell'autorità giudiziaria, che, se adita, dovrà rifiutare l'esame del merito mediante sentenza processuale, sino a quando il lodo non sarà emanato.

In definitiva, rimettendo in arbitrato irrituale la controversia, le parti si impegnano a non adire il giudice ordinario per il conseguimento di una tutela che è, invece, riservata a soggetti

²⁷⁶ Cfr. BERTOLDI, Art. 808-ter, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, 3 ed. vol III, 2007, 5734 ed in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, 306; PUNZI, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento*, Padova, 2007, 191; ID PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim.dir. e proc. civile*, 2007, 412; RUFFINI, Art. 819-ter c.p.c. - *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria*, cit. 1332. In senso contrario, cfr. BOVE, *La giustizia privata*, cit. 232; BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, 325, nota 44.

²⁷⁷ In tal senso, cfr. BOVE, *op.cit.*, 232, il quale coerentemente ritiene che la deduzione dell'esistenza del patto arbitrale irrituale vada qualificata come eccezione sostanziale, rilevabile anche d'ufficio. Cfr. anche PICOZZA, *In tema di eccezione di compromesso* (nota a Trib. Scaicca, 17 gennaio 2005, n. 9), in *Riv. arb.*, 2006, 339 ss., spec. 346, che, muovendo da analoga prospettiva, ricostruisce l'*exceptio compromissi* in termini di eccezione preliminare attinente alla fondatezza nel merito della domanda.

privati. L'esercizio della giurisdizione resta, quindi, sospeso in funzione di una vicenda di tutela procedimentalizzata, che, sotto il profilo funzionale, non è dissimile da quella che si svolge nell'arbitrato rituale. Stando così le cose, non ha senso negare al patto compromissorio libero il regime del *presupposto processuale negativo* riconosciuto al patto compromissorio rituale²⁷⁸. L'istituto si inquadra, pacificamente, nella dimensione unitaria - per quanto si è detto - del fenomeno arbitrale, istituzionalmente inteso come mezzo alternativo (o parallelo) di risoluzione di controversie rispetto alla giurisdizione statale, il cui esercizio viene (temporaneamente) inibito. La consacrazione formale di tale forma di arbitrato, con il nuovo art. 808-ter, in combinato disposto con l'art. 819-ter c.p.c., (secondo cui il patto compromissorio dà luogo ad una sorta di eccezione d'incompetenza), non può dare adito a dubbi di sorta in proposito, anche se lo stesso art. 808-ter nulla dice sull'*efficacia negativa* dello stesso patto rispetto alla cognizione del giudice ordinario. Si è esattamente osservato²⁷⁹ che l'efficacia negativa è *in re ipsa*, essendo *condizione di pensabilità* dello stesso fenomeno per cui due parti si vincolano a non adire la giurisdizione per la decisione di una controversia giuridica che li riguarda, rimettendo tale decisione a qualcuno che non pronuncia sentenza. Se è ovvio che il giudice non potrà trattare e decidere di questa controversia, ciò significa che l'eccezione, volta ad impedire una tale pronuncia,

²⁷⁸ Così, SASSANI, *op.cit.*, 34. Si è sostenuto da altri Autori che l'impedimento connesso alla presenza di una convenzione per arbitrato irrituale non possa considerarsi come rinuncia alla giurisdizione, come ritenuto dalla costante interpretazione giurisprudenziale, dovendo invece, ricondursi la fattispecie al temporaneo difetto del bisogno di tutela giurisdizionale di accertamento, ovvero dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.; cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Profili generali*, Padova, 2006, 181, secondo cui la sentenza che prenda atto dell'esistenza di una convenzione per arbitrato irrituale dovrebbe considerarsi non mera declinatoria per rinuncia alla giurisdizione, ma per prematurità della prestazione giurisdizionale e, dunque, *absolutio in rito*, riconducibile a difetto di interesse ad agire.

²⁷⁹ SASSANI, *op.cit.*, 34.

se accolta, porterà ad un rigetto *in rito* della domanda impropriamente proposta.

Il rilievo secondo il quale l'esistenza della convenzione per arbitrato irrituale, ove dedotta attraverso la relativa eccezione, inibisca l'esercizio della giurisdizione sulla stessa situazione giuridica il cui accertamento sia deferito a soggetti privati, escludendo ogni interferenza della tutela giurisdizionale, trova conferma nel regime della tutela cautelare , come si dirà in prosieguo.

Peraltro, a fronte della generale previsione dell'art. 808-ter, che, in caso di arbitrato irrituale, consente alle parti di derogare alla disciplina legale contenuta nel titolo VIII del libro quarto del codice di rito, altrimenti applicabile nei limiti della compatibilità, occorre chiedersi se il disposto dell'art. 819-ter possa, o meno, costituire oggetto di deroga pattizia ad opera dei compromittenti.

Sembra preferibile la soluzione negativa, sul riflesso che quella in esame é norma di applicazione necessaria, non essendo nella disponibilità delle parti derogare al regime di rilevabilità di un'eccezione innanzi al giudice statale e, soprattutto, non potendo le parti disporre del regime di impugnazione di una sentenza (nella specie quella che decide sull'eccezione di compromesso) pronunciata dal giudice statale.

7.5.-L'incidente di legittimità costituzionale nel procedimento per arbitrato irrituale.

Può, a questo punto, porsi l'interrogativo se gli arbitri irrituali possano sollevare questione di legittimità di una norma che siano chiamati ad applicare nell'espletamento del loro mandato.

Come è noto, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 376 del 28.11.2001, nel decidere per la prima volta nel merito una questione di costituzionalità rimessa da un collegio arbitrale, ha positivamente risolto il quesito della legittimazione del giudice privato a sollevare la questione anzidetta, in relazione all'arbitrato rituale²⁸⁰. L'esclusivo riferimento a tale forma arbitrale potrebbe indurre a negare, per ragionamento *a contrario*, che l'arbitro irrituale possa, a sua volta, ritenersi abilitato all'esercizio di identica facoltà.

In proposito, è certamente condivisibile l'opinione di chi, già nel previgente regime, riteneva decisivo, ai fini della soluzione del quesito, stabilire cosa le parti avessero voluto dall'arbitrato irrituale: se l'obiettivo fosse stato quello della decisione della controversia non vi sarebbe stata ragione alcuna per escludere che anche gli arbitri irrituali potessero sollevare questione di costituzionalità, essendo irrilevante che, poi, la loro decisione restasse estranea al particolare regime del lodo rituale per essere equiparata ad un contratto, in quanto anche in tal caso vi sarebbe stata *un'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini di una controversia, con le garanzie del*

²⁸⁰ Cfr. Corte Cost. 28.11.2001, n. 376, in *Giust.civ.* 2001, 1, 2883, con nota di CAPPONI, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*; *ibidem*, 2002, 2, 59 ss. con nota di VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte Costituzionale*, cit..

*contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria*²⁸¹.

La costruzione teorica dell'arbitrato irrituale, secondo la formulazione dell'art. 808-ter, nei termini proposti in queste pagine, stante il riconoscimento della concorrente natura procedimentalizzata dell'arbitrato e del contenuto decisorio del *dictum* arbitrale, porta ad una soluzione positiva del quesito anzidetto.

²⁸¹ Cfr. CAPPONI, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*, cit. Invece, se le parti avessero voluto qualcosa di diverso da una decisione, allora non vi sarebbe stato motivo perché gli arbitri irrituali potessero sollevare la questione anzidetta, per la semplice ragione che essi non sarebbero chiamati all'*applicazione obiettiva del diritto al caso concreto*.

7.6.-Le norme sul lodo.

Venendo ora alle norme sul lodo di cui al capo quarto (titolo ottavo, libro quarto), si discute in dottrina sull'applicabilità all'arbitrato irrituale della disciplina sul termine della decisione di cui agli artt. 820 e 821 c.p.c.²⁸².

Al riguardo, sembra preferibile la soluzione negativa, alla luce della ritenuta natura dell'arbitrato libero e delle ragioni di speditezza che non tollerano l'articolato regime delle proroghe stabilito dall'art. 820 c.p.c., oltre all'argomento testuale rappresentato dalla mancata riproduzione, tra le cause di annullabilità del lodo libero, di una disposizione corrispondente a quella di cui all'art. 829, n. 6. Per identiche ragioni va esclusa l'applicabilità dell'art. 821 c.p.c. sulla rilevanza del decorso del termine, in quanto il meccanismo correlato all'automatica rilevanza della scadenza del termine è strettamente connesso alla previsione dell'art. 820 c.p.c., che si è già detto inapplicabile²⁸³.

Questo non significa, ovviamente, che un termine per la decisione (nella specie, *determinazione contrattuale*) non possa essere fissato dalle parti, peraltro opportunamente in ragione delle anzidette ragioni di celerità.

²⁸² In senso favorevole, cfr. AULETTA, *Art. 820 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ.comm.* 2007, 1379, sul rilievo che *decisione* è anche la determinazione contrattuale e che non vi *sarebbero ragioni decisive per discriminare il profilo in questione a seconda che al lodo si applichino o meno le regole di efficacia, deposito e impugnazioni proprie della sentenza arbitrale*. Nel senso dell'inapplicabilità delle norme sul termine cfr., invece, VERDE, *Lineamenti*, cit., 36; BIAVATI, *op.cit.*, 1180 ss.; NELA, *op. loc. ult. cit.*; BOVE *op.cit.*, 240, secondo cui ben potrebbero le parti fissare un termine per la decisione, ma la relativa disciplina andrebbe desunta non già dagli artt. 820 e 821 c.p.c., dettati con esclusivo riferimento all'arbitrato rituale, ma dalle norme civilistiche sul mandato, di talché detto termine non sarebbe prorogabile dagli arbitri ed alla sua mancata osservanza non potrebbe che conseguire l'inefficacia del lodo (arg. ex art. 1722, n. 1, c.c.).

²⁸³ In senso contrario AULETTA, *Art. 821 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ.comm.* 2007, 1380.

La natura composita dell'arbitrato libero consente di attingere, *in parte qua*, alla disciplina del mandato ed in genere alla disciplina sostanziale²⁸⁴.

Più precisamente, possono prefigurarsi, in tema, tre distinte situazioni. La prima è che le parti nulla abbiano previsto in proposito. In tal caso - nell'impossibilità di applicare l'art. 820 c.p.c. - potrà farsi ricorso alla previsione dell'art. 1183 c.c.²⁸⁵.

La seconda è che le parti abbiano previsto un termine per la decisione degli arbitri, senza nulla dire sulle conseguenze della sua inosservanza. In tal caso, può trovare applicazione la disciplina dell'art. 1722, n. 1, secondo cui il mandato si estingue per scadenza del termine prefissato dalle parti, posto che il termine anzidetto è essenziale²⁸⁶ e si atteggia come *conformativo* del potere degli arbitri, tanto che alla sua *osservanza è subordinata non la sola regolarità della prestazione, ma la riferibilità della loro determinazione alla volontà dei compromittenti*²⁸⁷. Deve, infatti, ritenersi che il termine sia elemento necessario dell'arbitrato libero, in ragione dell'esigenza d'impedire che le parti restino vincolate a tempo indeterminato al patto compromissorio e, di conseguenza, non abbiano possibilità di ottenere una tutela dei propri diritti nonostante l'inerzia degli arbitri, stante la rinuncia (temporanea) alla giurisdizione statale, che è insita nell'opzione in favore dell'arbitrato rituale. Le più volte segnalate

²⁸⁴ Così BOVE, *op.cit.*, 240, nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 820 c.p.c. all'arbitrato libero; cfr. pure CECHELLA, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in *Riv. arb.* 1999, 121 ss.

²⁸⁵ Così VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 36. In senso contrario, con riferimento al regime previgente, MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr.giur.* 2006, n. 6, 867 ss.; con riferimento alla vigente disciplina, l'A. ritiene parimenti applicabile la disposizione di cui all'art. 820 c.c., in virtù del meccanismo dell'inserimento automatico ex art. 1339 della norma anzidetta, cfr. 876-879.

²⁸⁶ Così BOVE, *op.cit.*, 240; *contra* BIAVATI, *op.cit.*, note 52-53, 1181.

²⁸⁷ Cfr. AULETTA, *Art. 820 c.p.c.*, cit., 1379-1380. Cass. 30.1.1985, n. 574; in *Foro it.*, 1985, I, c. 375; id. Cass. 3.1.2001, n. 38, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2002, I, 6.

esigenze di celerità che ispirano tale opzione depongono, sicuramente, per la soluzione anzidetta.

L'altra ipotesi è che le parti abbiano previsto l'osservanza del termine come condizione di validità del lodo, in tal caso il mancato rispetto potrà essere dedotto come causa di annullabilità del lodo intempestivo, ai sensi dell'art. 808-ter, comma 2, n. 4).

Nessuna ragione osta all'applicabilità al lodo irrituale dell'art. 822 (*Norme per la deliberazione*), secondo cui *gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri decidono secondo equità*²⁸⁸.

L'inosservanza della disposizione anzidetta non assume rilevanza alcuna ai fini della validità del lodo, non essendo deducibile come motivo di annullamento l'errore di giudizio in cui siano incorsi gli arbitri. Resta, naturalmente, esclusa l'ipotesi in cui le parti abbiano, espressamente, previsto come condizione di validità del lodo il rispetto delle regole di giudizio predeterminate, in quanto in tale ipotesi potrà essere dedotta la causa di annullamento prevista dall'art. 808-ter, comma 2, n. 4).

Parimenti, si ritiene applicabile la disposizione di cui all'art. 823 sulla *deliberazione e requisiti del lodo*²⁸⁹.

Non è seriamente dubitabile che anche per l'arbitrato libero il lodo deve essere *deliberato a maggioranza*, come prescrive la norma di cui al comma 1 dell'art. 823. E tanto, non solo per ragioni di mero

²⁸⁸ In questo senso AULETTA, *Art. 822 c.p.c.*, cit., 1385; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, *op.cit.*, 38.

²⁸⁹ In questo senso AULETTA, *Art. 823 c.p.c.*, cit., 1390; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *www.judicium.it.*, *op.cit.*, 37.

pragmatismo, onde evitare qualsiasi possibilità di *stallo* nel processo deliberativo, ma soprattutto perché la determinazione arbitrale, per quanto contrattuale, è pur sempre decisione e nessun processo decisionale, in caso di pluralità di soggetti, può giungere al suo epilogo, senza la formazione di una maggioranza. In tali limiti, il principio della maggioranza deve ritenersi immanente al processo decisionale.

Per quanto riguarda, in particolare, la motivazione, è controversa in dottrina la necessità che il *dictum* irrituale ne sia assistito.

Una prima linea di pensiero sostiene che gli arbitri liberi non potrebbero giammai sottrarsi all'obbligo di motivare, pena l'invalidità del *decisum* per contrasto con i principi processuali di ordine pubblico, la cui violazione deve reputarsi sanzionabile anche in difetto di apposita previsione²⁹⁰.

Secondo altra opinione, l'attuale formulazione dell'art. 808-ter non sembra possa imporre all'arbitro libero, in mancanza di espressa previsione di parte, incombenze procedurali ulteriori, oltre al rispetto del principio del contraddittorio²⁹¹. Solo ove le parti abbiano espressamente previsto la motivazione come condizione di validità del lodo, la sua mancanza potrebbe essere dedotta come causa di annullamento ai sensi dell'art. 808-ter, comma secondo, n. 4).

Sembra condivisibile la tesi negativa. La griglia dei motivi di annullabilità del lodo libero, articolata dal legislatore sulla falsariga delle cause di nullità previste dall'art. 829, non include un motivo

²⁹⁰ Cfr. BIAVATI, 1187; cfr., pure, TOTA, *op.cit.*, 564.

²⁹¹ In questo senso BOVE, *Art. 808-ter*, cit., 1192, nota 39.

analogo a quello di cui al n. 5), che, per via del richiamo all'art. 823 n. 5) (*esposizione sommaria dei motivi*), fa assurgere, nel lodo rituale, il difetto di motivazione tra *i casi di nullità*. Tenuto anche conto della peculiare natura del lodo libero, l'obbligo della motivazione non può considerarsi *naturale negotii* della relativa convenzione. Né tale obbligo può ritenersi immanente all'attività di giudizio cui sono, indubbiamente, chiamati gli arbitri liberi. D'altro canto, la motivazione è funzionale all'esigenza del controllo esterno sulla decisione, controllo che non c'è ragione di esigere per l'arbitrato libero, stante la sua particolare natura ed efficacia²⁹². Peraltro, l'imposizione dell'obbligo di motivare sarebbe pure scarsamente compatibile con l'esigenza di speditezza che costituisce la *ratio* dell'arbitrato libero, insofferente ad ogni ritardo non necessario, sia pure connesso ai tempi di redazione di uno schema motivazionale.

Resta, ovviamente, salva la possibilità che le parti prevedano espressamente la motivazione come condizione di validità del lodo, di guisa che la violazione possa refluire come causa di annullamento del *decisum* ai sensi dell'art. 808-ter, comma 2, n. 4), c.p.c. ovvero che un obbligo siffatto possa, implicitamente, desumersi dalla previsione pattizia di un sistema di riesame del lodo, in quanto, in tale ipotesi, la motivazione è funzionale all'esercizio di un controllo estrinseco della decisione.

Per implicito, l'obbligo di motivazione potrebbe configurarsi anche nell'ipotesi in cui le parti abbiano convenzionalmente predeterminato la regola di giudizio (ad esempio, il rispetto delle norme di diritto) come condizione di validità del lodo, in quanto, in tale ipotesi, solo l'esternazione del percorso logico ed argomentativo

²⁹² Così TAVORMINA, *op.cit.*, in *Corr.giur.* n. 11/2006, 1621.

seguito per giungere al *decisum* può consentire il controllo della corretta applicazione dei canoni di giudizio da parte degli arbitri nel processo formativo della loro decisione.

Identico giudizio di applicabilità, in mancanza di valide ragioni ostative d'ordine logico o sistematico, va espresso in riferimento all'art. 824 c.p.c., sulle modalità di redazione del lodo e relative copie²⁹³.

Nulla quaestio neppure in ordine all'art. 826 c.p.c. in tema di correzione del lodo²⁹⁴.

²⁹³ In questo senso AULETTA, *Art. 824 c.p.c.*, cit., 1390; SASSANI, *op.cit.*, 37.

²⁹⁴ Così, AULETTA, *Art. 826 c.p.c.*, cit., 1407; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, *op.cit.*, 37; SANGIOVANNI, *op.cit.*, 877; PUNZI, *Il processo civile*, III, Torino, 2008, 270.

7.7.-La tutela cautelare.

Prima della novella il problema dell'applicabilità all'arbitrato irrituale della tutela cautelare aveva trovato soluzioni divergenti in dottrina ed in giurisprudenza.

L'orientamento interpretativo tradizionale optava, in assoluta prevalenza, per la soluzione negativa sul riflesso che la rinuncia alla giurisdizione ordinaria, implicita nella convenzione per arbitrato irrituale, inibiva il ricorso al giudice statale per chiedere una misura cautelare, che, comunque, ove in ipotesi ottenuta, non avrebbe mai potuto essere confermata da un giudizio di merito, stante la peculiarità del procedimento per arbitrato libero, destinato ad un epilogo con rilevanza ed effetti meramente negoziali²⁹⁵.

²⁹⁵ In particolare, si riteneva che, in presenza di convenzione per arbitrato irrituale il giudice ordinario non potesse emettere misure cautelari, determinando tale convenzione l'improponibilità della domanda per preventiva rinuncia all'azione: cfr., tra le altre, Cass. 7.12.2000, n. 15524, in tema di accertamento tecnico preventivo; id. 25.12.1995, n. 12225, secondo cui *in presenza di un arbitrato irrituale, è improponibile l'istanza di sequestro conservativo, atteso che la rinuncia alla tutela giurisdizionale, contenuta nel compromesso per arbitrato libero o irrituale, non può non riferirsi anche alle misure cautelari, le quali, nel sistema processuale, sono preordinate e strumentali ad un giudizio di merito*; cfr., pure, Cass. 17.6.1993, n. 6757, così massimata: *Il principio secondo cui nel compromesso per arbitrato libero va ravvisata una rinuncia dei contraenti alla tutela giurisdizionale dei diritti relativi al rapporto controverso, non può non riferirsi anche alle misure cautelari, poiché, essendo i provvedimenti emessi in via cautelare preordinati ad un giudizio da svolgere dinanzi agli organi investiti di potere giurisdizionale e, quindi, presupponendo la possibilità di proposizione o la pendenza di un processo di merito relativo al diritto da tutelare, ove detto processo non sia proponibile per una libera scelta delle parti, non vi è spazio per l'emissione di un provvedimento diretto ad assicurare gli effetti del giudizio di merito*. Sul punto cfr. anche Cass. Sez. Un. 29.10.1982, che ha affermato il principio dell'improponibilità della domanda cautelare a fronte di un mandato agli arbitri a decidere la controversia in via amichevole sul rilievo che *il compromesso per arbitrato irrituale, il quale comporta un mandato agli arbitri per l'espletamento di una "attività" negoziale in sostituzione delle parti, e non l'esercizio di una funzione di natura giurisdizionale, determina l'improponibilità della domanda per rinuncia all'azione*.

L'interpretazione negativa era stata criticata in dottrina²⁹⁶, sotto il profilo dell'ingiustificata lesione del diritto costituzionale di tutela²⁹⁷ e dell'irragionevolezza del trattamento discriminatorio rispetto all'arbitrato rituale²⁹⁸, e tale critica aveva ricevuto autorevole avallo del Giudice delle leggi, con ordinanza n. 320 del 5 luglio 2002²⁹⁹, nella parte in cui escludeva che la denunciata preclusione all'accesso alla tutela cautelare in tema di arbitrato irrituale derivasse dal sistema normativo quanto, piuttosto, dalla particolare configurazione dello stesso arbitrato libero prospettata dal giudice remittente – in contrasto, peraltro, con altre interpretazioni dottrinarie – *come strumento negoziale delle controversie, non estrinsecatesi in un giudizio al quale la tutela cautelare potesse collegarsi.*

Il problema ha trovato soluzione in sede normativa, in virtù della modifica dell'art. 669 *quinquies*, ad opera della legge 12.5.2005, n. 80, che ha espressamente sancito la facoltà per le parti di chiedere la tutela cautelare al giudice ordinario anche in caso di controversia

²⁹⁶ Cfr. AULETTA, *Contro il divieto di assistenza giurisdizionale (cautelare) per i compromettenti in arbitrato libero*, in *Riv.arb.* 1999, 81 ss; ID, *Le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni non costituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali. La disapplicazione del principio in materia di arbitrato e tutela cautelare*, *ivi*, 2002, 89 ss.

L'orientamento giurisprudenziale era, in particolare, criticato dalla dottrina che riteneva che il patto compromissorio irrituale non determinasse una definitiva rinuncia alla tutela giurisdizionale, ma semmai un difetto di interesse ad agire temporaneo e come tale inidoneo a paralizzare la tutela giurisdizionale cautelare: cfr., tra gli altri, CONSOLO in CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996; GRASSO, *Tutela cautelare ed arbitrato irrituale*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Padova 1997, 583.

²⁹⁷ Rientrando, pacificamente, la tutela cautelare tra le garanzie riconducibili al fondamentale principio sancito dall'art. 24, comma 1, Cost.

²⁹⁸ Tanto più dopo l'avvicinamento delle due forme arbitrali a seguito della svolta *negoziale* della Cassazione: cfr. BOCCAGNA, *L'arbitrato irrituale dopo la "svolta" negoziale della Cassazione*, in *Dir. trim.proc.civ.*, 2004, 759 ss.

²⁹⁹ Con tale pronuncia la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 669-*quinquies* e 669-*octies* c.p.c. in relazione all'arbitrato irrituale, stante la mancanza di base positiva della lettura restrittiva offerta dal giudice *a quo* rispetto all'accesso alla tutela cautelare, in *Riv.arb.* 2002, 503, con nota di SASSANI, *La garanzia dell'accesso alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale*; cfr. pure GIORGETTI, *Una possibile disciplina della tutela cautelare nell'arbitrato libero* in *www.judicium.it*.

devoluta in arbitrato irrituale³⁰⁰. Il perspicuo tenore del dettato normativo, risultante dall'inserimento dell'inciso *anche non rituali* nel testo previgente³⁰¹, non lascia, al riguardo, adito a dubbi di sorta. D'altronde, un'eloquente conferma era offerta anche dalla direttiva di delega di cui all'art. 1 della stessa legge n. 80/2005³⁰², sufficiente a fugare ogni ragione di perplessità in chi riteneva che l'opzione per l'arbitrato irrituale comportasse, *eo ipso*, rinuncia alla tutela cautelare. La scelta del legislatore è, dunque, univoca nel senso dell'equiparazione, ai fini della tutela cautelare, del regime dell'arbitrato irrituale a quello del rituale, accomunati, sul piano funzionale, dall'effetto di rendere *incompetente* il giudice ordinario, che, diversamente (ossia, in mancanza della convenzione arbitrale), sarebbe stato competente a conoscere del merito, ossia della *res litigiosa* ove non devoluta agli arbitri. Dunque, rispetto ad essa, al giudice statale residuano solo poteri cautelari.

Ponendo allora l'art. 669-*quinquies* in rapporto all'art. 818, appare scontata la conclusione che neanche gli arbitri irrituali possano concedere sequestri od altri provvedimenti cautelari.

La *ratio* dell'esclusione non può che essere identica a quella dell'incompetenza cautelare per gli arbitri rituali.

I motivi sono, tradizionalmente, ravvisati nella mancanza di *ius imperii* in capo agli arbitri, che impedirebbe loro di emanare

³⁰⁰ Certo, il riferimento all'arbitrato irrituale è solo incidentale, limitandosi ad una mera enunciazione di principio, che non è stata poi ripresa nella novella del 2006 né nell'art. 808-*ter* né in altra disposizione nell'ambito della *sedes materiae* dedicata all'arbitrato. Il che rappresenta un evidente difetto di coordinamento sistematico, che lascia peraltro insoluti i problemi di coordinamento tra arbitrato e tutela cautelare innanzi al giudice statale.

³⁰¹ Questo il testo innovato: *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.*

³⁰² Secondo cui *le norme in materia di arbitrato avrebbero dovuto trovare sempre applicazione in presenza di un patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione o di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare.*

provvedimenti di immediata attuazione coattiva o, comunque, destinati ad esecuzione forzata³⁰³. Ragioni, queste, di dubbia plausibilità, specie alla luce di recenti interventi legislativi, che, in determinate materie, hanno attribuito agli arbitri un potere cautelare³⁰⁴, ad eloquente conferma che, sul piano concettuale e sistematico, non vi è alcun valido motivo che inibisca agli arbitri la competenza in siffatta materia.

Certo, la settorialità degli anzidetti interventi può essere la spia che, in generale, il legislatore ha inteso mantenere ferma la pregiudiziale anzidetta, salva espressa deroga, secondo una linea di tendenza chiaramente emergente dalla clausola di salvezza (*salva diversa disposizione di legge*), che costituisce il *novum* del modificato art. 818 c.p.c. Se, dunque, tale clausola attiene all'eccezione, la regola è quella dell'incompetenza in materia cautelare. E se questa regola vale per l'arbitrato rituale, non può che valere, per via dell'anzidetto coordinamento normativo, anche per quello libero.

L'anzidetta equiparazione, agli effetti della tutela cautelare, non è in dissonanza, sul piano sistematico, con l'impostazione dell'arbitrato libero delineata dall'art. 808-ter, ossia con la natura di *determinazione contrattuale* del lodo e, quindi, con l'obiettivo

³⁰³ Giustificazione, questa, già da tempo confutata in dottrina, sul rilievo che il lodo di condanna può dare ingresso ad un processo di esecuzione per espropriazione forzata, ma solo dopo essere stato munito dall'autorità giudiziaria di esecutorietà, meccanismo che potrebbe essere previsto anche per un provvedimento cautelare emesso dagli arbitri; a parte, poi, che, in entrambi i casi, il provvedimento sarebbe suscettibile di esecuzione spontanea da parte degli stessi soggetti che si sono sottoposti al *dictum* degli arbitri.: cfr. CARPI, *L'arbitrato rituale tra autonomia e aiuto giudiziale*, in *Contr. e impr.*, 1990, 929 ss; LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv.arb.*, 1991, 253 ss.

In mancanza di plausibili spiegazioni, si preferisce il riferimento a scelte di politica legislativa, che ben avrebbero potuto privilegiare una soluzione diversa, anche sul modello di esperienze straniere: cfr. GHIRGA, *Art. 818*, in *Le nuove leggi civ.comm.* 2007, 6, 1325, ed i riferimenti bibliografici in nota.

³⁰⁴ Cfr. in materia di arbitrato societario, l'art. 35, comma 5, d.lgs. n. 5/2003 che attribuisce agli arbitri, anche irrituali, il potere di sospendere, con ordinanza non reclamabile, l'efficacia della delibera assembleare quando la controversia devoluta in arbitrato abbia ad oggetto la validità di tale delibera.

mancanza di un giudizio di merito destinato ad un epilogo con effetti di sentenza.

Ed invero, l'opinione sostenuta in queste pagine - secondo cui la connotazione negoziale dell'arbitrato libero, quale risulta dalla novella, attiene ad un momento meramente descrittivo degli effetti del lodo libero (per i quali è positivamente esclusa l'equiparazione a quelli di sentenza), non risultando incompatibile con la natura di giudizio del responso arbitrale o di procedimento dell'attività in esito alla quale quel giudizio è formulato - consentirebbe di rispettare il presupposto della strumentalità (*lato sensu*) non in riferimento ad un giudizio di merito in senso stretto, ma alla fase successiva innanzi ad arbitri liberi, con le anzidette peculiarità.

D'altronde, la riforma del processo cautelare introdotta dal legislatore del 2005 ha notevolmente attenuato il nesso di strumentalità, svincolando le misure cautelari *anticipatorie* dal successivo giudizio di merito e riconoscendo ad esse piena autonomia, in quanto tendenzialmente capaci di regolamentare l'assetto degli interessi in gioco, con gli stessi effetti di una statuizione di merito, a parte ovviamente l'efficacia di giudicato³⁰⁵.

In prospettiva *de iure condendo*, la possibilità di ottenere un provvedimento cautelare pienamente soddisfattivo delle istanze di tutela anche nella sola fase cautelare, senza necessità del conseguente procedimento di merito, farebbe apparire ancora più incomprensibile la persistente scelta di privare gli arbitri del potere cautelare³⁰⁶. E' evidente, infatti, che, in caso di concessione di misura cautelare affatto soddisfattiva, il collegio arbitrale verrebbe esautorato dei suoi poteri e potrebbe risultare inutile lo stesso

³⁰⁵ Cfr. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, *op.cit.*, 36.

³⁰⁶ Critico nei confronti della ribadita esclusione del potere cautelare agli arbitri è VERDE, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici ed arbitri* in *Guida Dir.*, 2006, n. 8, 81.

procedimento per arbitrato. Il mancato riconoscimento agli arbitri della competenza in materia cautelare comporterebbe, invero, uno svuotamento di contenuto della convenzione arbitrale, ogni qual volta le parti, dopo aver optato per l'arbitrato, si accontentino della tutela conseguita in sede cautelare.

Il regime di parificazione delle due forme di arbitrato incide anche sul problematico coordinamento della tutela cautelare con il procedimento arbitrale, in ordine al quale non sembrerebbe più consentita, proprio in ragione della detta equiparazione, alcuna differenziazione in base alla natura del lodo, rituale o contrattuale che sia.

In proposito, il legislatore - pur essendo autorizzato in base alla legge delega - nulla ha detto, perdendo così una formidabile occasione per un necessario contributo di chiarezza³⁰⁷.

Non sembra, peraltro, che un argomento contrario all'ipotizzata equiparazione, quanto ai rapporti tra procedimento cautelare ed arbitrato, possa trarsi dalla disposizione di cui all'art. 669-*novies*, comma 4, n. 1) (relativo alle cause di inefficacia del provvedimento cautelare) nella parte in cui, richiedendo l'esecutorietà del lodo, sembra voler definire i rapporti del procedimento cautelare soltanto con l'arbitrato rituale (il solo capace di produrre una pronuncia suscettibile di acquisire *vis executiva*). Il dato letterale, solo all'apparenza ostativo, potrebbe essere superato in forza di un'interpretazione costituzionalmente orientata, che, prendendo le mosse dal positivo riconoscimento della tutela cautelare anche in favore di chi abbia sottoscritto una convenzione per arbitrato irrituale, riconosca l'irragionevolezza di una lettura

³⁰⁷ Cfr. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv.Dir.Proc.*, 2006, 253, che parla di *silenzio colpevole del legislatore*; cfr., in tema CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profilo generali*. Padova, 2004.

discriminatrice - peraltro, in contrasto con l'art. 24 Cost. - che neghi l'applicabilità, anche in tema di arbitrato libero, della complessiva disciplina del procedimento cautelare uniforme, pur con gli eventuali adattamenti imposti dalla peculiare natura del relativo procedimento³⁰⁸.

Per verificare, in concreto, la fattibilità della parificazione, sul versante dei rapporti tra misura cautelare e procedimento arbitrale, occorre, innanzitutto, stabilire quale atto, in caso di arbitrato irrituale, sia necessario compiere perché, ai sensi dell'art. 669-*octies*, possa ritenersi iniziato il giudizio arbitrale, evitando così che il provvedimento cautelare perda efficacia a norma dell'art. 669-*novies*, comma 1.

In tema di arbitrato rituale identico quesito è stato, positivamente, risolto dal legislatore stabilendo i requisiti formali perché possa ritenersi avviato il procedimento arbitrale, con la disposizione dell'art. 669-*octies*, comma 5, che corrisponde alla formulazione già introdotta dal legislatore del 1994 negli artt. 2652, 2653, 2943 e 2945 c.c., nel riferimento all'atto con il quale la parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria dichiara all'altra *la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri*.

Ad avviso di chi scrive, non sussisterebbero ragioni d'ordine sistematico ostative all'applicazione analogica all'arbitrato irrituale della menzionata disposizione di rito, ravvisandosi nelle stesse cadenze³⁰⁹ l'inizio del procedimento arbitrale, che, se tempestivo,

³⁰⁸ Cfr., in tal senso, TOTA, *op.cit.*, 575.

³⁰⁹ In tal senso, già prima della riforma, SASSANI, *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in *Riv.arb.*, 1995, 710 ss.; AULETTA, *Contro il divieto di assistenza giurisdizionale (cautelare) per i compromittenti in arbitrato libero*, *ibidem*, 1999, 88, secondo cui la locuzione "procedimento di merito" è sufficientemente dilatabile fino a comprendere la domanda di arbitrato libero perché del giudizio dei privati, sebbene non

potrà salvare l'efficacia del provvedimento cautelare evitando così la sanzione prescritta dall'art. 669-*novies*, comma 1, da ritenere, dunque, pienamente applicabile anche all'arbitrato irrituale³¹⁰.

Le esigenze di semplificazione, sottese all'opzione per l'arbitrato libero, inducono a ritenere che il procedimento arbitrale possa iniziare con un qualunque atto, anche se informale, purché portato a conoscenza della controparte³¹¹ e univocamente espressivo della volontà della parte istante di attivare l'arbitrato, con specifica indicazione dell'oggetto della controversia. In particolare, la deformalizzazione dell'arbitrato libero porta a ritenere sufficiente anche una lettera raccomandata od un fax³¹².

Proprio il riconoscimento della particolare natura composita dell'arbitrato irrituale e della componente procedimentale volta alla risoluzione di una controversia, in essa insito, secondo la ricostruzione proposta in queste pagine, sembra autorizzare una conclusione siffatta.

La particolare conformazione strutturale induce a ritenere applicabili, nonostante la natura *contrattuale* della determinazione conclusiva, anche le altre cause di inefficacia del provvedimento cautelare previste dal menzionato art. 669-*novies* e, in particolare, la declaratoria di inesistenza del diritto dedotto in giudizio, ai sensi della norma di cui al comma 4, n. 2), ed il mancato versamento della cauzione di cui all'art. 669-*undecies*.

Nessuna differenziazione, rispetto al regime dell'arbitrato rituale, sembra poi consentita con riferimento alla natura della tutela

guidato dal codice di rito, è ormai innegabile l'annessione alla categoria del "procedimento". A tale soluzione aderiscono BALENA-BOVE, op.cit., 323 ss. e OLIVIERI, op.cit., § 2, il quale reputa sufficiente il compimento di qualsiasi atto idoneo a far iniziare il procedimento di amichevole composizione.

³¹⁰ Cfr. nello stesso senso, ma nell'ambito di una diversa configurazione teorica dell'arbitrato irrituale, OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in www.judicium.it.

³¹¹ Anche senza necessità della notificazione prevista per la domanda di arbitrato rituale.

³¹² Così BIAVATI, *op.cit.*, 1186.

cautelare conseguibile in pendenza di arbitrato³¹³, non sembrando condivisibile, in quanto privo di supporto normativo, il tentativo di escludere quella *assicurativa-conservativa*, che esige l'instaurazione della causa di merito, e ritenere applicabile solo quella *anticipatoria*³¹⁴. Tale discriminazione non solo non avrebbe fondamento positivo, ma sarebbe del tutto ingiustificata, oltretutto di assai dubbia compatibilità con il precetto costituzionale dell'art. 24 Cost.³¹⁵.

In conclusione, la piena parificazione della tutela cautelare in caso di arbitrato irrituale al meccanismo di tutela cautelare nell'arbitrato rituale può costituire momento di significativa conferma della natura unitaria del fenomeno arbitrale, di cui l'arbitrato libero è rilevante espressione.

³¹³ La distinzione tra tutela cautelare conservativa e tutela cautelare anticipatoria, già delineata dalla dottrina tradizionale, trova oggi riscontro nell'impianto normativo, nel nuovo testo dell'art. 669-*octies*, commi 6 e 7, in quanto solo la concessione di un provvedimento cautelare conservativo necessita dell'instaurazione della causa di merito e della relativa sentenza, mentre è ormai del tutto affievolita la strumentalità tra cautela anticipatoria e processo dichiarativo. Il provvedimento cautelare anticipatorio è dotato oggi di autonomia e può operare come soluzione della lite, senza venir meno per la mancata instaurazione del processo relativo alla causa di merito ovvero per l'estinzione dello stesso.

³¹⁴ In questo senso, BOVE, *Art. 808-ter c.p.c.*, in *Le Nuove Leggi civili commentate*, 2007, 1197 ss., secondo cui per superare l'ulteriore problema dell'individuazione del diritto da far valere in sede cautelare, posto che *con la convenzione per arbitrato libero è stato eliminato il vecchio rapporto sostanziale litigioso, senza che, però, si sia ancora messo al suo posto il nuovo rapporto*, non resterebbe che ritenere che *la stipula del patto compromissorio irrituale, pur essendo questo nient'altro che un contratto di transazione in bianco, faccia tuttavia rimanere in vita il diritto litigioso almeno per quanto riguarda la possibilità di chiedere e ottenere un provvedimento cautelare di tipo anticipatorio.... Invece, non sembra proprio che possa esservi spazio per azionare in via cautelare il «diritto futuro» neanche immaginandolo come una sorta di diritto sottoposto a condizione, perché di esso, prima della pronuncia del lodo, nulla si sa ancora se verrà ad esistere né, in caso affermativo, con quale contenuto esso eventualmente verrà ad esistere*. Per una critica a tale impostazione, che sembra vanificare la portata precettiva del nuovo art. 669-*quinquies* e apparirebbe, oltretutto, di dubbia costituzionalità nella misura in cui priva le parti di un arbitrato libero della possibilità di richiedere la concessione di sequestri, cfr. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 36.

³¹⁵ Così SASSANI, il quale osserva giustamente che la riferita limitazione, oltre che incompatibile con il senso della legge e con l'art. 24 Cost., si porrebbe *in curiosa dimenticanza del fatto che norme quali gli articoli 669-quinquies c.p.c. e 35 D.Lgs. n. 5/03 sono state scritte proprio per supplire alla carenza in capo agli arbitri irrituali del paradigmatico potere di « concedere sequestri»*. In senso favorevole all'applicabilità, in tema di arbitrato irrituale, anche della tutela conservativa, cfr. pure BIAVATI, *op.cit.*, 1179, secondo cui l'accertamento a cui il provvedimento conservativo è necessariamente strumentale ben può essere *non un impossibile accertamento giurisdizionale, ma quello contrattuale conseguente al lodo*.

7.8.-Gli arbitrati irrituali *speciali*.

La preesistenza nel sistema positivo di forme speciali di arbitrato irrituale pone un duplice problema a fronte della disciplina dell'art. 808-*ter*.

Ove si riconosca - e non sembra vi siano valide ragioni per negarlo - che il nuovo articolo abbia introdotto un modello generale di arbitrato irrituale, conferendo all'istituto una formale consacrazione, si pone, in primo luogo, il quesito del coordinamento delle forme pregresse con la nuova tipologia normativa e l'ulteriore interrogativo se la precedente disciplina ad esse relativa possa ritenersi *lex specialis*, sì da consentire l'applicazione del brocardo: *lex posterior generalis non derogat priori specialis*³¹⁶.

In ipotesi di applicabilità dell'anzidetto canone ermeneutico, la disciplina (eventualmente) speciale non sarebbe da ritenere, automaticamente, abrogata per incompatibilità, ma potrebbe, invece, essere ricondotta nell'alveo della regolamentazione generale prevista dal nuovo art. 808-*ter*, applicabile solo in quanto con essa non inconciliabile.

7.8.1.-L'arbitrato irrituale nelle controversie del lavoro.

Una prima espressione di arbitrato libero è quella prevista, in materia laburistica, dall'art. 412-*ter* del codice di rito, che, in rubrica,

³¹⁶ Cfr. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1974, 326.

attribuisce a tale forma arbitrale la connotazione nominalistica *irrituale*.

Nella piena consapevolezza che la rubrica di un articolo ha rilevanza assai limitata sul piano esegetico³¹⁷, si rende necessario scrutare *funditus* l'essenza dell'istituto e la sua funzione giuridica per capire se si tratti di vero e proprio arbitrato *irrituale* ovvero di qualcosa di diverso dalla tipologia arbitrale di cui si è finora discusso.

Ai fini dell'indagine anzidetta può tornare utile un sintetico *excursus* della tormentata evoluzione dell'istituto nella materia in esame.

Innanzitutto, di arbitrato *irrituale* parlava anche la rubrica di altra disposizione normativa, l'art. 5 della l. 11 agosto 1973, n. 533 (*Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie*), secondo cui *nelle controversie riguardanti i rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile l'arbitrato irrituale è ammesso soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero dai contratti e accordi collettivi; in questo ultimo caso, ciò deve avvenire senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria/Il lodo arbitrale non è valido ove vi sia stata violazione di disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti o accordi collettivi/Si osservano le disposizioni dell'articolo 2113, secondo e terzo comma, del codice civile, modificato dall'articolo 6 della presente legge*³¹⁸. Veniva, così, introdotta una fattispecie generale di arbitrato irrituale in

³¹⁷ Cfr. GIULIANI, *Interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 1, Torino, 1982, 218 ss.

³¹⁸ A tale previsione generale della l. n. 533/1973 si ricollegano poi gli arbitrati c.d. *irrituali speciali*, come l'arbitrato in tema di sanzioni disciplinari nel settore del lavoro privato (art. 7, commi 6 e 7, l. n. 300/1970), l'arbitrato in tema di lavoro sportivo (art. 4, comma 4, l. n. 91/1981) e l'arbitrato in tema di licenziamenti individuali nelle imprese minori (art. 7, comma 5, l. 15.7.1966, n. 604). Cfr. CAPPONI, *L'arbitrato in materia di lavoro dopo le riforme del 1998*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Giovanni VERDE, 571 ss.

materia di lavoro, ribadendo per questo istituto le limitazioni prescritte, per l'arbitrato rituale, dall'art. 4 della stessa legge n. 533/1973, quali il divieto di arbitrato individuale e la c.d. clausola di salvaguardia della tutela giurisdizionale statale.

La norma di cui al primo comma distingueva, poi, sul piano delle fonti, l'arbitrato irrituale sindacale da quello *ex lege*, pur se la precisazione era dettata dall'esigenza di salvare dall'abrogazione tacita le fattispecie di arbitrato irrituale previste in alcune leggi speciali anteriori.

L'espressa previsione di una figura generale di arbitrato irrituale sembrava segnare un avvicinamento alla disciplina dell'arbitrato rituale, specie con riferimento all'individuazione dei motivi di impugnazione del lodo: il comma secondo prevedeva, infatti, una particolare invalidità del lodo irrituale, impugnabile per *violazione di disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti o accordi collettivi*, in parallelo con la novità normativa rappresentata dall'introduzione ad opera dell'art. 4 l. n. 533/1973 dell'ultimo comma dell'art. 808 c.p.c., che prescriveva l'impugnazione del lodo rituale di lavoro, oltre che per i motivi di cui all'art. 829, anche per *violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi*, prevedendo dunque uno specifico *error in iudicando* ed una singolare equiparazione delle fonti collettive alle fonti di diritto obiettivo.

La dottrina prevalente riteneva che la norma anzidetta consentisse, comunque, la possibilità di impugnare il lodo per i tradizionali vizi contrattuali (vizi del consenso, eccesso dai limiti del mandato e quant'altro), che potevano essere fatti valere con le normali impugnative negoziali.

Il particolare motivo d'invalidità previsto dalla norma finiva, poi, per valorizzare il lodo libero come atto di giudizio e non come atto

meramente negoziale e dispositivo, in quanto, inevitabilmente attribuiva al giudice dell'impugnazione la cognizione del merito della controversia³¹⁹.

Nel realizzare la *privatizzazione* del lavoro pubblico con conseguente devoluzione al giudice ordinario delle relative controversie, il legislatore della delega *Bassanini* (art. 11, comma 4, l. 15.3.1997, n. 59, lett. g) prevedeva la possibilità di adottare *misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso*, in particolare mediante l'introduzione di *procedure di conciliazione e arbitrato*³²⁰. Il legislatore delegato (decreto n. 80/1998) provvedeva ad una prima stesura degli artt. 412-ter e 412-quater (con l'art. 39), che veniva subito fatta oggetto di rilievi critici in dottrina³²¹; seguiva un intervento *correttivo* d'urgenza ad opera dell'art. 19 del d.lgs. n. 387/1998, che, tra l'altro, ha inserito nella rubrica dell'art. 412-ter il riferimento al carattere *irrituale* della nuova figura di arbitrato *sindacale* e formalizzato.

³¹⁹ Cfr., tra gli altri, FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1974, 220; MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, 80; *contra*, GRANDI, *L'arbitrato irrituale in materia di lavoro*, *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1991, I, 428. Era certo, di contro, che l'arbitrato irrituale del lavoro non fosse riconducibile allo schema concettuale dell'arbitraggio di una transazione, secondo la ricostruzione dogmatica prevalente nella giurisprudenza relativa all'arbitrato di diritto comune: infatti l'art. 5 della l. n. 533/1973, nel rinviare al secondo e terzo comma dell'art. 2113 c.c., non richiamava il primo comma, che sancisce l'invalidità delle transazioni aventi *per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge e dei contratti collettivi*. Era evidente infatti che, in forza del mancato richiamo, l'arbitrato poteva risolvere controversie aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili, benché non potesse predisporre un assetto di interessi delle parti in violazioni di tali disposizioni.

³²⁰ La storia dell'arbitrato irrituale individuale in materia di lavoro nasce proprio ponendo in stretta correlazione conciliazione e arbitrato: cfr. CAPPONI, *op.cit.* 573, nota 4, che segnala, pure, come la stessa genesi degli artt. 412-ter e quater si rinvenga in un disegno di legge del CNEL dedicato proprio a *conciliazione ed arbitrato* in tema di lavoro.

³²¹ Cfr., tra gli altri, CHIARLONI, *Prime riflessioni su riforma del pubblico impiego e processo*, in *Corr.giur.*, 1998, 625 ss.; e MURONI, *La nuova disciplina dell'arbitrato in materia di lavoro*, in *Corr.giur.* 1998, 139, secondo cui la nuova disciplina risultava in un certo senso trasversale all'arbitrato irrituale ed a quello rituale, in quanto la prima norma (art. 412-ter) risultava applicabile ad entrambe le figure, mentre la seconda (art. 412-quater) risultava applicabile al solo arbitrato irrituale (la cui previsione generale restava affidata all'art. 5, comma 1, l. n. 533/1973).

E' stata, così, introdotta una specifica disciplina dell'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro, in luogo di quella di cui all'art. 5, il cui contenuto precettivo rimaneva nondimeno fermo anche se fortemente ridimensionato a seguito dell'abrogazione degli ultimi due commi in forza dell'art. 43 del decreto anzidetto.

La dottrina non ha mancato di sottolineare la natura incerta della nuova figura, non senza stigmatizzare il modo approssimativo con cui era intervenuto il legislatore³²². Per un verso, infatti, l'indicazione nominalistica rendeva avvertiti che la nuova disciplina non si riferiva all'arbitrato rituale di lavoro, soggetto alla disciplina codicistica, mentre la particolare fisionomia ne rendeva problematica la considerazione come arbitramento irrituale *puro*, secondo la configurazione che l'istituto aveva oramai assunto nella prassi giurisprudenziale³²³.

In particolare, l'articolo 412-ter dispone che, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione o decorso, comunque, il termine per il suo espletamento, le parti possono concordare di deferire ad arbitri la risoluzione della controversia, anche tramite l'organizzazione sindacale alla quale aderiscono o abbiano conferito mandato, se i contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro

³²² VERDE, *Profili del processo civile. 2. Processo di cognizione*, II ed., Napoli, 2000, 359, parla di *entità ermafrodita*.

³²³ Cfr. BOCCAGNA, *Artt. 412 ter e 412 quater*, in AAVV, *Riforma dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove Leggi Civ.Comm.*, 1999, 1561; BORGHESI, *Un nuovo statuto per l'arbitrato irrituale*, in *Leggi Pubb.Amm.* 1998, 809. Nel senso dell'irritualità si erano, invece, espressi LUISO, *L'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro dopo la riforma del 1998*, in *Riv.arb.* 1999, 42; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 1999, 240; cfr. pure PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 103 e 488; II, 117 e 171, secondo cui la qualifica di irritualità attribuita dal legislatore all'arbitrato in questione significherebbe solamente l'applicabilità alle controversie di lavoro compromesse in arbitri irrituali di una disciplina speciale relativa alla stipulazione del patto compromissorio nonché all'instaurazione e svolgimento del procedimento, anche in tema di deposito ed impugnazione del lodo, in deroga alla disciplina generale di cui agli artt. 806 ss.s., per il resto pienamente applicabile.

prevedono tale facoltà e contengono le prescrizioni specificamente indicate.

Dalla chiara formulazione normativa risulta, innanzitutto, che l'arbitrato in questione si inserisce nello schema procedimentale tipico delle controversie di lavoro, che postula l'esperimento obbligatorio del tentativo di conciliazione. Tale adempimento viene, così, a porsi come condizione ineludibile di procedibilità, non solo dell'ordinaria azione giudiziaria, ma anche della domanda di arbitrato³²⁴.

Al riguardo, può risultare sorprendente che il legislatore abbia voluto accostare una (eventuale) fase conciliativa o, comunque, l'esperimento delle incombenze funzionali alla verifica della possibilità di conciliazione anche ad una forma arbitrale, e non solo ordinaria, di tutela.

Salvo a non ritenere che, con poca accortezza, sia stata introdotta un'incombenza inutile, in quanto meramente ripetitiva, non par dubbio che la *consecutio* tracciata dal legislatore: tentativo di conciliazione/arbitrato potrebbe avere un senso solo ovi ci si allontani dall'idea che l'arbitrato sia una mera composizione transattiva della

³²⁴ Cfr. CAPPONI, *op.cit.* 577, secondo cui con la previsione (in logica di prevenzione generale) del tentativo di conciliazione anche in tema di arbitrato il legislatore ha inteso parificare la situazione innanzi al giudice a quella dinanzi agli arbitri, per ragioni di politica giudiziaria. Secondo LUISO, *op.cit.*, 32, l'esperimento negativo del tentativo di conciliazione non deve essere inteso come una condizione di validità del compromesso, posto che si tradurrebbe in un rigoroso, oltre che ingiustificato, onere per le parti. VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, *Arg.dir.lav.*, 1998, 752, dubita che la violazione della norma rientri fra i motivi di nullità del lodo ex art. 412-*quater*, pur ritenendo che gli arbitri devono applicare l'art. 412-*bis* (facoltà negata, invece, da MIRANDA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione e l'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro*, Padova, 2005, 91). La norma avrebbe, dunque, portata meramente descrittiva e non precettiva. Secondo VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 46, l'inosservanza dell'obbligo del tentativo di conciliazione non sembra inquadrabile in alcuna delle ipotesi di nullità regolate dall'art. 829.

Quanto alle modalità di espletamento non si dubita in dottrina che, nonostante la modifica introdotta dall'art. 19 d.lgs n. 387/1998, che ha eliminato dalla norma in questione il riferimento all'art. 410-*bis* contenuto nel testo originario, il tentativo di conciliazione debba svolgersi secondo le modalità del menzionato art. 410-*bis* (cfr., sul punto, MAGRINI, *La "piccola riforma" della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Dir. e prat. del lav.*, 1998, n. 24,1591; MURONI, *La nuova disciplina dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Giust.civ.*, 1998, 1345).

controversia e non già un procedimento finalizzato ad un giudizio, quale che sia la forma esteriore che l'atto deliberativo sia destinato ad assumere.

E' indubbio, comunque, che la previsione - anche per l'arbitrato irrituale - del tentativo obbligatorio di conciliazione abbia segnato una tappa importante nel processo di tendenziale *processualizzazione* di tale forma arbitrale³²⁵, imprimendogli una marcata caratterizzazione in tal senso.

A fronte della nuova figura di arbitrato *irrituale*, dai tratti procedurali così nettamente scolpiti, si è posto il quesito se la stessa si sovrapponesse alle altre forme arbitrali irrituali già previste dalla legge ovvero se potesse con esse coesistere.

In dottrina si era optato per quest'ultima soluzione argomentando che l'arbitrato irrituale *generale* previsto dall'art. 5, comma 1, l. n. 533/1973, cui si ricollegavano gli arbitrati irrituali *speciali* previsti da leggi particolari, fosse sopravvissuto all'intervento normativo, che si era limitato ad introdurre una nuova forma di arbitrato qualificato *irrituale*³²⁶, anche se forte era l'impressione che il legislatore, pur non abrogandoli espressamente, avesse voluto abbandonare al loro destino gli arbitrati diversi da quello introdotto dalla nuova disciplina (artt. 412-*ter* e 412-*quater*) divenuto la nuova figura generale (o "trasversale") di arbitrato *irrituale*, sul quale il riformatore aveva puntato ogni speranza di rilancio dell'istituto³²⁷.

³²⁵ Cfr. CAPPONI, *op.cit.* 578.

³²⁶ Cfr. CECHELLA, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. Giur.lav.* 1999, 178 ss.; CAPPONI, *op.cit.*, 579.

³²⁷ Si riteneva, così, che sopravvivesse le forme di arbitrato *ex lege* nonché quelle forme arbitrali previste dai contratti e accordi collettivi (art. 5, comma 1, l. n. 533/1973), con la conseguente coesistenza tra arbitrati *generici* previsti dal menzionato art. 5 ed arbitrati *procedimentalizzati* o *tendenzialmente ritualizzati* disciplinati dal codice di rito. I primi sarebbero sottratti alle nuove regole codicistiche, e dunque definibili con lodo impugnabile innanzi al tribunale competente ai sensi dell'art. 413 c.p.c., chiamato a pronunciarsi con sentenza appellabile, restando ovviamente esclusa la possibilità di attribuire esecutività al lodo.

Più esattamente, non sembra dubbio, alla luce della lettura sistematica delle norme anzidette, che la disciplina dettata dagli artt. 412-ter e 412-quater si applichi a tutti gli arbitrati irrituali di lavoro di fonte collettiva e che l'arbitrato previsto dall'art. 5 l. n. 533/1973 coincida oramai con quello disciplinato dalle norme codicistiche anzidette³²⁸.

Il nuovo modello di arbitrato irrituale continua nondimeno a coesistere con altre fattispecie di arbitrato libero previste dalla legge, alle quali, pacificamente, non si applica questa disciplina. Infatti, ai sensi del comma 1 dell'art. 5 l. n. 533/1973, ancora oggi l'arbitrato irrituale è ammesso per le controversie di lavoro non solo quando è previsto in contratti o accordi collettivi, ma anche nei casi in cui sia previsto *ex lege*³²⁹.

Gli artt. 412-ter e 412-quater delineano una figura generale di arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro, caratterizzata, al di là di ulteriori peculiarità, dalla sua fonte necessariamente collettiva: ciò di

³²⁸ Pertanto, è soggetto alla disciplina codicistica anche l'arbitrato di fonte collettiva per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari nel pubblico impiego, previsto nella prima parte degli artt. 59 e 59 bis (introdotto dall'art. 28 d.lgs. n. 80/1990 e corrispondente all'art. 56 d.lgs. n. 165/01) del d.lgs. n. 29/1993: cfr. Cass. 7.1.2003, n. 44; id. Sez. Un. 6.10.2000 n. 10; e si sono sostanzialmente adeguati alle norme anzidette gli arbitrati irrituali sindacali, previsti da accordi interconfederali.

³²⁹ Sono figure di arbitrato *ex lege*, tra le altre: l'arbitrato in materia di licenziamento dei dipendenti da piccole imprese di cui alla l. n. 108/90; l'arbitrato in materia di licenziamenti individuali (art. 7 u.c. l. n. 606/1966); l'arbitrato in materia di sanzioni disciplinari per il settore privato (art. 7 Stat.lav.) e per il settore pubblico (ex art. 59, comma 7, seconda parte, e 8 d.lgs. n. 29/93); quello previsto innanzi al collegio di conciliazione ai sensi del combinato disposto degli artt. 59 bis e 69 bis d.lgs. n. 29/1993, che si svolge con le modalità e gli effetti dell'arbitrato previsto dall'art. 7 Stat.lav. (del quale recepisce la natura irrituale); nonché l'arbitrato in materia di esecuzione del contratto di lavoro sportivo (art. 4, comma 4, l. n. 91/81).

Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'arbitrato *ex lege* non costituisce una fattispecie autonoma di arbitrato irrituale, ma *species* della sola categoria concettuale di arbitrato irrituale, soggetto, come quello previsto dalla contrattazione collettiva, allo stesso regime di impugnativa di cui all'art. 412-quater, non essendovi ragione alcuna per una disciplina differenziata, specie alla luce dell'abrogazione dei commi 2 e 3 dell'art. 5 (cfr. Cass. 2.2.2009, n. 2576). Anzi tale abrogazione si spiegherebbe proprio considerando che il legislatore ha dettato, nell'art. 412-quater, un nuovo regime (unificato) dell'impugnativa del lodo in caso di arbitrato irrituale. Di talché, *alla fattispecie dell'arbitrato rituale, assoggettato all'impugnativa di cui all'art. 828 c.p.c. si contrappone un'unica fattispecie di arbitrato irrituale, di norma previsto dal C.C.N.L., ma talora contemplato dalla legge, assoggettato in entrambe le ipotesi all'impugnativa di cui all'art. 412-quater c.p.c.* (così Cass. n. 2576/2009 cit.). Escluso, allora, che quella dell'arbitrato irrituale *ex lege* possa costituire una fattispecie autonoma, rimane la sola alternativa tra arbitrato irrituale *tout court* ed arbitrato rituale.

per sé non esclude che mantengano pieno vigore le fattispecie di arbitrato irrituale previste in leggi speciali, così come potranno essere previste, proprio ai sensi dell'art. 5 l. n. 533/1873, nuove e speciali fattispecie legislative di arbitrato irrituale di lavoro.

Già a priva vista la nuova figura arbitrale rivela una natura ibrida o mista che lo colloca ai margini della tradizionale distinzione tra arbitrato irrituale ed arbitrato rituale, in posizione trasversale.

Ove si volesse, comunque, tentare un inquadramento dell'istituto in una delle due categorie concettuali, la preferenza dovrebbe accordarsi per la forma rituale, stante i profili distintamente *processualizzati* della sua fisionomia³³⁰.

Le prescrizioni della contrattazione collettiva alle quali fa riferimento l'art. 412-ter sono quelle specificamente indicate e riguardano:

a) *le modalità della richiesta di devoluzione della controversia al collegio arbitrale e il termine entro il quale l'altra parte può aderirvi*³³¹;

b) *la composizione del collegio arbitrale e la procedura per la nomina del presidente e dei componenti*;

c) *le forme e i modi di espletamento dell'eventuale istruttoria*³³²;

d) *il termine entro il quale il collegio deve emettere il lodo, dandone comunicazione alle parti interessate*;

e) *i criteri per la liquidazione dei compensi agli arbitri*.

³³⁰ Cfr. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, Padova, 2003, 118 ss. Secondo BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, 335, l'arbitrato irrituale di lavoro continuerebbe ad appartenere, sia pure in posizione del tutto particolare, al *genus* dell'arbitrato irrituale di diritto comune.

³³¹ Il mancato rispetto del termine per l'adesione alla domanda di arbitrato non determina alcuna *decadenza*, ma trasforma l'accettazione tardiva in nuova proposta, bisognosa a sua volta di accettazione da parte dell'originario proponente: così VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg.dir.lav.*, 1998, 752.

³³² Con possibilità di riferimento *per relationem* alla disciplina codicistica in tema di arbitrato rituale.

I commi successivi sanciscono: il primo, la possibilità che i contratti e accordi collettivi prevedano l'istituzione di collegi o camere arbitrali stabiliti, composti e distribuiti sul territorio secondo criteri determinati in sede di contrattazione nazionale; il secondo, l'applicabilità alla pronuncia del lodo arbitrale dell'art. 429, comma 3, c.p.c.; l'applicabilità degli artt. 91, comma 1, e 92 c.p.c. in tema di regime delle spese della procedura arbitrale.

L'art. 412-*quater* detta, poi, norme in tema di impugnazione ed esecutività del lodo arbitrale, come sopra elaborato. Prevede, infatti, che sulle controversie relative alla validità del lodo arbitrale decide in unico grado il tribunale, in funzione di giudice del lavoro, della circoscrizione in cui è la sede dell'arbitrato; stabilendo un termine per la proposizione del ricorso, in giorni trenta dalla notificazione del lodo.

Il comma secondo dispone, infine, che trascorso tale termine, o se le parti hanno comunque dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale, ovvero se il ricorso è stato respinto dal tribunale, il lodo è depositato nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato; e che il giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del lodo arbitrale, lo dichiara esecutivo con decreto³³³.

Le puntuali prescrizioni della speciale disciplina, ritenute evidentemente necessarie per superare le tradizionali diffidenze di parte sindacale nei confronti dell'arbitrato e per favorire, così, il rilancio dell'istituto, portano a compimento il processo di formalizzazione e *processualizzazione* dell'arbitrato irrituale in

³³³ L'art. 412-*quater* è stato inserito dall'art. 39 d.lgs 31.3.1998, n. 80; il testo è stato poi modificato dall'art. 19 d.lgs 29 ottobre 1998, n. 387.

materia di lavoro³³⁴. Non solo, ma comportano una chiara compressione dell'autonomia privata, sancendo la decisa prevalenza della disciplina collettiva sulle libere determinazioni delle parti, le quali saranno costrette a muoversi entro i limiti tracciati dalla disciplina collettiva, se vorranno accedere alla particolare figura di arbitrato disciplinata dal codice di rito. Tale figura assai difficilmente è inquadrabile nella tradizionale dicotomia tra arbitrato rituale ed irrituale.

La peculiare disciplina - segnatamente, nella parte relativa al regime di impugnazione teso a valorizzare implicitamente la componente sostanzialmente decisoria nonché, soprattutto, l'idoneità del lodo ad acquisire l'efficacia di titolo esecutivo - sembra suggerire l'inquadramento di questo tipo di arbitrato nei termini di una figura ibrida di arbitrato *semirituale*, a torto denominato irrituale, nel senso cioè di *libero*, essendo strutturato in modo da acquisire una differente stabilità ed una maggior forza, specie sul versante esecutivo, sulla falsariga di quanto avviene per l'arbitrato rituale ex art. 825, onde risultare maggiormente funzionale ad assicurare le finalità di tutela del lavoratore.

Il carattere ibrido della regolamentazione è ancor più marcato in materia di impugnazione, per chi ritenga che l'individuazione dei motivi d'impugnazione, nel silenzio del legislatore, dovrebbe risentire della connotazione negoziale del lodo, mentre, incontrovertibilmente, la disciplina dei termini, del procedimento d'impugnazione e

³³⁴ Di cui si ha chiara consapevolezza nella relazione che accompagna il menzionato disegno di legge CNEL, al quale il legislatore delegato ha attinto: *la tradizionale distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, anche dopo la riforma di cui alla l. n. 25/1994, mal si presta a un preciso inquadramento delle figure arbitrali già oggi previste in materia di lavoro*: da CAPPONI, *op.cit.* 584.

dell'*exequatur* è ispirata alle regole dell'arbitrato rituale, rendendone possibile l'applicazione analogica³³⁵.

In questi termini può, tra l'altro, risolversi il quesito dell'applicabilità del termine annuale di decadenza delle impugnazioni, di cui all'art. 828, comma 2, in caso di mancata notificazione del lodo³³⁶, ad ulteriore sottolineatura della singolare convergenza di profili relativi alla connotazione negoziale del lodo (propri dell'arbitrato irrituale *puro*) e di profili procedurali tipici del lodo rituale.

La brevità del termine entro il quale il tribunale competente deve pronunciarsi si spiega con l'esigenza di assicurare la tempestiva e massima stabilità dell'epilogo arbitrale, tant'è che, decorso tale termine non sarà più possibile esperire altra impugnazione, nonostante i diversi termini previsti per le impugnative negoziali.

Il controllo del tribunale è di tipo estrinseco, non comportando l'automatica possibilità di decidere la causa nel merito; trattandosi di decisione in unico grado, la sentenza non sarà appellabile, ma solo ricorribile per cassazione (ai sensi art. 360, comma 1, e non già art. 111 Cost.).

Come già il lodo irrituale di cui all'art. 5, comma 5, l. n. 108/1990, anche quello in esame può acquistare efficacia esecutiva, alla pari di un lodo irrituale, nei casi previsti dalla norma (inutile decorso del termine per l'impugnativa, accettazione espressa della

³³⁵ In particolare, quanto ai motivi d'impugnazione, nella versione originaria dovuta al d.lgs. n. 80/1998, l'art. 412-*quater* ammetteva l'impugnazione per violazione di disposizioni inderogabili di legge e per difetto assoluto di motivazione; nella versione emendata dal decreto n. 387/1998, la norma tace circa i motivi specifici (senza peraltro escludere quelli appena menzionati) per la cui individuazione l'interprete deve tener conto dell'intervenuta abrogazione degli originari 2° e 3° comma dell'art. 5 l. n. 533/1973. Accanto alle ordinarie impugnative negoziali, tipiche del lodo irrituale, occorrerà fare riferimento alla mancanza degli specifici presupposti della particolare figura in esame (difetto della condizione di procedibilità o degli elementi rimessi alla predisposizione delle norme collettive): tutti i possibili motivi confluiranno nell'unica impugnazione ex art. 412-*quater*, non essendo possibile distinguere tra vizi diretti del lodo e vizi derivati, relativi al procedimento della sua formazione: cfr. CAPPONI, *op.cit.*, 585.

³³⁶ In questo senso VERDE, *Lineamenti*, cit., 46.

decisione arbitrale da parte di entrambe le parti, rigetto dell'impugnazione da parte del tribunale). Il controllo di regolarità del lodo è di tipo estrinseco. Trattandosi di disciplina dell'*exequatur* chiaramente ispirata all'art. 825, comma 3, c.p.c., deve ritenersi applicabile, in via analogica, il comma 5 dello stesso articolo in ordine alla reclamabilità del decreto che nega esecutorietà al lodo³³⁷.

Questa la situazione antecedente alla novella del 2006, che vedeva porsi un modello generale di arbitrato *irrituale* in materia di lavoro. Identici problemi di coordinamento si pongono, ora, con riferimento al nuovo statuto di arbitrato irrituale introdotto dall'art. 808-ter.

La peculiarità delle esigenze del mondo del lavoro, sottese alla configurazione della particolare forma arbitrale di cui si è detto, non lasciano spazio a dubbi di sorta sulla coesistenza dei due moduli e sulla non riconducibilità, a dispetto della connotazione nominalistica dell'art. 412-ter, dell'arbitrato di lavoro allo schema concettuale dell'arbitrato irrituale di cui all'art. 808-ter.

La specificità di questo tipo di arbitrato continua a risiedere, essenzialmente, nell'idoneità del solo lodo libero di lavoro ad acquisire efficacia di titolo esecutivo stragiudiziale nonché nella sua marcata componente sindacale. Infatti, il legislatore, oltre a ribadire la c.d. clausola di salvaguardia³³⁸ ed il divieto di arbitrato individuale³³⁹,

³³⁷ Giustamente è stata sottolineata (VERDE, *Profili*, 2, cit. 362-363) la singolarità della previsione del controllo di regolarità formale anche in caso di rigetto dell'impugnazione.

³³⁸ Prevista, peraltro, da alcuni contratti collettivi (Aran, Confservizi, Cispel e Confapi) anche in corso di arbitrato: cfr. BORGHESI, *I primi contratti collettivi definiscono il nuovo statuto dell'arbitrato irrituale*, *Leggi Pubblica Amministrazione*, 2001, 167 ss.. La giurisprudenza ha affermato che la clausola di salvaguardia si inserisce automaticamente nella clausola compromissoria collettiva, ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.: cfr. Cass. Sez. U. 14.11.2002, n. 16044.

³³⁹ La scelta sindacale in favore dell'arbitrato irrituale costituisce presupposto della valida stipulazione di un vero e proprio compromesso individuale ovvero una sorta di *negozio autorizzativo* che lascia impregiudicata la necessità di un patto compromissorio individuale autonomo: cfr. Cass. 6.3.1992, n. 2773, in *Riv.arb.* 1992, 377, con nota D'ALESSANDRO; la

impone che già a livello di contrattazione collettiva venga predisposta una disciplina del procedimento arbitrale in tutte le sue fasi di svolgimento secondo le prescrizioni espressamente indicate. Nell'ottica di potenziamento della tutela della parte individuale debole, la disciplina codicistica attribuisce, dunque, alla sola autonomia negoziale collettiva il potere di prestabilire le regole procedurali di svolgimento dell'arbitrato irrituale³⁴⁰.

Netta è la differenziazione dei regimi d'impugnazione, anche se entrambe le discipline prevedono l'esperimento di una ordinaria azione di cognizione per far valere i vizi del lodo irrituale. Sennonché, profondamente diversi sono i motivi d'impugnativa che, per l'arbitrato irrituale di lavoro, ineriscono alla validità del lodo (ai sensi dell'art. 412-*quater*, che si riferisce alle *controversie aventi ad oggetto la validità del lodo arbitrale*), trattandosi delle tipiche azioni contrattuali (azioni di nullità ex art. 1418 c.c., di annullamento ex artt. 1425 ss. c.c. e per eccesso dai limiti del mandato di cui all'art. 1711 c.c.³⁴¹), mentre l'art. 808-*ter* contiene, al comma secondo, un elenco di distinti motivi di annullabilità del lodo, che solo ove se ne escluda la tassatività, può lasciare spazio all'esperimento delle ordinarie azioni d'invalidità.

mancanza determina invalidità del lodo, censurabile in sede di impugnazione: cfr. LUISO, *L'arbitrato irrituale*, cit., 33.

³⁴⁰ E' stato correttamente osservato in dottrina la speciale disciplina individua due condizioni per il valido deferimento ad arbitri irrituali delle controversie di lavoro: l'autorizzazione sindacale e la predisposizione nella clausola sindacale delle regole processuali indicate dall'art. 412-*ter*: cfr. LUISO, *L'arbitrato irrituale*, cit., 35; BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2006, 832; *contra* GRANDI, *Arbitrato e processo. Profili di qualificazione degli arbitrati irrituali in materia di lavoro*, *Arg.dir.lav.*, 1999, 595.

³⁴¹ Secondo VERDE, *Lineamenti*, cit., 46, i motivi di *validità* del lodo arbitrale di lavoro si identificano in quelli che sostanziano i vizi del lodo rituale, ai sensi dell'art. 829, trattandosi di lodo sostanzialmente rituale.

In tale logica di differenziazione può anche essere significativa l'abrogazione del comma secondo dell'art. 5 della l. n. 533/1973³⁴², secondo cui *il lodo arbitrale non è valido ove vi sia stata violazione di disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti o accordi collettivi*, che, delineando un *error in iudicando* aveva conferito allo stesso lodo un contenuto decisorio. Se è vero che l'eliminazione del riferimento normativo non rende il lodo incensurabile sotto tale profilo, è pur vero che la prevista violazione può essere fatta valere solo con l'esperimento di un'azione di nullità, qualora l'assetto degli interessi sostanziali delle parti che ne scaturisce sia contrario a norme inderogabili di legge, e non già per la mera violazione delle stesse norme³⁴³. Ad ogni modo, mentre l'azione di impugnativa ai sensi dell'art. 412-*quater* è soggetta ad un brevissimo termine di decadenza, l'azione di impugnativa del lodo libero di cui all'art. 808-*ter* è soggetta all'ordinario termine prescrizione. Inoltre, il giudizio di impugnativa del lodo irrituale di lavoro si svolge in unico grado, mentre quello relativo al lodo libero di diritto comune segue il normale *iter* lungo i due gradi di merito. Da ultimo, solo il lodo libero di lavoro può acquistare efficacia di titolo esecutivo stragiudiziale³⁴⁴.

³⁴² Ad opera dell'art. 43 d.lg. n. 80 del 1998, con l'effetto di consentire la pronuncia arbitrale secondo equità, salvo il limite della norma inderogabile di legge

³⁴³ Si discute in dottrina se tra le norme inderogabili debbano farsi rientrare anche quelle processuali stabilite in sede di contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 412-*ter* (in senso favorevole LUISSO, *L'arbitrato irrituale* cit., 43; BORGHESI, *Un nuovo statuto*, cit., 824; *contra* CECHELLA, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, *Mass.Giur.Lav.*, 1999,125). Sembra però preferibile l'opinione secondo cui la violazione da parte degli arbitri delle regole processuali predisposte dalla contrattazione collettiva, ai sensi dell'art. 412-*ter*, sia censurabile in sede di impugnazione del lodo, ma solo in quanto detta violazione integri un eccesso dai limiti del mandato che viene conferito agli arbitri dalle parti, anche attraverso l'eterointegrazione della volontà di queste ultime da parte della contrattazione collettiva (cfr. in questo senso BOCCAGNA, *Artt. 412-ter e 412-quater*, in AAVV, *Riforma dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ.comm.* 1999, 1573; CORSINI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: note sull'impugnazione del lodo ex art. 412-quater c.c.*, in *Il lav. nella giurispr.*, 2000, 12.

³⁴⁴ Cfr. BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2006, 834.

Si tratta di connotati di particolarità tanto intensi da rendere l'istituto del tutto estraneo non solo alla tradizione di matrice giurisprudenziale dell'arbitrato irrituale *puro*, ma anche alla nuova configurazione emergente dall'art. 808-*ter*. Sicché sembra problematico l'inquadramento come *species* del nuovo arbitrato libero di diritto comune e più plausibile l'accostamento, in rapporto di *species a genus*, all'istituto codicistico³⁴⁵.

Come è ovvio, il rilievo che precede non risponde solo ad esigenze di inquadramento concettuale, ma è decisivo sul versante delle conseguenze applicative. L'assimilazione dell'arbitrato in questione alla forma rituale porta, infatti, alla conclusione che, per colmare le lacune della regolamentazione anzidetta, è applicabile la disciplina dettata per l'arbitrato rituale e non già la scarna normativa dell'art. 808-*ter*.

In particolare, per integrazione le norme relative agli arbitri, potrebbero trovare applicazione le regole in tema di responsabilità e ricusazione dell'arbitro rituale. Parimenti, la disciplina collettiva del procedimento arbitrale potrebbe essere integrata dalla normativa codicistica, specie in tema di istruzione probatoria, ai sensi dell'art. 816-*ter*, di eccezione di incompetenza, ai sensi dell'art. 817, di sospensione, ai sensi dell'art. 819 *bis*, ed infine di rapporti tra arbitro e giudice statale, a mente dell'art. 819-*ter*. La stessa procedura d'integrazione andrebbe, infine, seguita anche per il lodo, ritenendo applicabile l'art. 825, ultimo comma, per cui contro il decreto che nega o concede al lodo l'efficacia esecutiva è ammesso reclamo mediante ricorso alla Corte di Appello entro trenta giorni dalla

³⁴⁵ Così BOVE, *La giustizia privata*, cit., 253. Anche VERDE, *Lineamenti* cit., 46, reputa che si tratti di un tipo particolare di arbitrato rituale, *la cui disciplina diverge dal modello ordinario, avendo il legislatore privilegiato in questo settore l'autonomia collettiva (a scapito di quella individuale), avendo circondato l'arbitrato di maggiori garanzie e avendo tentato di imprimere ad esso una maggiore speditezza.*

comunicazione; ovvero la normativa sui motivi d'impugnazione del lodo che, non indicati dall'art. 412-*quater*, andrebbero ricavati dall'art. 829 c.p.c.³⁴⁶.

7.8.2.-L'arbitrato irrituale societario.

Una particolare forma di arbitrato irrituale è espressamente prevista, in ambito societario, dall'art. 35 d.lgs. n. 5/2003. In questo settore, il fenomeno arbitrale ha certamente dato buona prova di sé, tant'è che non è stato neppure lambito dalla recente riforma del processo civile e dall'intervenuta soppressione del rito societario³⁴⁷.

La previsione di una specifica disciplina dell'arbitrato *in subiecta materia* ha posto il quesito della possibile concorrenza, in genere, della disciplina di cui ai citati artt. 34 ss. d.lgs n. 5/2003 con quella degli artt. 806 ss. c.p.c. allorché la definizione della lite societaria sia rimessa ad arbitri.

Identico interrogativo si è posto, in via consequenziale, proprio per l'arbitrato irrituale, con riferimento all'ammissibilità in ambito societario di un arbitrato irrituale di diritto comune.

E' evidente, d'altronde, che, in caso di risposta positiva al quesito generale³⁴⁸, non dovrebbero esserci specifiche ragioni ostative per

³⁴⁶ Così BOVE, *op.cit.*, 254.

³⁴⁷ L'art. 54, comma 5, della l. 18.6.2009, n. 69, ha abrogato gli articoli da 1 a 33, 41, comma 1 e 42 del d.lgs. 17.1.2003, n. 5, lasciando così in vigore, tra le altre, le disposizioni di cui a titolo V dedicato all'arbitrato (artt. 34-37).

³⁴⁸ Per la quale cfr. in dottrina CHIARLONI, *Appunti sulle controversie decidibili per arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 123 ss.; AULETTA, *Commento all'art. 34*, in AA.VV., *La riforma delle società. Il processo (a cura di B.Sassani)*, Torino, 2003, 328 ss.; ID., *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (disorientamenti) del notariato*, in *Riv. arb.*, 2004, 361 ss.; SANTAGADA-D'ALESSANDRO-GIORGIETTI-ZUMPARNO, *Il nuovo processo societario*, Milano, 2006, 253; NELA, *Commento all'art. 34*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario (a cura di S. Chiarloni)*, Bologna, 2004, 932 ss.; SOLDATI-AMADEI, *Il processo societario*, Milano, 2003, 139 ss. *Contra*, nel senso che la nuova *species* arbitrale introdotta dal d.lgs. n. 5/2003 sia insuscettibile di deroga (con la duplice conseguenza che, ove la società opti per la risoluzione arbitrale della controversia, la sola

escludere l'ammissibilità anche di un arbitrato irrituale di diritto comune in materia societaria e che, dunque, accanto alla tipologia di arbitrato societario posto in essere nel rispetto della speciale disciplina e delle forme da essa previste (segnatamente: obbligo di deposito della domanda di arbitrato nel registro delle imprese; vincolatività del lodo per la società; meccanismo di nomina esterna degli arbitri) possa trovare spazio anche un arbitrato libero ordinario; di talché, in presenza di clausola compromissoria statutaria, che consenta la devoluzione ad arbitri delle controversie societarie, le parti possano liberamente optare per una risoluzione della controversia mediante lodo avente efficacia di mera *determinazione contrattuale*, non soggetto a *exequatur* ed impugnabile per i soli motivi di cui al comma 2 dell'art. 808-ter, con conseguente deroga allo speciale regime dell'arbitrato societario³⁴⁹.

Insomma, a fronte dell'espressa previsione di un arbitrato societario *anche non rituale* contenuta nel comma 5 del menzionato articolo 35³⁵⁰, c'è da chiedersi se un arbitrato così concepito debba essere, necessariamente, disciplinato dalla normativa speciale ovvero dalla normativa di diritto comune, enucleabile dal nuovo art. 808-ter

disciplina applicabile sarà quella degli artt. 34 ss.; e che, per altro verso, le clausole compromissorie contenute negli atti costitutivi e negli statuti societari adottati prima dell'entrata in vigore della riforma sono affette da nullità sopravvenuta), cfr. LUISO, *Commento all'art. 34*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario* (a cura dello stesso Autore), Torino, 2006, 558; CARPI, *Profili di arbitrato in materia di società*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 29; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nella società dopo la riforma*, *ibidem*, 968; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1286.

³⁴⁹ Sempre che, ovviamente, l'opzione per la modalità irrituale non sia preclusa dalla legge (come nel caso dell'art. 36, comma 1, d. lgs. 5/2003, che, quanto alle azioni di impugnativa delle delibere assembleari, impone la decisione *secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile*: in tal senso SASSANI, *op. loc. ult. cit.*, 41).

³⁵⁰ Cfr., in tema, SASSANI-GUIGGIARDI, *Commento agli artt. 34-37 D.Lgs. n. 5/2003*, in *Codice di procedura civile ipertestuale* (a cura di L.P. Comoglio e R. Vaccarella), Torino, 2006, 3026, e ZUCCONI GALLI FONSECA, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, in *Riv. trim.dir.e proc. civ.*, 2006, 513, *spec.* 535 ss.

e, se del caso, dalle altre disposizioni codicistiche con esso compatibili³⁵¹.

In linea di principio non sembrano sussistere ragioni ostative perché le parti non possano scegliere una siffatta modalità. La libertà di scelta va però soggetta a precisi limiti, positivamente previsti.

Il primo discende dall'art. 36, comma 1, secondo cui *anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile... quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari*, oltre che nell'ipotesi in cui, *per decidere*, abbiano conosciuto di questioni non compromettibili,.

Come è fatto palese dalla perspicua formulazione letterale, per questo tipo di controversie è stabilito non solo che il lodo sia pronunciato secondo diritto, ma anche che esso debba essere del tipo rituale, tant'è che al soccombente deve essere consentita la via dell'impugnazione di cui agli artt. 828-829 c.p.c. per lamentare *l'error in iudicando in iure* e, quindi, la violazione delle regole attinenti al merito della controversia; dunque, una via ben diversa da quella esperibile contro il lodo-contratto³⁵². E' evidente che se si consentisse, *in subiecta materia*, l'esperimento di un arbitrato irrituale di diritto comune, si offrirebbe alle parti un comodo espediente per eludere la previsione dell'art. 36, certamente imperativa ed inderogabile³⁵³.

³⁵¹ Questione prospettata da SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 40 ss.

³⁵² Cfr. BOVE, *La giustizia privata*, cit. 329.

³⁵³ SASSANI, *op.cit.*, 42.

Il secondo limite discende dalle prescrizioni dell'art. 34 d.lgs. n. 5/2003.

Sicché, oltre all'eccezione relativa alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 *bis* c.c., i cui atti costitutivi non possono prevedere il ricorso all'arbitrato, ed alla generale condizione della *disponibilità* dei diritti relativi al rapporto sociale oggetto di controversia (comma primo), deve ritenersi operante la norma di cui al comma secondo, ai sensi della quale gli arbitri devono essere nominati da un terzo designatore.

Tenuto conto della *ratio* di tale disposizione, dovuta al fatto che, di regola, le liti societarie hanno un carattere soggettivamente od oggettivamente complicato, e delle specifiche esigenze del settore societario, non sembra ragionevole ipotizzare che l'arbitrato irrituale possa sottrarsi a tale disciplina, comune anche alla forma arbitrale rituale.

La conclusione è che, nel rispetto dei limiti anzidetti, è certamente configurabile, accanto all'ordinaria forma rituale, un arbitrato irrituale di diritto comune in materia societaria.

Certamente, l'identità di disciplina, quanto al rispetto dei limiti di cui si è detto, non significa che le due forme arbitrali, rituale ed irrituale, si avvicinino ulteriormente sino a sovrapporsi.

Anche nel peculiare ambito societario, ciascuna manterrà la propria fisionomia ed il proprio peculiare regime, negli stessi termini che assumono in altri settori dell'ordinamento giuridico.

Quel che è certo, è che il pacifico riconoscimento di un arbitrato irrituale nella speciale materia del societario non sembra poter offrire spunti a sostegno di una determinata tesi, piuttosto che di altra, in ordine al tema di fondo della natura della forma arbitrale oggetto del presente studio.

7.9.-L'arbitrato irrituale e la pubblica amministrazione.

Il tema dell'ammissibilità dell'arbitrato irrituale nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione, oggetto di vivace dibattito in dottrina, sembra avere ormai un rilievo meramente storico da quando l'art. 3, comma 19, della legge 24.12.2007, n. 244, ha introdotto il generale divieto per le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, *di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi*, sanzionando con la nullità le clausole compromissorie od i compromessi comunque sottoscritti ed assoggettando a responsabilità disciplinare ed erariale i soggetti responsabili dei relativi procedimenti.

E' evidente, infatti, che il divieto anzidetto, proprio per il suo carattere assoluto ed indiscriminato, indipendentemente cioè dalla formalità (rituale od irrituale) prescelta, non lascia adito a dubbi di sorta in proposito, risolvendo *in nuce* il problema.

Nondimeno, il differimento dell'entrata in vigore dell'anzidetto divieto al 30 giugno 2010³⁵⁴ lascia un briciolo di attualità al tema, di cui appare opportuna una, pur sintetica, trattazione in questa sede per i riflessi che le conclusioni del presente studio possono avere ai fini della relativa soluzione.

La tesi contraria all'ammissibilità dell'arbitrato irrituale nei rapporti con la p.a. è stata, tradizionalmente, basata sul principio secondo cui non sarebbe consentito alla p.a. rimettere ad un soggetto

³⁵⁴ Termine inizialmente fissato all'1.7.2008 dall'art. 15 d.l. 31.12.2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla l. 28.2.2008, n. 31; e poi differito al 31.12.2008 dall'art. 4-*bis* d.l. 3.6.2008, n. 97, introdotto dalla legge di conversione 2.8.2008, n. 129, ed ulteriormente prorogato al 30 giugno 2010 dall'art. 1-*ter* d.l. 23.10.2008, n. 162, introdotto dalla legge di conversione 22.12.2009, n. 201.

privato la valutazione sul contenuto e sulla stessa opportunità di stipula di un atto negoziale, così inteso il lodo libero, rispetto al quale ciascuna parte in conflitto abbia preliminarmente manifestato la volontà di assumerne il contenuto, come se fosse volontà propria liberamente formata e manifestata³⁵⁵. Tale meccanismo è stato sempre ritenuto scarsamente compatibile con i principi che regolano l'agire della pubblica amministrazione, in forza dei quali non è consentito delegare a terzi estranei la formazione della volontà negoziale della p.a. medesima. Tale giustificazione *storica* risente, in tutta evidenza, della concezione negoziale dell'istituto.

L'orientamento positivo³⁵⁶ prende le mosse dalla progressiva privatizzazione cui la p.a. è stata sottoposta negli ultimi anni e, sottolineando la compatibilità della gestione dell'attività amministrativa con la disciplina di matrice privatistica, sostiene la piena ammissibilità di una rinuncia - da parte della p.a. - alla regolamentazione di tipo strettamente giurisdizionale dei rapporti controversi, per optare in favore della risoluzione di stampo negoziale tramite l'arbitrato irrituale. La tesi positiva ha trovato poi nuova linfa dalla progressiva assimilazione dell'arbitrato irrituale a quello rituale, sancita dalla *svolta negoziale* della Suprema Corte, con la nota sentenza delle Sezioni Unite n. 527/2000, di talché, ammesso pacificamente l'arbitrato rituale per la definizione delle controversie in questione, avrebbe potuto superarsi, per tale via, ogni remora

³⁵⁵ Cfr., tra gli altri, GIACOBBE, *Brevi osservazioni in tema di arbitrato irrituale e Pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.* 1995, 528; CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano, 1989, 20 ss. Sul tema, cfr. LUBRANO, *Arbitrato e Pubblica Amministrazione (la Pubblica Amministrazione come parte)*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, 492 ss.

³⁵⁶ Cfr., tra gli altri, PUGLIESE, *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 65 ss.; PUGLIESE, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Contratti*, 1993, 651 ss.; BASSI, *Arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 59 ss.

all'ammissibilità anche di quello libero, identico per natura, siccome atto di autonomia privata derogativo della giurisdizione.

Ed in effetti, questo argomento logico è stato utilizzato per superare l'ostacolo, all'apparenza insormontabile, rappresentato da un deciso *favor* del legislatore per l'arbitrato rituale, ravvisabile nella pur frammentaria disciplina dell'arbitrato nei contratti pubblici.

In proposito, con riferimento all'elaborazione normativa più recente, appare significativa la norma racchiusa nel comma 2 dell'art. 6 della legge 21.7.2000, n. 205 (*Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*), secondo cui *le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*; ed ancor più l'art. 241 d.lgs. 12.4.2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), che, al comma 1, dispone: *le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'art. 240, possono essere deferite ad arbitri*. E' vero che quest'ultima norma non qualifica espressamente l'arbitrato cui si riferisce, ma non appena si prosegue nella lettura delle restanti disposizioni ci si accorge che il legislatore ha decisamente optato per un arbitrato procedimentalizzato e, dunque, rituale, al punto da disporre, al comma 2, che *ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice* e da dettare, al comma 6, previsioni sulla ricusazione addirittura più ampie di quelle previste per l'arbitrato ordinario³⁵⁷.

³⁵⁷ In aggiunta ai casi di ricusazione degli arbitri previsti dall'articolo 815 del codice di procedura civile, non possono essere nominati arbitri coloro che abbiano compilato il progetto o

La tesi negativa all'ammissibilità dell'arbitrato libero ha trovato autorevole avallo nella recente pronuncia delle Sezioni Unite 16.4.2009, n. 8987³⁵⁸, che, seppure relativa a controversia in tema di contratto di appalto secondo il precedente regime normativo, contiene enunciazioni di carattere generale anche con riferimento alla successiva disciplina in tema di contratti pubblici, evocabile nella misura in cui esprima principi già immanenti nel sistema.

E' utile individuare, sinteticamente, i punti salienti del percorso motivazionale della sentenza anzidetta, al fine di coglierne la *ratio decidendi* :

- la premessa è che la collocazione della p.a. su un piano paritetico con il privato, nell'esercizio della sua autonomia negoziale in ambito privatistico, se esclude che la stessa possa avvalersi di un qualsiasi potere di supremazia sull'altro contraente, non comporta tuttavia piena ed assoluta equiparazione della sua posizione a quella di un privato. Residua, infatti, l'ineludibile differenza che discende dalla portata e dalla natura dell'interesse pubblico cui, in ogni caso, l'amministrazione deve ispirarsi; tale interesse, anche se incanalato nell'alveo di strumenti di tipo privatistico, è destinato a conformare il comportamento del contraente pubblico secondo regole e principi (particolarmente in tema di pubblicità e di trasparenza) che per il privato, invece, non hanno ragion d'essere;

- anche se non esiste alcuna incompatibilità di principio tra la natura pubblica del contraente e la possibilità di compromettere in arbitri le controversie nascenti dal contratto stipulato con i privati, nondimeno

dato parere su di esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, le forniture cui si riferiscono le controversie, né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie stesse (comma così modificato dalla lettera *eee* del comma 19 dell'art. 3 l. 24.12.2007, n. 244.

³⁵⁸ Cfr. ROLFI, *La Suprema Corte e l'arbitrato irrituale: segnali di un ripensamento*, nota a Cass. Sez. Un. 16.4.2009, n. 8987, in *Corriere giuridico* n.12/2009, 1625.

tale componimento, se derivante da un arbitrato libero, verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali appunto) individuati all'interno di una logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente predeterminato e perciò senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta;

- gli stessi soggetti sarebbero destinati, poi, ad operare secondo modalità parimenti non predefinite e non corredate delle suindicate garanzie;

- infine, non é neppure trascurabile il rilievo secondo cui il perseguimento dell'interesse pubblico (che, realizzabile anche in sede arbitrale, non può, però, andare esente da un regime di controlli ed eventuali, conseguenti, responsabilità) verrebbe invece affidato, nell'arbitrato libero, all'operato di soggetti sottratti ad ogni controllo, con l'effetto di rendere evanescente anche l'eventuale individuazione di qualsiasi conseguente responsabilità.

L'*iter* logico-giuridico della pronuncia consente allora di individuare l'ostacolo all'ammissibilità dell'arbitrato irrituale in ragioni connesse non già alla sua natura di atto negoziale ed al diverso ambito di effetti (stante l'inidoneità a conseguire l'*exequatur*) quanto alle modalità di svolgimento. Nel senso che, mentre l'arbitrato rituale è fortemente proceduralizzato tanto da soddisfare le esigenze di legalità e trasparenza dell'azione della P.A., l'arbitrato libero, sottratto ad ogni proceduralizzazione e rimesso alla libera determinazione degli arbitri, non sarebbe idoneo a soddisfare quelle esigenze.

Inoltre, in tale prospettiva, sembra affiorare nella sentenza un pur timido ripensamento della logica ispiratrice della citata sentenza n. 527/2000, maturata in favore della sostanziale equiparazione della natura dell'arbitrato rituale ed irrituale, entrambi ricondotti in ambito negoziale, e differenziati solo quanto agli effetti.

L'impostazione di fondo della sentenza n. 8987/2009 in esame e l'orientamento interpretativo contrario all'arbitrato irrituale potrebbero essere ribaltati ove si opti per una diversa configurazione dell'istituto, che valorizzi anche gli spunti interpretativi offerti dall'art. 808-*ter*, del tutto trascurato (per ragioni di diritto intertemporale) dal Supremo Collegio, a parte l'ipotesi di un arbitrato irrituale nel quale le parti abbiano espressamente previsto l'applicazione delle norme dettate per l'arbitrato rituale, con ciò caratterizzando esse stesse l'arbitrato in chiave proceduralizzata³⁵⁹

Non sembra dubbio infatti che, privilegiando una lettura dell'arbitrato libero nella sua componente processuale, concorrente con quella negoziale, secondo la logica ermeneutica proposta in questo studio, gran parte delle perplessità prospettate dalla pronuncia anzidetta sarebbe destinata a risolversi.

Ed invero, il pur minimo nucleo di garanzie offerto dall'art. 808-*ter* (desumibile, in particolare, dal comma 2, con riguardo specialmente al principio del contraddittorio) potrebbe essere sufficiente a superare l'obiezione riguardante l'assenza di regole positivamente predeterminate.

Le riserve riguardanti le modalità di scelta degli arbitri potrebbero, poi, risolversi non solo per il rilievo che alla relativa procedura di nomina concorre pur sempre, quanto meno per la parte che la riguarda, la stessa p.a., ma anche per il fatto che sarebbe sufficiente la predeterminazione di un meccanismo garantito di nomina dell'arbitro o degli arbitri irrituali, da scegliere magari nell'ambito di una cerchia ristretta di soggetti determinati od operanti in organismi istituzionali

³⁵⁹ Cfr. ROLFI, *op.cit.*, 1630, che considera tale ipotesi come sostanziale ritualizzazione *semipiena*.

(appartenenti, ovviamente, ad aree diverse dalla p.a.-parte, per il rispetto del principio di *terzietà*), perché siano garantite le condizioni di pubblicità e di trasparenza richiamate dalla sentenza in esame.

Inoltre, per quanto attiene alla responsabilità, l'ambito negoziale nel quale matura l'arbitrato irrituale non è certamente espressione di irresponsabilità, posto che - a parte il generale profilo di responsabilità configurabile anche a carico degli arbitri irrituali, ancorché in dimensione negoziale - l'arbitro o gli arbitri irrituali, ove pubblici funzionari incaricati, non potrebbero ritenersi esonerati dall'osservanza dei generali doveri ordinariamente connessi alla loro qualità.

Una ragione impeditiva non sembra, poi, riconnettersi al fatto che le diverse disposizioni dettate dal legislatore in tema di arbitrato relativo a controversie nascenti da contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, sino alla menzionata norma dell'art. 6, comma 2, l. n. 205/2000³⁶⁰, si riferiscono solo all'arbitrato rituale. Ed invero, il silenzio del legislatore è agevolmente spiegabile con un atteggiamento di fondo di sostanziale diffidenza nei confronti dell'arbitrato libero e con la circostanza che, all'epoca, l'istituto era conosciuto solo dalla prassi, non avendo ancora conseguito formale riconoscimento positivo con l'art. 808-*ter*.

In conclusione, sul piano dei principi, la condizione generale della compromettibilità in arbitrato delle controversie con la p.a., ossia la disponibilità della situazione soggettiva, non rappresenta certamente un ostacolo all'ammissibilità dell'arbitrato libero. Ed infatti, la situazione soggettiva controversa può ben trovare realizzazione nelle

³⁶⁰ Art. 43 del d.p.r. n. 1063/1962, e poi le diverse versioni che ha assunto nel tempo l'art. 32 della l. n. 109/1994, prima che sopravvenisse il radicale divieto d'inserire clausole compromissorie in contratti della pubblica amministrazione aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi, introdotto dalla l. n. 244 del 2007.

modalità dell'arbitrato irrituale, sia pure in forma indiretta in luogo della forma di realizzazione diretta ordinariamente conseguibile attraverso l'attività propria della stessa p.a., in piena sintonia, del resto, con il processo evolutivo chiaramente delineatosi nell'ordinamento sin dal 1990 nel senso di rimettere anche l'esercizio del potere pubblico ad una valutazione convenzionale in accordo con la parte privata interessata, e con un generale processo di privatizzazione o semplificazione dell'attività amministrativa. Nell'ambito dell'autonomia privata di cui gode certamente la p.a. quando opera in materia di diritti disponibili, esercitatile persino nella stipulazione di negozi atipici, non sembra possa negarsi la possibilità di una rinuncia libera e consapevole, da parte sua, alla regolamentazione diretta del rapporto controverso ed al relativo affidamento ad un terzo arbitro designato secondo criteri negoziali predeterminati.

Allora, se, concettualmente, non sembrano esserci ragioni ostative all'ammissibilità dell'arbitrato irrituale *in subiecta materia*, di fatto i soli reali impedimenti potrebbero essere rappresentati dall'indisponibilità dei diritti soggettivi in questione ovvero dalla configurabilità di situazioni soggettive di interesse legittimo, per le quali il ricorso all'arbitrato libero dovrebbe essere escluso per ragioni afferenti, nell'un caso, all'indisponibilità della posizione soggettiva e, nell'altro, alla stretta connessione della stessa con l'interesse pubblico e con l'esercizio del potere pubblico finalizzato alla relativa attuazione³⁶¹.

³⁶¹ Cfr. LUBRANO, *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, cit., 494.

7.10.-La Convenzione di New York.

A fronte della particolare fisionomia dell'arbitrato irrituale, quale emerge dalla nuova disciplina, si pone il problema se la stessa novella possa o meno incidere sul dibattuto problema della circolazione dell'arbitrato libero secondo il sistema della Convenzione di New York³⁶².

In linea con la tormentata storia dell'arbitrato irrituale il quesito ha trovato contrastanti soluzioni in dottrina.

Ed infatti, secondo i fautori della teoria della giurisdizionalizzazione, il lodo irrituale - in quanto non qualificabile in termini di decisione di una controversia, ma di contratto - non potrebbe essere riconosciuto e reso esecutivo ai sensi della stessa Convenzione³⁶³. Ad opposte conclusioni perviene, invece, la teoria che sostiene la natura unitaria negoziale del fenomeno arbitrale, di cui quello libero costituisce particolare espressione³⁶⁴.

Al riguardo, é opportuno considerare che la Convenzione, nel delimitare all'art. I il suo ambito di applicazione al riconoscimento ed all'esecuzione delle *sentenze arbitrali* rese nel territorio di uno Stato diverso da quello in cui é presentata la richiesta di riconoscimento od esecuzione, fa riferimento alle sentenze diventate obbligatorie nel Paese in cui sono state rese. Prima delle riforme dell'arbitrato, con le leggi 9 febbraio 1983, n. 28, e poi con legge 5 gennaio 1994, n. 25, si aveva, per l'arbitrato rituale, una situazione paradossale, in quanto prima del decreto di esecutorietà il lodo era

³⁶² Si tratta della *Convenzione sul riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere* del 10 giugno 1958, ratificata con legge del 19 gennaio 1968, n. 62.

³⁶³ Cfr. sul punto E.F.RICCI, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv.dir.proc.*, 2003, 557.

³⁶⁴ Secondo Cass., 15.6.2002, n. 9281 il profilo della natura rituale o meno del lodo sarebbe assolutamente irrilevante ai fini della sua circolazione internazionale secondo il sistema disciplinato dalla Convenzione di New York.

ritenuto non obbligatorio, mentre dopo l'esecutorietà non poteva più considerarsi *sentenza arbitrale*, ma sentenza statutale, non rientrante, come tale, nel perimetro di regolamentazione della convenzione anzidetta. Ulteriore paradosso era dovuto al fatto che, in ipotesi, miglior sorte sarebbe potuta invece toccare, in ipotesi, al lodo irrituale, che pur non essendo ritenuto decisione, aveva nondimeno contenuto obbligatorio per le parti contraenti sin dal momento della sua stipulazione³⁶⁵.

Per il lodo libero, in realtà, il sintagma *sentenze arbitrali ed obbligatorie* è stato, generalmente, ritenuto ostativo all'applicazione della Convenzione.

Tuttavia, l'ostacolo letterale è stato troppo enfatizzato in quanto gli anzidetti termini lessicali risultano nel testo delle traduzioni³⁶⁶, mentre l'espressione originaria, che figura nella versione ufficiale, e cioè *arbitral award* (senza ulteriori specificazioni definitorie³⁶⁷), è di tale ampiezza semantica da non essere ostativa all'inclusione anche dell'arbitrato irrituale.

D'altro canto, è pur vero che la Convenzione è stata ratificata dal nostro Paese senza *riserve*, cioè senza limitazioni derivanti dall'ordinamento interno, a seconda della natura dell'arbitrato e si riferisce a tutti i lodi aventi efficacia vincolante e definitiva tra le

³⁶⁵ Cfr. VERDE, *Lineamenti* cit., 13. La riforma dell'arbitrato rituale con la previsione dell'obbligatorietà del *dictum* sin dal momento dell'ultima sottoscrizione indipendentemente dal deposito è stata concepita anche al fine di favorire la circolazione del loro rituale all'estero.

³⁶⁶ Cfr., ad esempio, il testo francese in cui figura l'espressione *sentences arbitrales* ed il testo italiano da cui risulta la corrispondente traduzione *sentenze arbitrali*.

³⁶⁷ E' stato giustamente osservato, RAVIDA', *La circolazione internazionale del "nuovo" lodo irrituale italiano nel sistema della convenzione di New York del 1958*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, 587, che l'assenza di un complesso di definizioni dei termini utilizzati nella convenzione se ha, certamente, favorito l'adesione di numerosi Stati appartenenti a matrici culturali e giuridiche anche molto distanti tra loro, si sta oggi rivelando un limite all'uniforme applicazione delle norme convenzionali, ponendosi come grave lacuna piuttosto che come qualità del sistema convenzionale.

Sul punto, cfr. pure BERNARDINI, *Sentenze arbitrali e Convenzione di New York*, in *Riv. dir.proc.* 2006, 89 ss..

parti, senza distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale. Distinzione peraltro sconosciuta a molti Stati aderenti.

La soluzione dell'applicabilità al lodo irrituale della Convenzione in oggetto, praticabile in verità anche in passato, sia pure attraverso un problematico percorso ermeneutico³⁶⁸, potrebbe oggi trovare conferma nel testo dell'art. 808-ter, ove lo si interpreti - come sostenuto nel presente studio - in termini tali da consentire la configurazione dell'arbitrato libero, al pari di quello rituale, come strumento di definizione di una controversia ad opera di un terzo imparziale e nel contraddittorio tra le parti.

In primo luogo, la stessa codificazione ha fatto sì che l'istituto uscisse dal limbo del diritto vivente e della ricostruzione meramente concettuale e dottrina, facendo venir meno quell'incertezza che, secondo diverse opinioni³⁶⁹, costituiva l'ostacolo maggiore alla circolazione internazionale di una forma arbitrale sino ad allora neppure riconosciuta dall'ordinamento positivo.

In secondo luogo, la configurazione dell'arbitrato libero in termini di

³⁶⁸ Nel senso dell'applicabilità si era, del resto, espressa la giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. Sez. Un. 18.9.1978 n. 4167 (secondo cui *la Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, resa esecutiva con legge 19 gennaio 1968, n. 62, ed applicabile ancorché la clausola compromissoria per arbitrato estero sia stata pattuita tra due italiani, si riferisce anche all'arbitrato qualificabile, secondo l'ordinamento italiano, come "irrituale"*; Cass. 15.12.1982, n. 6915 (secondo cui *la Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, resa esecutiva con legge 19 gennaio 1968, n. 62, si applica anche alla pronunzie rese nell'ambito di un arbitrato che, secondo la legge italiana, sarebbe qualificabile come irrituale*); id. Sez. Un. 6.7.1982, n. 4039 (secondo cui *l'art. 2 della Convenzione di New York...il quale prevede la clausola compromissoria per arbitrato estero, quale patto idoneo ad escludere la giurisdizione dei giudici degli stati aderenti in favore degli arbitri contrattualmente previsti, si riferisce ad ogni caso in cui la pronuncia arbitrale venga ad acquistare efficacia vincolante e definitiva tra le parti, restando a tal fine irrilevante la qualificabilità dell'arbitrato stesso come rituale od irrituale secondo l'ordinamento interno*).

In dottrina, nel senso dell'applicabilità, cfr., tra gli altri, BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999, 273 ss.; LUZZATTO, *Sulla circolazione dei lodi arbitrali italiani all'estero*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1987, 307 ss. FERRANTE, *Sulla natura (nazionale o a-nazionale, contrattuale o giurisdizionale) delle sentenze arbitrali C.C.I., alla luce della Convenzione di New York*, in *Rass.arb.*, 1981, 105 ss. In senso contrario cfr., tra gli altri, E.F.RICCI, *Il lodo arbitrale irrituale di fronte alla Convenzione di New York*, in *Riv. dir.proc.* 2001, 599 ss.

³⁶⁹ Cfr., tra gli altri, BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2005, 44.

procedimento, in cui il rispetto del contraddittorio ha rilievo centrale, ai fini di una composizione eteronoma della controversia, è tale da dissipare i dubbi prospettati dagli osservatori internazionali³⁷⁰.

Insomma, la natura decisoria dell'arbitrato libero e la sua *procedimentalizzazione* appaiono elementi sufficienti per riconoscere che lo stesso possa circolare liberamente secondo lo schema della Convenzione di New York.

D'altra parte, il concetto di obbligatorietà o *vincolatività* nella giurisprudenza straniera³⁷¹ non è stato inteso in modo selettivo, ossia relativo soltanto a quei lodi che abbiano un'efficacia assimilabile a quella della sentenza. Il requisito di cui all'art. 824 *bis* - che rappresenta il connotato distintivo del lodo rituale e che, per definizione, quello libero non possiede né può possedere - non integra uno degli elementi che il lodo deve avere perché possa fruire del regime della Convenzione anzidetta; il che significa che l'equiparazione del lodo ad una sentenza non è necessaria ai fini dell'applicabilità del regime convenzionale.

Per quanto riguarda, allora, il profilo del *riconoscimento* la nuova disciplina può avere fugato ogni ragione di dubbio in proposito.

Maggiore cautela occorre invece in ordine all'altro profilo dell'*esecuzione*.

Al riguardo, va considerato che la novella ha ribadito l'inidoneità del *dictum* degli arbitri liberi ad assumere - se non all'esito di un giudizio ordinario di cognizione o sulla base di un decreto ingiuntivo - efficacia esecutiva, propria della sentenza (*al lodo contrattuale non si applica l'art. 825*), con ciò sembrando precludere al lodo libero il conseguimento dell'esecutorietà prevista dall'art. V della

³⁷⁰ Cfr. RAVIDA', *op.cit.*, 604, con i richiami dottrinari in nota.

³⁷¹ Richiamata da RAVIDA', *op.cit.*, 594 ss.

Convenzione³⁷². Sarebbe, infatti, davvero strano che un lodo irrituale, inidoneo nel nostro ordinamento ad ottenere l'efficacia esecutiva, potesse ottenere una siffatta qualità oltreconfini, conseguendo così un trattamento più favorevole rispetto a quello ottenuto nel sistema di provenienza³⁷³.

La conclusione dovrebbe essere che - stante la peculiare connotazione del lodo libero, consistente sì nella definizione della controversia, ma mediante mera *determinazione contrattuale*, avente efficacia negoziale e non già di sentenza, insuscettibile di ottenere l'*exequatur* ai sensi dell'art. 825 c.p.c. - il giudice straniero, chiamato ad applicare la Convenzione, dovrebbe senz'altro disattendere l'eventuale istanza di *exequatur* proposta, limitandosi ad attribuire al lodo il solo *riconoscimento*³⁷⁴.

Senonché, una serie di elementi potrebbe indurre a dubitare dell'impossibilità di portare ad esecuzione all'estero un lodo irrituale.

Innanzitutto, non sembra che il sistema della Convenzione di New York postuli l'esistenza di un doppio *exequatur*, ossia la necessità che, ai fini dell'eseguibilità all'estero, il lodo sia eseguibile anche nell'ordinamento di provenienza.

Di talché, il fatto che il lodo libero sia privo di *exequatur* non lo rende, per ciò solo, inidoneo ad acquistare effetti esecutivi nello

³⁷² La volontà compromissoria delle parti come impedimento all'attribuzione al lodo irrituale dell'*exequatur* previsto dall'art. V della Convenzione di New York è valorizzata da BRIGUGLIO, *A volte ritornano: arbitrato irrituale e Convenzione di New York (nota a Arbitro unico, 24 novembre 1995)*, in *Riv.arb.* 1996, 598.

³⁷³ Cfr., nel senso dell'inapplicabilità della Convenzione al lodo irrituale, SASSANI, *op.cit.*, 40, nota 46; BIAVATI, *op.cit.*, 1166; BOVE, *op.cit.*, 1192, sul rilievo che, diversamente, si attribuirebbe al lodo libero italiano un'efficacia che esso non può esplicare nel suo Paese.

³⁷⁴ In tal senso già BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv.arb.*, 2005, 700 ss., secondo cui *il risultato verosimilmente raggiungibile sarà... quello, fino ad ora confinato fra gli auspici dottrinali, della applicabilità in generale della Convenzione di New York, e però, quanto al lodo irrituale, nel senso della sua sola riconoscibilità all'estero senza attribuzione di exequatur e cioè di efficacia esecutiva.*

Stato in cui è rivolta la relativa istanza.

L'aporia di un regime del lodo irrituale in Italia differenziato rispetto a quello conseguibile nello Stato nel quale ne verrebbe richiesta l'esecuzione sarebbe, quindi, forse più apparente che reale.

Ed infatti, a livello internazionale, sembra delinarsi un orientamento secondo cui l'arbitrato sarebbe un fenomeno *denazionalizzato*, ossia non necessariamente collegato al sistema giuridico di provenienza. Secondo tale orientamento, alla luce anche dell'art. V della Convenzione, in ipotesi di conflitto di leggi tra quella prescelta dalle parti per regolare l'arbitrato (la legge del luogo in cui l'arbitrato si è svolto) e quella del luogo in cui il lodo deve essere eseguito andrebbe sempre risolto con la prevalenza di quest'ultima³⁷⁵. Sicché, dovendo applicarsi il più favorevole regime del luogo in cui è richiesta l'esecuzione, il limite di cui all'ultimo comma dell'art. 808-ter non costituirebbe più una ragione impeditiva dell'istanza di esecuzione all'estero.

In secondo luogo, si potrebbe attribuire rilevanza alla volontà delle parti derogativa della *lex fori*, nel senso che la volontà delle stesse, se inidonea - nell'ordinamento interno - a derogare al regime degli artt. 824 bis e 825, potrebbe invece essere validamente orientata al conseguimento dell'esecuzione all'estero. Il che non risulterebbe affatto sorprendente ove si consideri che l'opzione per l'arbitrato irrituale, potrebbe essere determinata da ragioni di riservatezza, che, esistenti per scelte strategiche nel mercato italiano, potrebbero anche non sussistere all'estero.

³⁷⁵ Cfr. RAVIDA', *op.cit.*, 606, che richiama i precedenti giurisprudenziali stranieri (i casi *Chromalloy* ed *Hilmarton* nonché *Aseena c. N'Doyle*, che hanno escluso qualsiasi rilevanza all'annullamento del lodo nell'ordinamento in cui aveva sede l'arbitrato).

CONCLUSIONI

Si può, ora, tentare di raccogliere le fila di quanto si è esposto nelle pagine precedenti, per cercare una prospettiva di sintesi.

Nella storia dell'arbitrato irrituale l'art. 808-ter, nonostante la pochezza della sua formulazione e le molteplici perplessità suscitate, ha un rilievo incontrovertibilmente straordinario, non fosse altro perché segna la consacrazione formale di un istituto che per oltre un secolo era conosciuto solo nella prassi dei rapporti economici e che per via della copiosa elaborazione giurisprudenziale stava per consolidarsi, ormai, come *diritto vivente*. In passato, non erano, di certo, mancati interventi normativi che avevano evocato tale figura arbitrale, ma si era trattato di norme settoriali, dettate in ambiti specifici ed in relazione a determinate esigenze. L'art. 808-ter ha, invece, introdotto una disposizione generale, valevole per ogni forma arbitrale libera, introducendo un nuovo *statuto*, con il quale ogni altra previsione normativa in materia deve necessariamente confrontarsi e raccordarsi.

Il notevole significato del conferimento di cittadinanza giuridica all'istituto in esame non può essere sottaciuto o sottodimensionato, proprio alla luce dell'annoso dibattito che ne aveva segnato l'evoluzione.

C'è da chiedersi perché mai il legislatore si sia determinato, solo ora, a recuperare dal *limbo* della prassi un istituto, anziché lasciarlo *sottotraccia*, là dove si era radicato per così lungo tempo.

Una prima ragione risiede, con ogni probabilità, nella linea di tendenza che, negli ultimi tempi, caratterizza l'evoluzione normativa del fenomeno arbitrale, ossia nell'obiettivo di regolamentare quanto

più possibile l'autonomia privata, di cui è l'arbitrato stesso è peculiare espressione.

Tale impulso ad una diffusa regolamentazione ha così finito per interessare anche l'arbitrato irrituale, da sempre ritenuto *campione* dell'autonomia negoziale, che, proprio in quanto libero, era considerato, nell'immaginario collettivo, come intrinsecamente avulso, per antonomasia, da ogni sorta di regole.

La disciplina dell'arbitrato irrituale si innesta, così, in questo *trend* legislativo inteso all'obiettivo di controllare e regimentare l'autonomia privata, che, se è valore non conculcabile, stante la sua valenza costituzionale, è stata sempre guardata con malcelata diffidenza e con evidente sospetto ove sia orientata verso forme alternative alla giurisdizione statale³⁷⁶.

La *normativizzazione*³⁷⁷ dell'arbitrato irrituale non è, però, negazione del fenomeno, destinata - per una sorta di singolare eterogenesi dei fini - a favorire la nascita di un fenomeno diverso da quello conosciuto dalla prassi ultrasecolare, da porre in posizione intermedia tra quest'ultimo e quello rituale³⁷⁸.

E' solo una scelta del legislatore, in sintonia con l'anzidetta tendenza, di fissare il perimetro entro il quale può manifestarsi la formalità irrituale e, dunque, l'alveo dai cui margini l'autonomia negoziale non può debordare.

In realtà, l'arbitrato libero non è, per antonomasia, fenomeno insofferente a regole, come sembra ritenere chi, fedele alle qualificazioni nominalistiche, lo considera tale in quanto sottratto ad

³⁷⁶ Cfr. CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, *op.cit.*, 396.

³⁷⁷ Il termine è usato da CARPI, *op.cit.*, 401.

³⁷⁸ Cfr. VERDE, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici ed arbitri*, cit., 82, secondo cui *non è da escludere che i privati, i quali vogliono che la decisione del terzo abbia il regime di un qualsiasi contratto, facciano ricorso ad una diversa forma di arbitrato, che riproduca l'istituto dell'arbitrato irrituale prima dell'attuale intervento del legislatore*; cfr., pure, CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, www.judicium.it, 3.

ogni regolamentazione, nella sua tradizionale contrapposizione al rituale, che, invece, è sinonimo di *disciplinato* o *regolamentato*³⁷⁹.

D'altronde, un fenomeno giuridico a *libertà vincolata* non è, certamente, configurazione aberrante nell'universo giuridico, tant'è che nella stessa architettura costituzionale non esistono libertà assolute, ma i diritti di libertà vanno soggetti a limitazioni ben precise, non fosse altro che per l'ineludibile esigenza di temperamento e di coesistenza con altre libertà di pari grado e dignità istituzionale.

Un altro motivo dell'opzione legislativa è forse ravvisabile nel recondito intento di confutare certi orientamenti giurisprudenziali, maturati a margine dell'istituto, evidentemente non graditi a parte della dottrina e degli operatori di diritto, in uno al tentativo, velleitario - e, probabilmente, di impossibile attuazione - di porre fine alle interminabili dispute su natura e fisionomia dell'istituto arbitrale.

Questo secondo obiettivo non sembra però riuscito se è vero che, paradossalmente, la pur asfittica previsione normativa ha finito per alimentare contrapposizioni dottrinarie che, invece, intendeva sopire.

Le incertezze sono determinate dalla presenza nel tessuto normativo di elementi testuali oggettivamente contraddittori, in quanto sintomatici di impostazione ora negoziale ora processuale, secondo l'annoso dibattito che per decenni ha caratterizzato la tormentata storia dell'istituto. Ed è singolare che i primi commenti della norma, forse non del tutto scevri da condizionamenti nascenti da pregresse opzioni teoriche, hanno finito con il riproporre i termini della ben nota antinomia, foriera di rilevanti incertezze sul

³⁷⁹ Secondo l'opinione tradizionale per cui, se l'arbitrato irrituale o libero fosse in qualunque modo regolamentato rischierebbe di entrare in contraddizione con la sua natura o addirittura di perdere la sua stessa ragione di esistere: cfr. PERA, *Arbitrato rituale o irrituale nelle controversie di lavoro*, in *I processi speciali. Studio offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, 221 ss.

versante dell'individuazione del regime applicabile, al fine di ovviare agli inevitabili vuoti di disciplina.

Nella consapevolezza di siffatte implicazioni, il presente contributo si è proposto di intraprendere una terza via di approccio metodologico rispetto ai tradizionali poli della negozialità o processualità dell'arbitrato irrituale, ponendosi il quesito se l'obiettiva compresenza nel precipitato normativo di elementi all'apparenza contraddittori, ciascuno dei quali capace di evocare la dimensione negoziale o quella processuale, sia da imputare - piuttosto che alla, non infrequente, approssimazione ed incuria del legislatore - ad una consapevole scelta, maturata del resto a fronte del copioso dibattito dottrinario e giurisprudenziale in materia. Insomma, ad un deliberato intendimento - peraltro pienamente plausibile, stante la difficoltà di pensare ad un legislatore del tutto ignaro di quel dibattito - di riprodurre, nella proiezione ordinamentale, la vera essenza dell'istituto, quale delineatasi in tanti anni di applicazione. Insomma, l'art. 808-*ter*, anziché prendere posizione sul tradizionale dibattito, potrebbe avere optato per una mera descrizione fenomenologia dell'istituto, riproducendone i tratti strutturali, come scolpiti dalla secolare applicazione: ossia un fenomeno che, originato dall'autonomia privata in una dimensione prettamente negoziale, era poi percepito, vissuto e realizzato nella prassi come vero e proprio giudizio privato, quanto mai *deformalizzato* e persino più duttile e flessibile di quello rituale, ponendosi, di fatto, come sequela di atti orientata alla formazione di una decisione su contrapposte pretese, nella ricerca di una *regola iuris* destinata alla regolamentazione o conformazione del rapporto *inter partes*, secondo un percorso alternativo all'ordinaria via giurisdizionale.

Insomma, la norma si limiterebbe a *fotografare* la realtà sostanziale dell'arbitrato libero, consistente nel deferimento di una controversia al giudizio di un privato-terzo, destinato poi a materializzarsi in una decisione che debba rimanere in dimensione esclusivamente negoziale - e, dunque, nello stesso contesto in cui il fenomeno aveva avuto origine - senza poter aspirare al conseguimento degli effetti propri della sentenza.

La presenza nella descrizione normativa di elementi di negozialità e di processualità non conferisce, però, alla configurazione positiva dell'arbitrato irrituale un carattere ibrido e contraddittorio, facendone un *mostro a due teste*, ma è frutto di osservazione empirica del fenomeno sostanziale e, come tale, ne riflette l'intima essenza.

Certo, una volta ufficialmente ammesso nell'area codicistica, era d'uopo il rispetto delle *gerarchie*.

In proposito, non sembra revocabile in dubbio che, nell'ordine delle preferenze, all'arbitrato irrituale sia stato assegnato un ruolo residuale e recessivo rispetto al *fratello maggiore*, ossia all'arbitrato rituale, al qual compete, invece, ruolo di centralità. L'istituto libero mantiene, nondimeno, la sua fisionomia: non è *species* di quello rituale, ma è espressione, pur subalterna, di identica matrice negoziale e vocazione funzionale, come strumento di composizione eteronoma della controversia, appartenente ad identico ceppo parentale, nell'ambito di una concezione unitaria del fenomeno arbitrale.

La *sedes materiae* e l'enunciato normativo, secondo cui, in mancanza di espressa volontà derogatoria della dinamica degli effetti di cui all'art. 824 *bis*, si applicano le norme dell'arbitrato rituale, sono sembrati univoci al riguardo.

Il riconoscimento della natura composita dell'arbitrato irrituale - negoziale quanto a genesi ed ambito di efficacia del lodo; procedimentale nel suo sviluppo dinamico, nel funzionale orientamento ad una vera e propria decisione - ha dirette ricadute, come si è detto nelle pagine precedenti, sul versante dell'individuazione della disciplina in concreto applicabile, che, di volta in volta, può attingere all'ordinario regime sostanziale in materia contrattuale, e più in genere negoziale, ovvero al regime codicistico in tema di arbitrato rituale.

Ad avviso di chi scrive l'anzidetta natura composita e la valorizzazione della componente procedimentale consentono di dare una risposta coerente ed organica ai quesiti applicativi di maggiore momento, riguardanti, segnatamente, l'istruzione probatoria, l'arbitrato *multiparti*, l'eccezione di compromesso, l'incidente di legittimità costituzionale, le norme sul lodo rituale, la tutela cautelare, gli arbitrati irrituali c.d. *speciali* (nelle controversie di lavoro e societarie), l'arbitrato libero nelle controversie in cui sia parte la pubblica amministrazione e la Convenzione di New York.

Sul terreno della concreta applicazione, è sembrato, poi, che l'inquadramento normativo e la collocazione sistematica della formalità irrituale rechino in sé il rischio di un appiattimento, nel senso che, proprio per il suo carattere recessivo, lo strumento arbitrale, così formalizzato, sia ineluttabilmente votato al fallimento. Rischio questo tanto maggiore quanto più si pretenda di sottoporlo ad una generalizzata ed indiscriminata applicazione delle norme dettate per l'arbitrato rituale, consegnando così alla pratica uno strumento che, a parità di costi e di forme, sarebbe destinato ad offrire un prodotto *spuntato* e *depotenziato*, in quanto inidoneo a

conseguire gli effetti di una sentenza nonché l'esecutività tramite procedura di *exequatur*.

Nella consapevolezza di un rischio siffatto il presente contributo ha cercato di individuare, nelle pieghe dell'ordinamento e nella dimensione pratica, le persistenti ragioni dell'utilità del ricorso alla modalità irrituale, ravvisandole:

a) nella maggiore speditezza e semplificazione di forme rispetto a quello rituale, pur se a tali vantaggi fa da contraltare un minor presidio di garanzie;

b) nella maggiore riservatezza che ha sempre assicurato l'arbitrato irrituale, anche per il fatto di non essere soggetto a deposito nella cancelleria del tribunale competente ai fini dell'esecutività;

c) nei benefici fiscali conseguibili rispetto al regime previsto dalla normativa di settore per il lodo rituale e le sentenze dell'autorità giudiziaria;

d) infine, nella maggiore *appetibilità* che al lodo libero sarebbe garantita ove gli fosse riconosciuta la possibilità di conseguire qualità di titolo esecutivo in forza della nuova formulazione dell'art. 474 c.p.c., che, al n. 2) del comma secondo, ha attribuito tale efficacia alle scritture private autenticate, sia pure solo relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute.

La valorizzazione di tali istanze consente di affermare che l'arbitrato libero, pur nell'attuale conformazione positiva, ha ancora oggi un senso.

Sull'abbrivio di tale pragmatica rappresentazione è sembrato anche di poter cogliere la reale *ratio* della novella, ravvisabile non già nell'obiettivo di dar vita ad un *tertium genus*, cioè ad una nuova

forma arbitrale intermedia tra quella conosciuta dalla prassi e l'arbitrato rituale, ma nel riconoscimento delle potenzialità dell'autonomia privata, sia pure nei precisi limiti, contestualmente dettati - specie attraverso la disciplina dei motivi tipici di annullamento del lodo contrattuale - nel commendevole tentativo di individuare *a contrario* il *giusto arbitrato irrituale*.

Il problema è vedere se tali limiti siano stati adeguatamente *calibrati*, sì da rispettare la peculiare fisionomia dell'istituto.

La soluzione è affidata all'elaborazione giurisprudenziale, specie ai fini dell'individuazione del *quantum* di disciplina codicistica applicabile, anche analogicamente, all'arbitrato libero.

Quanto più tale attività esegetica sarà rispettosa dell'essenza precipua del fenomeno e convinta della sua persistente utilità - pur nella realistica rappresentazione che il *deficit* di garanzie, rispetto al rituale, è ad esso coesistente, come ineludibile costo da pagare alla maggiore flessibilità e duttilità - tanto più l'arbitrato libero, nonostante ogni tentativo di *ingessamento* od *ingabbiamento* da parte del legislatore, avrà speranza di continuare a svolgere, nella realtà effettuale, quella particolare funzione che, meritoriamente, ha assolto per oltre cent'anni.

BIBLIOGRAFIA

- ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv.arb.*, 1996, 258 ss.;
- ALPA, *La clausola arbitrale nei contratti dei consumatori*, in *Riv.arb.* 1997, 657;
- ANDRIOLI, *Commentario*, Napoli, 1947, III;
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. IV, 3° ed. ed., Napoli, 1964;
- ARRIGONI, *Arbitrato irrituale tra negozio e processo*, in *Riv.trim. di dir. e proc.civile*, 2007, 341;
- ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori-Gli arbitrati liberi*, in *Riv.dir.proc.civ.* 1929, I, 336;
- AULETTA, *Artt. 820, 821, 822, 823, 824, 826 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ.comm.* 2007, 1379 ss;
- AULETTA, *Commento all'art. 34*, in AA.VV., *La riforma delle società. Il processo (a cura di B.Sassani)*, Torino, 2003, 328 ss.;
- AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (disorientamenti) del notariato*, in *Riv.arb.*, 2004, 361 ss.;
- AULETTA, *Contro il divieto di assistenza giurisdizionale (cautelare) per i compromettenti in arbitrato libero*, in *Riv.arb.* 1999, 81 ss;
- AULETTA, *Le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni non costituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali. La disapplicazione del principio in materia di arbitrato e tutela cautelare*, in *Riv.arb.*, 2002, 89 ss.;
- BALDI, *Giudizio rescissorio e motivi di impugnazione del lodo irrituale*, nota ad App. Milano, 20.11.2002, in *Riv.arb.* 2003, 780;

BARTOLINI, *La scelta delle parti fra arbitrato rituale ed irrituale. L'interpretazione della clausola compromissoria fra incertezze giurisprudenziali e interventi legislativi*, nota a Cass. 2 luglio 2007, n. 14972, in *La nuova giurispr.civ. comm.*, 2007, 143;

BASILICO, *Riflessioni sulla motivazione del lodo arbitrale di equità*, nota a Cass. 12.4.1988, n. 2879, in *Giust.civ.*, 1988, I, 2945 ss.;

BASSI, *Arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 59 ss.

BENATI, *Arbitrato irrituale: deontologia ed etica*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 1999, 131 ss.;

BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Roma, 1998;

BERNARDINI, *Sentenze arbitrali e Convenzione di New York*, in *Riv. dir.proc.* 2006, 89 ss.;

BENATI, *Una conversazione sui criteri di nomina dell'arbitro*, in *Corriere giur.* n. 6/2006, 880 ss.;

BERTOLDI, *Art. 808-ter*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, 3 ed. vol III, 2007, 5710 ss.;

BERTOLDI, *Osservazioni a margine del nuovo art. 808-ter c.p.c.*, in *Studi in onore di C. Punzi*, Torino, 2008, 291 ss.;

BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1987;

BIAVATI, *Commento all'art. 808-ter*, in AA.VV., *Arbitrato, Commentario*, diretto da F.Carpi, 2° ed., Bologna, 2007, 180 ss.;

BIAVATI, *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in *Riv.trim. di dir. e proc.civile*, 2007, 4, 1189;

BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario: prime riflessioni*, in *Riv. arb.*, 2003, 27 ss.;

BIN, *Dialogo dei massimi sistemi, ovvero civilisti e processualisti di fronte all'arbitrato irrituale*, in *Contr. e impr.*, 1991, 363 ss.;

BIN, *Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 373;

BOCCAGNA, *L'arbitrato irrituale dopo la «svolta» negoziale della Cassazione*, in *Riv.dir. e proc.civile*, 2004, 759 ss.;

BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi, II*, Torino, 2008, 325, nota 44;

BOCCAGNA, *Artt. 412-ter e 412-quater*, in AA.VV, *Riforma dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove Leggi Civ.Comm.*, 1999, 1561 ss.;

BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005, 279 ss.;

BORGHESI, *I primi contratti collettivi definiscono il nuovo statuto dell'arbitrato irrituale*, *Leggi Pubblica Amministrazione*, 2001, 167 ss.;

BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2006, 832 ss.;

BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Studi in onore di Carmine Punzi, II*, Torino, 2008, 335 ss.;

BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1997, 901 ss.;

BORGHESI, *Un nuovo statuto per l'arbitrato irrituale*, in *Leggi Pubb.Amm.*, 1998, 809;

BOVE, *La giustizia privata*, 2009, 235;

BOVE, *Art. 808-ter c.p.c.*, in *Le Nuove Leggi civili commentate*, 2007, 1197 ss.;

BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in www.judicium.it;

BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv.dir.proc.*, 1999, 1201;

BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim.dir. e proc. civile*, 2003, 81 ss.;

BRIGUGLIO, *A volte ritornano: arbitrato irrituale e Convenzione di New York* (nota a Arbitro unico, 24 novembre 1995), in *Riv.arb.* 1996, 598;

BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999, 273 ss.;

BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv.arb.* 2005, 700 ss.;

BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in *Riv.arb.*, 2001, 657 ss.;

BRIGUGLIO in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENCO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994;

BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, in *Riv.arb.*, 2002, 515;

BRUNELLI, *Provvedimento di ingiunzione e arbitrato: alcune questioni vecchie e nuove*, nota a Cass. 29.1.1993, n. 1142, in *Riv.arb.*, 1994, 83;

CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano, 1989, 20 ss.;

CAMPANILE, *L'arbitrato irrituale da negozio innominato a contratto tipico: sviluppo della figura e ipotesi interpretative della nuova disciplina*, in *Contratto e impresa*, 2007, 819 ss.;

CANALE, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Giur.it.* 1989, I, 2, c. 110 ss.;

CAPONI, *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1770;

CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, www.judicium.it, 5;

CAPPONI, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819-ter c.p.c.*, in *www.judicium.it*;

CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giur.It.* 2006, 1783;

CAPPONI, *L'arbitrato in materia di lavoro dopo le riforme del 1998*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Giovanni VERDE, 571 ss.;

CAPPONI, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità* *Giust.cit.* 2001, 1, 2883;

CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv.trim.dir. e proc. civile*, 1991, 394 ss.;

CARPI, in *Arbitrato*, CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2007;

CARPI, *L'arbitrato rituale tra autonomia e aiuto giudiziale*, in *Contr. e impr.*, 1990, 929 ss.;

CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in AA.VV., Milano, 2006, 18;

CARPI, *Profili di arbitrato in materia di società*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 2003, 29;

CARPI-ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 13 ss.;

CECHELLA, *Il contratto d'arbitrato*, in AA.VV., *L'arbitrato, cit.*, 77 ss.;

CECHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in AA.VV., *L'arbitrato*, 150 ss.;

CECHELLA, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in *Riv. arb.* 1999, 121 ss.;

CECHELLA, *Arbitrato irrituale, processo ed impugnativa per eccesso di mandato*, nota a Cass. 21.5.1996, n. 4688, in *Corr.giur.*, 1996, 1391 ss.;

CECCHHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 111;

CECCHHELLA, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di C. Cecchella, Torino, 2005, 290;

CECCHHELLA, *L'arbitrato*, in *Giur.sist.dir.proc.civ.*, Torino 1991;

CECCHHELLA, *Commento artt. 809-813*, in *Riforma del Diritto Arbitrale*, in *Le nuove leggi civ.comm.* 2007, 1211;

CECCHHELLA, in AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di CECCHHELLA, Torino, 2005, 77 ss.;

CECCHHELLA, *La "sede" dell'arbitrato*, in *Riv.arb.*, 2001, 199;

CECCHHELLA, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. Giur.lav.* 1999, 125 ss.;

CHIARLONI *Appunti sulle controversie decidibili per arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim, dir. e proc. civ.*, 2004, 123 ss.;

CHIARLONI, *Prime riflessioni su riforma del pubblico impiego e processo*, in *Corr.giur.*, 1998, 625 ss.;

CIRULLI, *Osservazioni sul principio del contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Giust. civ.*, 1993, 1, 2783 ss.;

COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 247 ss.;

CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, Milano, 1995, 893 ss.;

CONSOLO, *La natura del lodo irrituale ed il luogo di formazione del negozio*, in *Riv.arb.*, 1997, 373 ss.;

CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006;

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Profili generali*, Padova, 2006;

CONSOLO-MARINELLI, *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato in Italia: l'exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato?*, in *Corr.giur.*, 2003, 678 ss.;

CONSOLO in CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996;

CONSOLO-MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di "merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, in *Giust.civ.* 2001, 1449;

CORRADO, *I poteri costitutivi degli arbitri*, in *Riv.arb.* 2004, 558 ss.;

CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, www.judicium.it;

CORSINI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: note sull'impugnazione del lodo ex art. 412-quater c.c.*, in *Il lav. nella giurispr.*, 2000, 12;

CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur.it.*, 2003, 1286;

D'ALESSANDRO, nota a Cass. 6.3.1992, n. 2773, in *Riv.arb.*, 1992, 377;

D'ALESSANDRO, *Clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione inibitoria nei contratti dei consumatori*, in *Giust.civ.*, 1999, 1210 ss;

DELLA PIETRA, in AA.VV. *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005, 200;

DITTRICH, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, a cura di Tarzia, Luzzato e Ricci, Padova, 1995, 55 ss.;

FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1974;

FAZZALARI, *Arbitrato (Teoria generale diritto processuale civile)*, in *Dig. disc.priv., sez.civ., I*, Torino, 1987, 400 ss.;

FAZZALARI, *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv.arb.* 1995, 1;

FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv dir.proc.*, 1968, 459 ss.;

FAZZALARI, *In dubio, pro arbitrato rituale*, in *Riv.arb.*, 1991, 518 ss.;

FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 22-24 e 123 ss.;

FAZZALARI, *La distinzione fra arbitrato rituale ed irrituale: qualcosa si muove?*, in *Riv. arb.*, 1999, 256 ss.;

FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv.arb.*, 1994, 1 ss.;

FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997;

FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994;

FERRANTE, *Sulla natura (nazionale o a-nazionale, contrattuale o giurisdizionale) delle sentenze arbitrali C.C.I., alla luce della Convenzione di New York*, in *Rass.arb.*, 1981, 105 ss.

FORNACIARI, *Natura, di rito o di merito, della questione circa l'attribuzione di una controversia ai giudici statali oppure agli arbitri*, in *Giust.civ.*, 2003, 462;

GABRIELLI, *Considerazioni sull'interpretazione e sull'invalidità delle clausole compromissorie*, in *Vita not.*, 1988, 973 ss.;

GALGANO, *Giudizio e contratto nella giurisprudenza sull'arbitrato irrituale*, in *Contr. e impr.*, 1997, 885 ss.;

GALGANO, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contr. e impr.*, 2006, 303;

GAUDENZI, *Il codice di rito vale anche per l'irrituale*, in *Guida dir.*, 2006, n. 8, 88;

GHIRGA, *Art. 818*, in *Le nuove leggi civ.comm.* 2007, 6, 1325;

GHIRGA, *Commento all'art. 816*, in *Riforma del diritto arbitrale*, a cura di Menchini, in *Le nuove leggi civ.comm.*, 1243 ss.;

GIACOBBE, *Brevi osservazioni in tema di arbitrato irrituale e Pubblica amministrazione*, in *Riv.arb.* 1995, 528;

GIORGETTI, *Una possibile disciplina della tutela cautelare nell'arbitrato libero* in www.judicium.it;

GIORGETTI, *Profili dell'impugnazione del lodo libero*, *Riv.arb.*, 1999, 825 ss.;

GIOVANNUCCI ORLANDI, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 2145;

GIULIANI, *Interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P.Rescigno, 1, Torino, 1982, 218 ss.;

GRANDI, *Arbitrato e processo. Profili di qualificazione degli arbitrati irrituali in materia di lavoro*, in *Argomenti diritto del lavoro*, 1999, 595;

GRANDI, *L'arbitrato irrituale in materia di lavoro*, *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1991, I, 428;

GRASSO, *Tutela cautelare ed arbitrato irrituale*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Padova 1997, 583;

GRAZIOSO, *Il codice del consumo*, 2006;

GROSSI, *Il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato nell'arbitrato* (nota a App. Torino, 5 dicembre 1995), in *Riv.arb.* 1997, 567;

LA CHINA, *L'Arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007;

LAUDISA, *Arbitrato libero e corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, nota a Cass.. 21.5.1996, n. 4688, in *Riv.arb.*, 1977, 61 ss.;

LAUDISA, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv.arb.* 1998, 211 ss.;

LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975;

LEVONI, *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *Riv.trim.dir. e proc.civile*, 1965, 1201 ss.;

LEVONI, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato e le procedure arbitrali*, 1965, 95 ss.;

LONGO, *La rilevanza della condotta processuale delle parti nell'interpretazione della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 2002, 124 ss.;

LUBRANO, *Arbitrato e Pubblica Amministrazione (la Pubblica Amministrazione come parte)*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, 492 ss.;

LUISO, *Commento all'art. 34*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario* (a cura dello stesso Autore), Torino, 2006, 558;

LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv.arb.*, 1991, 253 ss.;

LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000;

LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv.arb.*, 1995, 16;

LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv.Arb.*, 1996, 679;

LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2006, 785 ss.;

LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 261;

LUISO, nota a Cass. 7.4.1997 n. 3001, in *Riv arb.*, 1997, 515;

LUISO, *L'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro dopo la riforma del 1998*, in *Riv.arb.* 1999, 31;

LUZZATTO, *Sulla circolazione dei lodi arbitrali italiani all'estero*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1987, 307 ss.;

MAGRINI, *La "piccola riforma" della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1998, n. 24, 1591;

MANCINI, *L'abusività della clausola compromissoria per arbitrato irrituale nei contratti con il consumatore*, in www.judicium.it;

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 359;

MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di Buonfrate e Giovannucci Orlandi, Torino, 2006, 36 ss.;

MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr.giur.*, 2006, 867 ss.;

MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002;

MAZZARELLA, *Note minime in tema di arbitrato irrituale e di arbitraggio*, in *Giur.merito*, 1969, I, 335 ss.;

MENCHINI, *Riforma del diritto arbitrale, Le nuove leggi civ.comm.*, 2007, 1149;

MENCHINI, *Arbitrato verso un modello unitario*, *Guida dir.* 2005, n. 22, 30;

MONTELEONE, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro - ovvero - esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, in *Riv.dir.e proc.civile*, 2001, 43 ss.;

MONTELEONE., *Diritto processuale civile*, Padova, 2004, 818 ss.;

MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, 80;

MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, *ivi*, 2006, 88 ss.;

MURONI, *La nuova disciplina dell'arbitrato in materia di lavoro*, in *Corr.giur.* 1998, 139;

NELA, *Commento all'art. 808-ter c.p.c*, in AA.VV., *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. Chiarloni), II, Bologna, 2007, 1644;

NELA, *Commento all'art. 34*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario* (a cura di S. Chiarloni), Bologna, 2004, 932 ss.;

NELA, *Le recenti riforme del processo civile. Commentario* diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, sub art. 808-ter, 1644;

NELA, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv.arb.*, 2007, 357 ss.;

NELA, sub art. 819-ter c.p.c., in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2007;

NERI, *Sugli effetti della mancata fissazione del termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Riv.arb.*, 2006, 133 ss.;

ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 275;

OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in www.judicium.it;

PAGANO, *L'impugnazione nell'arbitrato irrituale*, in *Problemi*, 69 ss.;

PERA, *Arbitrato rituale o irrituale nelle controversie di lavoro*, in *I processi speciali. Studio offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, 221 ss.;

PICOZZA, *Brevi considerazioni sull'eccezione di compromesso*, in *Riv.arb.*, 2006;

PICOZZA, *In tema di eccezione di compromesso* (nota a Trib. Sciacca, 17 gennaio 2005, n. 9), in *Riv. arb.*, 2006, 339 ss.;

PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, Padova, 2003;

PUGLIESE, *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 65 ss.;

PUGLIESE, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Contratti*, 1993, 651 ss.;

PUNZI, *“Efficacia di sentenza” del lodo*, in *Riv.arb.*, 2005, 829;

PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 963 ss.;

PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato rituale*, I, Padova 2000, 96 ss.;

PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2008, III, 273;

PUNZI, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Ed. Enc. it., 1988, 3 ss.;

PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 406 ss.;

PUNZI, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento*, Padova, 2007, 191;

QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del c.c.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1974, 326;

RAMPAZZI, Sub art. 808-ter, in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. Carpi e M. Taruffo), Padova, 2006, 2172;

RAVIDA', *La circolazione internazionale del "nuovo" lodo irrituale italiano nel sistema della convenzione di New York del 1958*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, 587;

RECCHIA, voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it., app. I*, Torino, 1980, 362 ss.;

REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 453;

RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, 13 ss.;

RICCI, L'“efficacia vincolante” del lodo rituale dopo la legge n. 25 del 1994, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1994, 808 ss.;

RICCI, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arb.*, 1987, 13 ss.;

RICCI, *L'arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 505 ss.;

RICCI, *La "funzione giudicante" degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arret della Corte costituzionale)*, in *Riv.dir.proc.*, 2002, 351 ss.;

RICCI G.F., *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv.trim di dir. e proc.civile*, 2007, 759;

RICCI G.F., art. 815, in AA.VV. *Commentario*, diretto da E.Carpi, 2a ed., Bologna, 2007, 352;

RICCI E., *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 443;

RICCI E., *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir.proc.*, 2005, 93 ss.;

RICCI E.F., *Il lodo arbitrale irrituale di fronte alla Convenzione di New York*, in *Riv. dir.proc.* 2001, 599 ss.;

RICCI E.F., *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv.dir.proc.*, 2003, 557;

RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, 2008, Torino, 633 ss.;

RIGHETTI-PIOTTO, *L'arbitrato nella giurisprudenza italiana*, Milano, 2005, 1 ss.;

ROLFI, *La Suprema Corte e l'arbitrato irrituale: segnali di un ripensamento*, nota a Cass. Sez. Un. 16.4.2009, n. 8987, in *Corriere giuridico* n.12/2009, 1625;

RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006;

RUFFINI, *In tema di interpretazione della clausola compromissoria: i « dubbi » della Suprema Corte e l'art. 1367*, nota a Cass. 10 giugno 1998, n. 5717, in *Riv.arb.*, 1993, 53 ss.;

RUFFINI, nota a Coll. Arb. Firenze, 6.11.2002, in *Riv. arb.*, 2002, 747;

RUFFINI, *Patto compromissorio*, *Riv arb.*, 2005, 722;

RUFFINI, *Sulla distinzione tra arbitrato «rituale» ed «irrituale»*, in *Riv. arb.*, 2002, 750 ss.;

RUFFINI, voce *Arbitrato*, in *Il diritto - Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, I, 2007, 569;

RUFFINI, *Art. 819 ter c.p.c. - Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1360 ss.,

SALVANESCHI, *Commento all'art. 816-quinquies* in *La riforma del diritto arbitrale* a cura di Menchini, in *Le nuove leggi civ.comm.*, 2007, 1296;

SANGIOVANNI, *Natura contrattuale o processuale dell'arbitrato irrituale?*, in *I contratti: rivista di dottrina e giurisprudenza*, 2008, 876;

SANTAGADA-D'ALESSANDRO-GIORGIETTI-ZUMPANO, *Il nuovo processo societario*, Milano, 2006, 253;

SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. di dir. e proc.civile*, 1956, 1 ss.;

SASSANI, *La garanzia dell'accesso alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale*, nota a Corte Cost., in *Riv.arb* 2002, 503;

SASSANI, *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in *Riv.arb.*, 1995, 710 ss.;

SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.* 2007, 26 ss.;

SASSANI-GUIGGIARDI, *Commento agli artt. 34-37 D.Lgs. n. 5/2003*, in *Codice di procedura civile ipertestuale (a cura di L.P. Comoglio e R. Vaccarella)*, Torino, 2006, 3026;

SATTA S.-PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Appendice di aggiornamento, 13 ed., Padova, 2007;

SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969;

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, II, Milano, 1971;

SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio ed arbitraggio*, Milano, 1967;

SOLDATI-AMADEI, *Il processo societario*, Milano, 2003;

TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, 1987, 18;

TARZIA, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, 1991;

TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corr.giur.* n. 11/2006, 1609;

TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1049 ss.;

TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, in *Riv.arb.*, 2007, 565;

VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte Costituzionale*, in *Giust.civ.*, 2001, I, 2883 ss.;

VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, *Argomenti diritto del lavoro*, 1998, 752;

VACCARELLA, nota a Cass. SU 2.4.1984, n. 2149, in *Riv. Arb.*, 1997, 325;

VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, 866;

VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 413;

VERDE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, in *Problemi attuali dell'arbitrato irrituale*, a cura di Quadri, Napoli, 1994, 81 ss.;

VERDE, *Arbitrato irrituale*, AA.VV., in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006, 8 ss.;

VERDE, *L'arbitrato e gli arbitrati*, in *Diritto dell'Arbitrato*, 2005, 49 ss.;

VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 36;

VERDE, *La posizione dell'arbitrato dopo l'ultima riforma*, in *Riv.arb.*, 1997, 469 ss.;

VERDE, in AA.VV, *Diritto dell'arbitrato*, III ed., a cura di Verde, Torino, 2005;

VERDE, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici ed arbitri*, in *Giuda al Diritto*, 2006, n. 8, 82;

VERDE, *Profili del processo civile. 2. Processo di cognizione*, II ed., Napoli, 2000, 359;

ZUMPANO, *Art. 813-bis c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ.comm.*, 2007, 1223;

ZUMPANO, *Art. 813-ter c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ.comm.* 2007, 1226; ZUMPANO, *Art. 815 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ.comm.*, 2007, 1237;

ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 514 ss.;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 513 ss.;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nella società dopo la riforma*, 968;

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 806*, in *La riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civ.comm.*, 2007, 1149 ss.